

PROGRAMA DE ESTUDIOS “DERECHO PROCESAL II”

RESOLUCION N° 210/2018

CARRERA: Abogacía

DEPARTAMENTO: Departamento de Derecho Procesal

ASIGNATURA: Derecho Procesal II

CARGA HORARIA: 90 HORAS

DOCENTES: Gabriel Hernán Di Giulio (Prof. Titular), Julio Vélez (Prof. Adjunto), y María Fernanda Giménez (Jefa de Trabajos Prácticos).

I. FUNDAMENTACION

1) Aclaraciones preliminares

En el siglo VI (d.C) el emperador Justiniano dispuso la recopilación de las obras de profesores de derecho, Teófilo y Doroteo, y de las Institutas de Gayo del siglo II (d.C.), del Digesto (Pandectas) para conformar, con los aportes de Triboniano, un cuerpo o manual para la enseñanza del Derecho Romano. Las Instituciones de Justiniano¹ se dirigían a los jóvenes estudiantes con dulces palabras, en parte contrastantes de los toscos términos y conceptos de la época.

“juzgamos que vale más explicar desde luego cada cosa de una manera sencilla y abreviada, sin perjuicio de profundizarlas después con mayor exactitud y diligencia: porque si desde los primeros pasos abrumamos con una multitud de pormenores diversos el ánimo todavía rudo y tierno de la juventud estudiosa, sucederá una de dos cosas: o que la obligaremos a abandonar este estudio, o que llevaremos lentamente, después de un prolongado trabajo, al mismo punto, al que sin pena ni fatiga, y por un camino más fácil, habría llegado” (Libro Primero, Título I, p. 2).

Durante el imperio Romano el concepto primitivo de “acción” –que se tratará en breve- fue resuelto a partir de una idea sencilla, romántica y aparentemente elocuente. La acción, o mejor dicho, las acciones, constituían un aditamento de un derecho vulnerado. Este tramo, llamado acción, traducía el ejercicio de un poder. Ese poder fue descrito en las *Instituciones de Justiniano* como un “jus”, *jus persequendi in iudicio* (derecho de perseguir ante un juez o en juicio). Ese derecho de perseguir, sin embargo,

¹ Instituciones de Justiniano, edición Bilingüe, con nota de M. Ortolán, Heliasta, Buenos Aires, 1976.

estaba sujeto a una última expresión altamente significativa para la asignatura procesal: “*La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez **lo que se nos debe***” (Libro IV, Título VI; la negrita me pertenece).

El derecho de perseguir se vinculó con la exigencia de un crédito (en el sentido amplio del término). Tiene derecho de perseguir quien debe ser satisfecho por un derecho inobservado. Porque la acción es -bajo este concepto desarrollado luego por glosadores, pos glosadores y doctrina civilista francesa- el poder que nace o se hace operativo frente a la violación de un derecho (subjetivo).

La acción como aditamento del derecho subjetivo (en el derecho romano como expresión del derecho civil, natural y de gentes) torna improponible una asignatura desvinculada o desintegrada del área de conocimiento que regula ese derecho subjetivo (por ejemplo, el Derecho Civil).

De modo que una asignatura como ésta era, en ese entonces, improponible e impensable.

La acción absorbida por el derecho romano y luego, en Europa continental de los siglos XII en adelante, por el derecho Civil, se apropiaba de todo posible contenido procesal, a excepción de los aspectos políticos atinentes a la organización judicial (de desarrollo destacado durante el imperio romano), el iudex, el pretor y los demás cargos que el Roma y los “procedimientos” conocieron.

La acción pertenecía al derecho romano y luego civil. La organización judicial al derecho político, luego constitucional y los procedimientos constituirían un área residual y menor de conocimiento. Esta se podría caracterizar por: a) su dependencia con el área de conocimiento de la que emana la “acción”; b) la subordinación al área antes indicada; c) su naturaleza formal, adjetiva o “ritual” (según se ha llegado a denominarla), que le valió la condición meramente instrumental de lo material y sustantivo; d) su modalidad o calidad meramente técnica.

El desarrollo de los distintos procedimientos y de las ordenanzas procesales de la edad media, claramente en crecimiento, dieron origen a un derecho procedimental, cuyo objeto era el procedimiento o trámite emanado de la norma que lo reglamentaba. Ese derecho procedimental mantenía las cualidades señaladas en el párrafo anterior. Sin embargo, estaba en ciernes la conformación de una unidad de contenidos que iría escapando de los tradicionales ámbitos del conocimiento jurídico que nos legó, especialmente, el Derecho Romano.

El derecho Canónico (de los siglos IV y V, d.C) y especialmente la Inquisición Eclesiástica (siglos XII a XV) y Española (siglos XV a XIX) contribuyeron con el dictado, aplicación y análisis de normas de procedimientos que comprendían a la tortura como herramienta, la que adoptaría formas sofisticadas: tormentos y suplicios.

Las Partidas de Alfonso el Sabio (siglo XIII), concretamente la número III, podría haber desencadenado un progreso notable de la concepción resultante de los

procedimientos, pero se vio superada por la realidad social, política, religiosa y cultural del Medioevo.

Los tópicos que provocaron tensión y luego cambios a la mera acepción de procedimientos estuvieron relacionados con los derechos, no ya de quien reclamaba sino de quien era sometido a los procedimientos como destinatario del reclamo o de la “acción”.

La reivindicación de esos derechos reconstruye una idea central, extraordinaria de la Atenas de Solón (siglo V a.C): la defensa o el derecho de defensa.

El derecho a defenderse no está ligado al derecho de quien se defiende. Vale decir, no está ligado la inocencia, irresponsabilidad o atenuantes de la persona que se defiende. A diferencia de lo que parecía acaecer con la “acción”, la “defensa” no reconoce límite en el “derecho sustantivo”. La defensa es un derecho independiente de la inocencia, de la irresponsabilidad o de la morigeración de las consecuencias jurídicas que atañe a quien la ejerce.

Esa autonomía entre defensa e inocencia corromperá con la aparente pertenencia de un derecho procedimental y el derecho sustantivo, enmarcará a la “defensa de los derechos” como un contenido esencial del primero. Lo procedimental tendrá entre sus contenidos un fenómeno que no puede ser tildado de formal, ritual, ni adjetivo: el derecho de defensa.

Sin embargo, la enseñanza de Leyes no concebirá una asignatura que integre el derecho de defensa sino hasta el siglo XX.

En las universidades hispánicas, la enseñanza de procedimientos reconoce antecedentes claros durante la modernidad. Durante los siglos XVI hasta el XIX se dedicaba al Derecho romano, quedando en segundo plano la enseñanza, por ejemplo, del derecho patrio, real, etc. Sin embargo, ciertas diferencias entre los contenidos dictados en las clases universitarias y aquellos apropiados para el desarrollo de la profesión de abogado determinaron la incorporación de las *prácticas forenses*. Así ocurrió, por ejemplo, con el catedrático de la universidad de Salamanca, Gonzalo Suárez de Paz, que valiéndose del método empírico y experimental brindaba conocimientos sobre las leyes del reino (y no sobre Derecho Romano y Canónico).

Otro notable ejemplo es del catedrático español Pedro Gómez de la Serna (siglo XIX) quien tuvo a su cargo la *práctica forense* en la universidad de Alcalá. Pero además, el siglo XIX sería el continente de obras memorables de pensamiento procesal de carácter científico, o con pretensión de científicidad, como las de Mittermaier, Bentham, Windscheid, Muther, Wash, por nombrar algunos.

No obstante, la autonomía de la materia procesal recién será descubierta con el desarrollo científico del concepto “acción”, durante la segunda mitad del siglo XIX. Sobre estos avances se hará mención más adelante.

En apretada síntesis, la autonomía y abstracción de la “acción” procesal independizó el área de derecho dedicada a los procedimientos del resto de los campos del saber jurídico. Su estudio posibilitó además el progreso de una ciencia jurídica procesal que excede en mucho la mera “técnica jurídica”, basada en conceptos trascendentales para la vida del ser humano, como el ejercicio del derecho genérico de peticionar a la autoridad (instancia), tan caro a la libertad y a la protección del derecho, como a la defensa en sí misma. Una defensa desarrollada hasta alcanzar, bajo la estructura de una garantía, al propio reclamante.

Durante el siglo XX la asignatura se nutrirá, retorcerá y anquilosará de ideología. La ideología no será una incorporación sino un descubrimiento, descripción y tratamiento, señalando que la asignatura, ahora autónoma, independiente, sustantiva y de carácter científico, aunque con fuerte contenido técnico, es esencialmente ideológica.

De lo antes expuesto se colige la necesidad de ser muy cuidadoso con la propuesta de enseñanza. Se deben preservar dos cualidades que, aunque se presentan en casi todas las materias de derecho, configuran los ejes temáticos medulares del área, participando de sus cualidades ontológicas. Se trata, nada menos, de los planos *ideológico* y *lógico*.

Su conjunción gestará las bases científicas de la materia.

A partir de tales bases, llamados principios, se forjarán los contenidos, sus interrelaciones y los vínculos con otras materias y ciencias.

Completando el modelo epistemológico de la disciplina, concurren dos condiciones más: *su independencia* y *sus límites*.

El marco teórico se desarrolla desde el plano ideológico de la asignatura y sus elementos tienen que presentarse de consuno con las reglas de la lógica Aristotélica más el principio de *razón suficiente* expresado por primera vez por Leibniz.

El resultado es un “sistema” que como tal reconoce principios, fundamentos, conceptos, valores, método y reglas. Sus contenidos guardan lógica coherencia entre sí y con el sistema dado.

Desde lo pedagógico, el sistema se concibe como Sistema Procesal de Garantías.

El “sistema” será desarrollado sobre un plan general, metodológico, que contemple tres niveles de aprendizaje:

- a) ideológico,
 - b) normológico,
-

c) pragmático.

Del mismo modo, los recursos didácticos deberán propender al aprendizaje y comprensión del sistema, sus contenidos y su aplicación.

2) Ubicación de la asignatura.

La cuestión merece un tratamiento múltiple. Comprende el ámbito del *Plan de Estudios* dentro del cual se emplaza la asignatura (aspecto interno) y el ámbito de la Ciencia del Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General (aspecto externo).

2.1) Carrera de Derecho de la UNICEN

Existiría un serio problema si la enseñanza de la asignatura no guardase coherencia con la orientación del Plan de Estudios de la Carrera. Lo mismo ocurriría si se desconociera aquella orientación.

Nuestro Plan de Estudios y orientación académica de la carrera han reconocido una notable influencia y orientación hacia el Trialismo Jurídico de Werner Goldschmidt (especialmente en su *Introducción Filosófica al Derecho* -6ª edición, ed. Depalma, Buenos Aires, 1996-; incluyendo los sensibles avances al (y dentro del) Trialismo por Miguel Angel Ciuro Caldani en “*La conjetura del Funcionamiento de las normas jurídicas – Metodología jurídica*” (Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000-) que, en definitiva, derivan en un concepto de Derecho integrado y complejo (hechos, normas y valores).

Los aspectos lógicos e ideológicos que, como se anticipara, lo particularizan, determinarán que en un *SISTEMA PROCESAL DE GARANTIAS* la función axiológica (jurística dikelógica) aparecerá subordinada a la normológica (jurística normológica) *en lo atinente al contenido de la materia*. De este modo es posible explicar el funcionamiento coherente del Sistema Procesal en el marco de la propuesta Trialista del mundo jurídico.

Sobre el particular Goldschmidt dice claramente -siguiendo a James Goldschmidt, *Teoría General del Proceso, Labor, Barcelona, 1936--* “*El fin del proceso es la resolución definitiva del proceso mediante la institución de la cosa juzgada*” (ob. cit, pág. 587). Es decir, que el fin está vinculado a razones de seguridad jurídica, no con funciones dikelógicas -como hubiera resultado del mandato “*hacer Justicia*”-.

En lo atinente a la metodología, el *SISTEMA PROCESAL DE GARANTIAS* exige de la dialéctica que va, en el lenguaje Trialista, desde la jurística sociológica a la normológica y viceversa. Son claros ejemplos el fenómeno “conflicto” y el “principio de eficacia”, entre otros.

Es de destacar que un modelo (en el concepto de Fernando Martínez Paz, *La Enseñanza del Derecho, Modelos Jurídico-didácticos*, García, Córdoba, 1996, págs. 13 y sgts.) unidimensional (sea éste normativo, sociológico o dikelógico) presentaría un serio conflicto lógico y un grave problema ontológico para el SISTEMA PROCESAL DE GARANTIAS. De modo que el sistema presupone una propuesta multidimensional del derecho, y no unidimensional.

Como no es posible un Derecho Procesal que se presente como tal si no se cimienta en un SISTEMA PROCESAL DE GARANTIAS, aquél problema sería mortalmente determinante del fin de la pretensión científica de la propuesta Académica general. La degradación de tal corolario sería un medio Derecho Procedimental.

2.2) Ubicación strictu sensu de la asignatura.

La asignatura debe ubicarse dentro del DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL.

El DEPARTAMENTO debe integrar las distintas áreas del Derecho Procesal (Derecho Civil y Comercial y Derecho Procesal Penal), partiendo de la explicación del Sistema Procesal de Garantías común. La existencia del “Sistema” supera a la “Teoría General Unitaria”, porque supone la validez científica con el alcance de “verdad científica” de sus postulados.

El tratamiento claro de este punto define, en primer lugar, el verdadero conocimiento del contenido ideológico de la materia. Luego, sus implicancias.

Existen, como contrapuntos, expresiones de la Academia que señalan que el Derecho Procesal “Penal” –y la misma suerte para el Derecho Procesal “Civil”- no puede escindirse del derecho de fondo que lo *adjetiva*. Con esto se aduce que no pueden integrar una Teoría Unitaria o un Sistema. Este es el postulado, por ejemplo, del eminente jurista Julio Maier (*Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, t.I, Buenos Aires, 1996, págs. 145 y sgts.) quien sostiene la integración del Derecho Procesal Penal dentro de la Política Criminal y junto al Derecho Penal y al Régimen Penitenciario, constituyendo –en opinión de esta Cátedra- un serio problema óntico-gnoseológico.

Explicaremos, sucintamente, el porqué de la *independencia* del Derecho Procesal y del Sistema Procesal de Garantías y qué implicancias tiene tanto esta explicación como la opinión contraria.

2.2.a) Fundamentos Científicos de la Independencia.

El eje principal para de “independencia” de la asignatura como rama jurídica fue instituido a partir del concepto de “acción procesal”.

Según Guillermo Cabanellas de Torres la palabra acción proviene del latín “agere” que significa hacer, obrar (ver. aut. cit., *Diccionario Jurídico Elemental*, Nueva

edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Heliasta S.R.L., São Paulo (Brasil), 1993, pág. 16). Sin embargo, el romanista Luis Rodolfo Argüello explica que etimológicamente deriva del término “actio” que antiguamente equivalía a “actus”. Según este autor, tenía un doble sentido. Por un lado formal, como acto que abría el procedimiento. Por el otro material, como reclamación de un derecho (ob. cit., *Manual de Derecho Romano*, 2da. edición corregida, 3ra. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 502), es decir equivalente a la pretensión. El material es el alcance que le otorgaba Celso (Inst. 4,6, pr.; Dig., 44, 7, 51).

Primitivamente en el Derecho Romano Monárquico, la acción fue asociada al acto jurídico, entendida con un profundo sentido religioso o místico. Era el sentido del procedimiento “*legis actiones*”.

Con el procedimiento Formulario la acción se identificó con la fórmula que otorgaba el pretor al actor.

La identificación de la acción con la “fórmula” fue una buena aproximación para la independencia de la rama, analizado ello -por supuesto- retrospectivamente.

Todo se confunde en el imperio Romano.

El imperio fusionó acción y derecho subjetivo, tanto que sólo reconoció su nacimiento con la vulneración de éste último. Muestra de esa impronta son las obras jurídicas que, como las Institutas de Justiniano, tratan de: derechos (Libros I y II), cosas (Libro III, Tít. IX a XIV) y acciones (Libro IV). Esta conceptualización es la máxima versión –radicalizada después por Savigny (fuente de Vélez Sarsfield)- de la “acción” concreta, accesoria al derecho subjetivo, derivada de éste y del expreso reconocimiento legal.

Frente a esta idea el derecho procesal no podría ser autónomo y debería integrar la materia de fondo que la adjetiva.

A la sanción de la Constitución Nacional, como a la del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield no existía un concepto jurídico de *derecho procesal autónomo*, diferenciado del derecho sustantivo y, por tanto sometido a propias reglas y principios. Esto, en gran medida debido a la creencia –traída desde el Derecho Romano- de una *acción* como aditamento del derecho (acción concreta y complementaria).

En el Código Civil Argentino del siglo XIX se observan las influencias del Derecho Romano imperial, de las opiniones de Durantón y Zachariae, así como de las ideas de Savigny. Vélez Sarsfield estructuró el “sistema civil”, en el tema que me ocupa, a base de “acciones” clasificadas de consuno con el objeto que puede ser demandado, esto es: *la pretensión*. En otros casos, identificó a la acción con el derecho

subjetivo. Por eso nos hemos vistos sometidos a la tradición romanista de que existen tantas acciones como derechos subjetivos tutelados reconozca el derecho objetivo.

Sin embargo, los aportes del ensayo de Pandette Windscheid (*“La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno”*, Dusserldorf, 1856), las críticas de Muther (*“Teoría de la acción Romana y el derecho Moderno de Obrar”*, Erlanger, 1857) y los estudios de Adolf Wach, seguidos más adelante por Chiovenda, llevaron a la demostración inicial de que la acción debía ser autónoma del derecho subjetivo - aunque manteniendo su carácter concreto (es decir, reconociéndole contenido)-. La cuestión se resume en el siguiente problema que echa por tierra teoría clásica de la acción: ¿si la acción nace del derecho vulnerado, qué hice si demandé, probé, alegué y en la sentencia el juez dice que no hubo derecho vulnerado?.

Un paso más y fundamental fue la aparición de la teoría de la acción procesal como derecho abstracto. En Alemania tuvo lugar de la mano de Degonkolb, en Hungría con Plósz y en Italia con Alfredo y Ugo Rocco, sumada la adhesión de Francesco Carnelutti. En nuestro continente, a partir del procesalista uruguayo Couture, quien la identificó con el Derecho Constitucional de petición.

Lo que aparentaba otorgar contenido a la “acción” no era un elemento o característica de esta. El fenómeno “acción procesal” es indistinto sea cual fuere el ámbito de competencia material en el que se despliega y/o grado el conocimiento. Lo que tiene contenido es otro fenómeno procesal, que no puede confundirse con la acción, denominado *pretensión*.

La evolución apuntada en el procesalismo civil modificó notablemente los pilares de la construcción del concepto de “acción procesal” tanto que a partir de su construcción se ha podido independizar al Derecho Procesal de las otras áreas de conocimiento jurídico.

Aun así, la doctrina fue más allá. La acción como derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo es una definición acertada, pero poco adecuada para comprender el fenómeno jurídico y diferenciarlo de otros, que también revisten esos caracteres. El profesor mejicano Humberto Briseño Sierra fue el promotor de un nuevo matiz conceptual que completaría la independencia de la acción procesal con el resto de los fenómenos jurídicos. A él, lo continuaron el maestro Adolfo Alvarado Velloso en Argentina y Cipriano Gómez Lara también en México. Si partimos de la propia actividad, de todas las interacciones posibles del hombre entre sí, o del hombre con el Estado, la acción procesal está comprendida en un estatuto muy particular como medio de interacción humana, que se erige desde el genérico derecho de pedir a la autoridad (instancia), pero que está caracterizada por la necesaria vinculación de un segundo individuo –que se integra al que insta y a la autoridad que recibe el instar-. Está destinada, y esa es su configuración *si se quiere genética*, a ser proyectada. La acción procesal es la única instancia que se proyecta. La autoridad que la recibe debe reflejarla

–cual espejo- a otro sujeto (contraparte). Es la única que vincula inescindiblemente a tres sujetos.

Con esto la Ciencia Procesal se ha visto obligada a diferenciar tres fenómenos distintos, empero hasta entonces ciertamente indiferenciados: la acción procesal, la pretensión y la demanda. Y, como la característica de la instancia (acción procesal) radica en la bilateralización, su objeto deberá ser un proceso (un diálogo); no la pretensión.

Este descubrimiento, que inicia con la abstracción -que logra el nacimiento de la Ciencia del Derecho Procesal-, permite analizar la terminología del Código Civil de Vélez Sarsfield y advertir el verdadero sentido de la expresión “acción” del Código de fondo.

El Código Civil y Comercial con vigencia el 1 de agosto de 2015 mantiene los mismos problemas conceptuales del Código Civil de Vélez Sarsfield, además de haber avanzado, de modo censurable, en el ámbito propio del Derecho Procesal.

2.2.b) Más fundamentos Científicos de la Independencia (en el Derecho Procesal Penal).

El mundo del procedimiento penal corrió por carriles distintos (lo expreso con sentido crítico). El Código Penal vigente contiene referencias a la “acción” (penal) que a primera aproximación deberían corresponderse con la “acción procesal”, y así parece frente al pensamiento imperante.

La dogmática penal clásica de nuestro país asoció el concepto de acción penal a una institución de naturaleza material, lo cual a mi entender es verdaderamente correcto. Esto supone que *la acción penal no es la acción procesal*.

Sebastián Soler consideraba a la acción penal como la “pretensión penal punitiva”. Por su parte Ricardo Núñez la entendía como representación de la “potestad de castigar en sí misma”. Ese carácter lo extrajeron de la regulación del Código Penal de 1921, concretamente de las previsiones de los artículos 71, 72 y 73.

El procesalismo dualizó la institución con el efecto de la doble regulación: Procesal y Penal. A pesar de ello, se alzaron voces disidentes. Clariá Olmedo postuló el carácter autónomo de la “acción” y su independencia, pero negó su abstracción (la que dejó reservada a la materia civil). Dado que la acción –entendía- no puede ejercitarse sin la apariencia de la existencia de un delito, es decir, sin lo que denominó *una postulación*. Con esto ancló el ejercicio de la acción procesal desde el comienzo de la etapa investigativa (máxima de identificación de la acción penal con la acción procesal). Vázquez Rossi, para citar otro ejemplo relevante, asume el carácter abstracto de la acción, pero afirma el necesario acompañamiento de la pretensión.

La doctrina procesal penalista se esforzó por otorgar carácter procesal a la denominada “acción penal”. En este caso y al igual que en el mundo de procesalismo civil, los problemas gnoseológicos y lógicos no se dejaron esperar. Siendo la acción procesal autónoma del derecho subjetivo (léase también del delito) y abstracta (no tiene contenido material) no podía ser clasificada. ¿Cómo puede entonces regularse una acción penal pública y una acción penal privada?, ¿cómo puede hablarse, siquiera, de acción penal?.

Ocurre –y esto es lo que nos ha confundido a lo largo de muchos años- que el término “acción” contenido en el Código Penal actual adolece del mismo vicio histórico que la expresión “acción” contenida en el Código Civil.

Según el Código Penal Argentino las acciones nacen del delito (arts. 72 y 73) y prescriben (art. 59 inc. 3 y 63). Si la acción naciera del delito y en la sentencia se dice que no hubo delito ¿qué con la acción?. Cuando el Código Penal dispone que la acción “nace del delito”, ello equivale a decir “*la acción nace del derecho violado*”. En otras palabras, nuestro Código Penal no comprende a la “acción penal” como un ente abstracto y autónomo; menos aún como una instancia proyectiva. A pesar de ello la doctrina, en general, ha insistido en identificar “acción penal” con “acción procesal”, viéndose en la necesidad -inadecuada- de sostener que la acción procesal (por identificación con la acción penal) se ejerce con el acto que da origen a la investigación o sumario: con la denuncia, con la actuación prevencional policial, con la iniciativa propia, etc.

El Código Penal actual, en su art. 71 reza “*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de ...*”. De esta particular previsión se hace derivar la regla de la oficiosidad. Esa norma recién fue incorporada en el Código Penal “Moreno” (1921). El Código Penal de 1886 (proyecto de Carlos Tejedor, Ley 1920) no contenía un capítulo sobre la “acción penal”. Únicamente poseía referencias dispersas sobre legitimación (como la expresión “acusar” y, particularmente, sobre condiciones de procedibilidad “denuncia o acusación del agraviado”). Notoriamente cuando regulaba la prescripción establecía “*El derecho de acusar se prescribe...*” (art. 89). La incorporación del catálogo “acciones penales” en el Código de fondo vigente, fue tomada del *proyecto de Código Penal de 1906* que, a su vez, se correspondía con el *proyecto de Código Penal de 1891* –aunque éste último difería en su redacción-. Como explica el propio Roberto Moreno (h) –*El Código Penal y sus antecedentes*, tomo III, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, págs. 230 y sgts.-- el proyecto de 1906 no se ocupaba en su exposición de motivos de fundamentar las disposiciones del título sobre el ejercicio de las acciones.

Moreno comenta “*La acción es siempre la consecuencia de una lesión. Esa lesión crea o afirma el derecho y ésta da nacimiento a la acción*”... “*En el orden penal, en el derecho público en general, el hecho, el delito en nuestra materia, afecta a la sociedad y por consiguiente la acción, la tutela, la vigilancia, la defensa, tienen que colocarse en un plano superior al de la voluntad individual*” (es por consiguiente la

asociación de la acción con el delito). Este es el sentido de los fundamentos de la Comisión especial de Diputados y de importantes doctrinarios de la época como Tomás Jofré --*El Código Penal de 1922*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1922, págs. 148 y sgts.- Como corolario de la concreción clásica de la “acción”, de palabras de Moreno se lee “*La acción pública es la que se inicia de oficio, la que corresponde a la autoridad investida por la ley de las facultades necesarias y que se ejercita, como consecuencia inmediata del delito*”.

Es decir, nuestra primera legislación como Estado Argentino en materia penal, no trató la “acción penal”. Por el contrario, se asoció la idea de acusar con un derecho propiamente dicho. Los proyectos de 1891 y, especialmente de 1906, dieron origen a nuestra actual regulación; pero ¿qué hay en el medio?, ¿qué ocurrió entre 1887 y 1891?. La respuesta es la sanción del Código de procedimientos en lo criminal de la Nación de Manuel Obarrio (Ley 2372, vigencia a partir del 1 de enero de 1889). El codex de corte inquisitivo en su Capítulo II (De las acciones que nacen de los delitos), contemplaba: “*De todo delito nacen acciones, las que son públicas cuando debe ejercitarlas el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del derecho de acusar ó de intervenir como parte querellante en el juicio, que incumbe á las personas ofendidas ó damnificadas por el delito ó á sus representantes legales; y privadas, cuando su ejercicio incumbe solamente á éstas*” (art. 14; similar resultaba la regulación del primer Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires en su art. 207). Este dato no es menor porque la aparición de esta legislación, sumada la concepción de la acción asociada al delito, llevó a la instauración, en el Código Penal, de las “acciones penales”.

La idea subyacente en la referida legislación responde a la teoría clásica (acción como un simple elemento del derecho subjetivo material violado o desconocido), con elocuente evidencia.

Tanto la interpretación lógica y sistemática como la histórica, demuestran la existencia de un problema conceptual.

La “acción penal” representa el “derecho-deber” de persecución penal. A ello hay que añadir la adjetivación “pública” o “privada” que hace a la *legitimación*, y la compleja “pública dependiente de instancia privada” que además regla una condición de procedibilidad de la investigación. Las reformas actuales al Código Penal confirman – sin resolver los problemas conceptuales de base- este señalamiento, hay prever la modificación de la acción penal pública en privada cuando los códigos procesales locales o autorizan, determinando una variación en la legitimación sustancial para la persecución penal.

Desde esta perspectiva, con la *apariencia* de la existencia de un hecho ilícito (la “apariencia” determina la necesidad de distinguir entre “conflicto” y “litigio”) opera ese “derecho-deber” del Estado o simplemente el “derecho” del ofendido de perseguir

penalmente. Si la legitimación es del Estado, como la persecución comienza con el inicio de la investigación, entonces la acción penal inicia con la denuncia, la prevención policial, la iniciativa propia del Ministerio Público Fiscal, etc. Cuando el legitimado es el particular, comienza con la querella. Pero no hablamos aquí de acción procesal. Esta se ejerce con el requerimiento de elevación a juicio o el acto equivalente que da acceso al juicio, siempre –claro está- que la legitimación sea del Estado. De lo contrario, el ejercicio de la acción procesal coincide con el de la acción penal, materializados a través de un documento, la querella.

2.3) Consecuencias de la Independencia.

La independencia del Derecho Procesal es la única plataforma de la Garantía Constitucional del Proceso. El respeto por los principios procesales y por el método de solución de conflictos pacífico, civilizado, anclado en la dignidad humana, en el hombre como fin en sí mismo, determina que el paradigma constitucional del proceso tiene necesariamente una connotación axiológica fundamental: es un eslabón evolutivo de la civilización. Si de varias alternativas para poner fin a un entuerto escogemos aquella que privilegia el debate de ideas, la igualdad de las partes, la imparcialidad del juzgador podemos asegurar el destino último del derecho todo: el orden y la seguridad jurídica en búsqueda de una convivencia en paz.

Si, por vía de hipótesis, el Derecho Procesal fuese un artículo del Derecho sustantivo –como postulan prestigiosos juristas, incluso procesalistas-, las connotaciones del proceso estarían necesariamente influenciadas por la materia de fondo que vaya a ser ventilada en el proceso. Así por ejemplo: si se dijera que tal cuestión es de orden público, el proceso estaría destinado a salvaguardar ese preciso orden público. Aquí podríamos sentirnos atraídos por lo “sustantivo” y pensar que el proceso es el “cauce” del “río del derecho fondal”. Ante esta alternativa muchas pautas del proceso serán pues “exceso ritual manifiesto”. A la postre, la importancia de lo sustantivo decidirá a los jueces a actuar activamente es pos de la concreción de lo sustantivo.

Recapitulando. La derivación constitucional del proceso se origina a partir del derecho de defensa en juicio. Es decir, hemos sujetado al procedimiento a la necesidad de observancia incansable de ese derecho. Un derecho procesal vinculado a la manda constitucional por las garantías de uno de los implicados. Sin embargo, al mismo tiempo hemos afirmado, quizás tácitamente, la fusión del derecho procesal con el derecho civil, penal, etc. -o, incluso, con la POLITICA CRIMINAL- en miras precisamente del *actor* o *acusador*. Inicialmente al identificarlo con el juzgador (sistema inquisitivo); ulteriormente al diferenciarlo formalmente, al permitir la intervención parcial del tercero. Por eso discutimos sobre la existencia o no de una Teoría Unitaria del Derecho Procesal (o Sistema). Pero no puede sustentarse un derecho procesal únicamente en la observancia constitucional del derecho de defensa. No puede sostenerse válidamente que el derecho procesal es autónomo en un aspecto (para una de las partes, demandada-imputada) y complementario en otro (la parte actora). ¿Qué es lo integra

imprescindiblemente la construcción del derecho procesal?. El concepto de instancia proyectiva o acción procesal.

La comprensión de la *instancia* posibilita algo más: la separación real del derecho procesal del derecho de fondo, de la política criminal, etc. y su aproximación –no identificación- con el derecho constitucional. Si la acción procesal es autónoma y abstracta, como señalaba Couture, su origen responde también a un derecho constitucional autónomo: el derecho de petición del art. 14 C.N o más modernamente al de Tutela Judicial Efectiva (por ejemplo: art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos). De este modo, tanto la acción (art. 14 C.N.) como la reacción (art. 18 C.N.) deben ser independizadas del derecho fondal. Por tanto, *toda* la actividad de las partes está salvaguardada en el sentido de *tutela judicial efectiva*, independientemente del motivo de debate.

La construcción del Derecho Procesal, por decantación lógica, deriva autónomamente de la acción y reacción abstractas, que por revestir ese carácter lo tornan un Derecho fundamentalmente de Garantías constitucionales, también autónomas.

Un Derecho Procesal como el expuesto no tolera la intromisión política en sus postulados (patrimonio o libertad), de acuerdo a la mejor o menor conveniencia política o respuesta social circunstancial. No permite su empleo como instrumento de política, aunque presente por supuesto puntos de contacto.

II. En relación al conocimiento que se enseña.

1) Escuela que sustenta el marco teórico del desarrollo de los contenidos. (Derecho Procesal en sentido estricto).

La línea ideológica del pensamiento procesal contemporáneo se debate en dos corrientes principales y antagónicas que propician dirimir los dilemas más sensibles del proceso y los temas anejos. Las propuestas ideológicas asumen diferencias en torno al objeto *proceso*, su concepto, su causa y razón de ser, su objeto, y también centralmente en torno a la imparcialidad. Sin descuidar ni siquiera un instante semejantes dilemas, llama la atención la distancia que, en parte justifica su propia existencia (me refiero a la existencia de las visiones ideológicas), existe en torno a las atribuciones y a los límites del ejercicio del poder y de la autonomía de la libertad.

Las corrientes de pensamiento pueden clasificarse como activismo (o solidarismo) y garantismo procesal.

Quien constituye el principal referente del *garantismo procesal iberoamericano*, con formas propias, es el jurista Adolfo Alvarado Velloso. Igualmente defensor y referente es el jurista Jorge W. Peyrano, pero del *activismo (o solidarismo) procesal*.

Alvarado Velloso² sostiene *“Hace ya tiempo que, a raíz de la falsa antinomia ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales que se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como método de discusión, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad.- En tal tesitura, postulan entregar a ese juez —en rigor, a todos los jueces— la potestad necesaria para lograr a base de su propia autoridad lo que estiman es la justicia del caso dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.- Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del indicio vehemente y de les lettres de cachet que se expedían en el siglo XV, ha instalado —primero en la doctrina y luego en algunas normativas vigentes— las llamadas medidas o sentencias autosatisfactivas, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho... En el ámbito del derecho procesal actual existen dos posturas inconciliables, de ancestral raigambre histórica, que separan a quienes postulan el llamado solidarismo procesal y lo practican en el denominado decisionismo judicial, y a quienes se enrolan en la línea doctrinal conocida como garantismo procesal... A tal punto llega esa vocación que, en la actualidad, muchos magistrados ya no se sienten vinculados al orden jurídico vigente sino que pretenden actuar como los antiguos pretores, haciendo literalmente lo que quieren y con prescindencia de los textos legales preexistentes.- En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden jurídico vigente en el Estado en tanto se adecue en plenitud con las normas de esa misma Constitución. En otras palabras: se concibe un juez empeñado en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y, entre ellas y particularmente, la que refiere a la inviolabilidad de la defensa en juicio.- Consecuentemente, el así llamado garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces —insisto en que deben estar comprometidos sólo con la ley— declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con imparcialidad funcional, a fin de lograr el fin último de su actividad: dar certeza a las relaciones conflictivas para mantener la paz social y la adecuada convivencia entre los hombres... En efecto: los procesalistas que tal materia manejan sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de mayores poderes instructorios; a tal punto, que estamos, hoy y aquí, polemizando sobre la "irrelevancia" del debate procesal cuando el juez actuante —sin escuchar previamente*

² Alvarado Velloso, Adolfo, La sentencia autosatisfactiva, LA LEY 2009-D, 957.

a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!)— decide unilateralmente que quien acciona tiene la razón.... Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético.- Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema luce como una materia impostergable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares.- Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas idóneas a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.- ¿Se puede calificar de idóneas a las medidas autosatisfactivas? ¿No será peor el remedio que la enfermedad? Afirmo decididamente que no son idóneas, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método)... La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella: a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin oír previamente a quien sufrirá sus efectos. b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la sospecha o el indicio vehemente que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo. c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional. d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción... Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que —a cambio de la moneda tiempo ("oro", como expresaba Couture)— estamos garantizando la audiencia, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio... Aunque reiterativamente,

cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al derecho de audiencia prometido a ambos litigantes, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental. Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado inaudita et altera pars.- Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la síntesis entre una tesis y una antítesis sostenidas por las partes durante el debate, el que —a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal— debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.- Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba. - En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas "medidas", lo primero —y lo único— a tener en cuenta es la necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes y las autosatisfactivas están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdidas del derecho invocado... La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos verdaderamente excepcionales, con verdadero riesgo de frustración de un derecho, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: amparo y sus diversas variantes, habeas corpus y habeas data.- Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende, de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta pseudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.- Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso... El derecho de fondo lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, de forma, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo. El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Ese derecho procesal garantista es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos.- Las ideas de imparcialidad e impartialidad del juzgador, de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión desde el poder, termine

por proponer que un bien de la vida pueda ser otorgado sin escuchar a aquél a quien ha de arrebatárselo... Estamos retrocediendo a lo más oscuro de la historia jurídica so pretexto de brindar una supuesta justicia rápida y eficiente... El derecho de audiencia, aquel consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados, no se limita a escuchar sino a permitir el uso de iguales armas a las esgrimidas por el actor (si éste demanda, una contestación de demanda; si éste ofrece prueba, oportunidad de probar para el demandado, etcétera)... Además, la dialéctica del proceso supone que la audiencia implique igualdad de las armas que esgrimen las partes: si el actor afirma y prueba, el demandado debe poder contradecir y confirmar su defensa. El oponente del demandado es el actor, no el juez; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor.”

Jorge W. Peyrano³, por el contrario, considera la cuestión desde el lugar que a continuación se indica *“En nuestro país, todos, aun los que podrían considerarse seguidores del viejo régimen —o paradigma— creemos que el aparato judicial es ineficiente porque no proporciona respuestas adecuadas. Por doquier, se comprueban anomalías: amparos y juicios ejecutivos que se prolongan durante lustros, jueces (cada vez menos, afortunadamente) que prefieren sacrificar la verdad en el altar de la garantía del debido proceso entendido de manera sesgada; inexistencia en algunas provincias de herramientas aptas para solucionar urgencias puras y no meramente funcionales, la figura de un juez civil concebido casi como un fantoche —tan distinto del juez angloamericano— carente de potestades conducentes a hacer realidad efectiva sus mandatos. Y no seguimos con la enumeración de anomalías porque no es menester, dado que son conocidas y denostadas por todos. La crisis está con nosotros... IV. El activismo procesal. La corriente del pensamiento procesal civil nacional mencionada en el epígrafe, es, por mucho, la dominante en la comunidad científica argentina. Dicha corriente despuntó circa 1960 merced al impulso infatigable y principal del inolvidable Augusto Morello, secundado por discípulos y no discípulos pero igualmente admiradores de su obra.- Cada uno aportó en la medida de sus posibilidades a consolidar lo que hoy se denomina activismo procesal, (no decisionismo, como a veces errónea y despectivamente se lo denomina).- En otra ocasión, hemos consignado cuáles son las características más salientes del activismo procesal, pero lo que aquí nos interesa subrayar es su aptitud para la producción incesante de herramientas procesales útiles para jueces y abogados, jueces y abogados. Recordemos algunas, muchas de las cuales ya han tenido consagración legislativa: las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la tutela preventiva, el mandato preventivo, la flexibilización de la congruencia, el recurso indiferente, la reconducción de postulaciones, la reposición in extremis, el recurso ad infinitum, la medida cautelar innovativa, el indicio vehemente, el valor probatorio de la conducta en*

³ Peyrano, Jorge W., El cambio de paradigmas en materia procesal civil, LA LEY 2009-E, 785.

juicio, la proscripción del abuso procesal, la medida conminatoria, la teoría de las pruebas leviores y tantas otras creaciones que, exitosamente, han podido enfrentar las anomalías producidas por el paradigma en retirada... La comunidad científica argentina en materia procesal civil ya se ha pronunciado en el sentido de que se ha producido un cambio de paradigma encarnado en el ideario de lo que se llama activismo procesal. Intentar conjurar todas las anomalías que presenta el aparato procesal judicial-nacional mediante la eficiencia omnímoda de una interpretación subjetiva del debido proceso está condenada al fracaso. O acaso el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional no existe desde antaño, y sin embargo las cosas cada día marchan por un derrotero peor? Debemos señalar que, entre otras razones, la comunidad científica procesal argentina mayoritaria no acepta el paradigma defendido por el garantismo procesal civil porque el árbol se conoce por sus frutos. Y no se conocen los frutos del garantismo procesal civil por su absoluta prescindencia en generar nuevas herramientas procesales para hacer frente a un estado de cosas afligente... La comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado —con sus más y sus menos, claro está— por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fante, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes; b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido, que no es otro que el de "afianzar la Justicia" como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben —muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas— diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la prueba de informes, la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.- Conseguir que al menos se haga realidad plena lo apuntado ut supra, sería bastante. Y creemos que se va por el buen camino. Veamos. Son numerosísimas las reuniones científicas más serias dedicadas al estudio y difusión de las ideas activistas incluyendo en ellas a los congresos nacionales de Derecho Procesal cuyos temarios, desde hace décadas, dan buena prueba de ello. Son, en cambio, menguados los encuentros dedicados, aparentemente, nada más que a refutar las ideas activistas porque no incluyen aportes propios...Párrafo aparte merece la monumental bibliografía existente en formato de libro destinada al estudio de las herramientas activistas desde una óptica favorable a su adopción; sumando ya centenares los trabajos, ensayos y comentarios con igual orientación publicados en las revistas jurídicas con mejor arbitraje. ¿Y qué decir del uso de herramientas procesales activistas por los estrados judiciales de todo el país, aun en el caso de que fueran solamente de naturaleza pretoriana por no haber merecido todavía entronización legal?... Frente a la crisis del aparato procesal-judicial nacional que todos admitimos, la corriente garantista procesal civil se limita a proclamar las bondades del artículo 18 C.N., cual si fuera la panacea para todos los

intrínquilis, avatares y cuestionamientos que se le plantean en la actualidad. Los operadores de dicho sistema exigen soluciones concretas y por consiguiente herramientas definidas, y no meramente palabras grandilocuentes cuyos autores no han tomado conciencia de que ya se ha registrado un cambio de paradigma, por más que las resistencias sigan y que el anciano régimen todavía no haya sido abandonado del todo”.

La Cátedra participo del garantismo procesal.

Las propuestas activistas propician el progreso del sistema de justicia en base a cambios de paradigmas sobre la base de diagnósticos de ineficiencia del Poder Judicial. Con esto se reduce el dilema ideológico a un problema de utilidad. Utilidad de necesaria atención pero que –al menos en el modelo científico al que se adhiere, que no es el *pragmatismo* de Pierce- no sustituye, ni excluye la ideología. La ideología es central porque enfoca su atención en el EJERCICIO DEL PODER. Es allí donde el garantismo procesal (que nada tiene que ver con el *garantismo penal*) exige respeto inalterable de una estructura ideal, conceptual y lógica de proceso, así como de sus principios, suprimiéndoles a los Jueces el dominio mismo de ese contenido. Ello trae consigo la clara prohibición del principio de justificación, hartado conocido a partir de la frase *el fin justifica los medios*.

El *activismo judicial* exige, para mantener coherencia científica y no mera utilidad, un hombre impulsado por el altruismo y no por el egoísmo. Ese hombre altruista debería presentarse, primero, en la persona del Juez (sobre el particular existe una expresión altamente simbólica de un referente Italiano del activismo, destacado procesalista, quien asevera que debe partirse de la confianza en los jueces, porque se trata en gran medida de un problema de confianza).

El activismo ha llegado muy lejos a partir de una novedosa expresión que sentencia que *el proceso es una empresa común de los litigantes*. De nada serviría el altruismo del actor y del demandado si tuvieran que someterse al juzgamiento de un juez impulsado sensiblemente por el egoísmo. Pero si los tres sujetos estuviesen impulsados por el altruismo el proceso se transformaría en una quimera.

Sin el impulso altruista debe concederse que el alegado fin común del proceso no existe. Sólo es producto de un relato, propio de quien se posiciona en el rol de juez y emite su juicio teórico sin despojo de su actividad.

No sólo es inexistente la evidencia que indique que los litigantes concurren al juicio considerándolo una empresa común. La experiencia demuestra lo contrario.

El proceso no tiene un propósito común para las partes, salvo algún caso particular y de excepción -desde que no es posible descartar la coincidencia intencional

de someter a decisión una diferencia (el arbitraje pactado luego del conflicto) o la presentación conjunta de demanda y contestación (aunque no me atrevo a asegurar que sean coincidencias sobre la empresa procesal)-.

Es grave la dificultad para el activismo. Ya que no puede justificar en teoría, más allá del relato, la idea de un proceso concebido como una empresa “común” a partir de la valoración judicial de la conducta de los litigantes que la corriente propone como uno de sus tantos logros. Esa valoración de la conducta procesal presupone litigantes que no se embarcan en una actividad común. En todo caso, propone límites o reglas al debate adversarial que, por esencia, se construye sobre intereses y fines disímiles y antagónicos.

Sin desconocer que el proceso tiene un objeto único y por ello común que es la sentencia, lejos estamos de una “empresa común”. En primer lugar, el demandado es demandado porque el actor le demanda. Como es obvio, nadie le consulta sobre si desea o no asumir ese rol, salvo los casos particulares ya considerados. La fortuna de ser demandado no transforma a este sujeto en alguien que va a prestar colaboración y será solidario por el hecho de haberse incoado un proceso, ni que vaya a coincidir en la empresa que el actor le ha generado. Lo mismo ocurre con el demandante.

Sujetos que en la vida se enfrentaron, discutieron, intercambiaron correspondencia hostil, etcétera ¿cómo harán para cooperar por ese fin común del proceso judicial?. Personas que buscan retribución ¿cómo lo harán con solidaridad y cooperación?.

El activismo supone un proceso como manifestación de poder, apropiación del litigio e instrumento para la consecución de los fines que la autoridad aduce deben ser obtenidos. El *activismo judicial* etiológicamente se relaciona con la magistratura, *es una expresión del ejercicio del Poder*. Por eso es consustancial, en cierta medida, con la doctrina de quienes son Magistrados. No debe extrañarnos que el mayor número de obras doctrinales consultadas por los Tribunales son proclives a esta corriente de pensamiento, ya que desde la visión judicial resultan más convenientes que aquéllas otras, que reclamen límites.

Ahora bien, la ciencia no se basa en las buenas intenciones, por cierto motivadoras y ejemplares para el comportamiento humano, sino en la “verdad científica” de sus postulaciones, la coherencia de los elementos que componen un sistema, entre sí y con el sistema. Del mismo modo, las garantías no se cimentan en buenas intenciones sino en su observancia cualquiera sea la razón que pueda invocarse (incluso las buenas intenciones).

Vale la pena reseñar algunos ejemplos históricos, que configuran la antesala de las bases ideológicas del postulado nuevo paradigma en la construcción activista. En esos casos, el *proceso* era un instrumento al servicio del poder, no un límite a ese ejercicio. Cuando el proceso fue concebido como un drama entre partes, por ejemplo en

Las Partidas de Alfonso X durante el imbricado siglo XIII,⁴ los contendientes eran “dueños” del método⁵. En este caso, la igualdad procesal debía garantizar la igualdad de trato, audiencia y fundamentalmente de equivalencia en el señorío de los litigantes. Para favorecer la economía y el intercambio de bienes y la celeridad como pauta de eficacia, el proceso debió ser asociado a un instrumento del comercio, lo que permitió la aparición de los Plenarios rápidos. Para procurar celeridad se le otorgó facultades procesales al juez a fin de que evite dilaciones de las partes, lo que exigía el predominio de la oralidad. Los extremos se vieron en la Corona de Aragón durante el mismo siglo XIII, con la prohibición de intervención de abogados. En este caso, la igualdad flaqueaba como principio del proceso dando lugar a lo que suponía debía ser la celeridad y eficacia. Para favorecer intereses totalitarios, el proceso fue considerado un instrumento del soberano. En ese caso la igualdad no tuvo cabida como principio procesal, salvo como fuente de facultades de la autoridad. Podemos enumerar también: el imperio romano y la *cognitio extra ordinem*, supresora del procedimiento formulario y la *acussatio*, los procedimientos de la inquisición eclesiástica erigida por los Concilios de Verona (año 1184), Letrán (año 1215)⁶ y Trento (años 1545 y 1563) y la bula *Ad extirpanda* que adoptó la tortura, los tribunales del Santo Oficio y la Inquisición Española, la Ordenanza Procesal Alemana de 1532 (Constituto Criminalis)⁷, la Ordenanza Francesa de 1539, la Instrucción del Marqués de Gerona del 30 de septiembre de 1853 que previno el impulso de los procesos de oficio y las medidas para mejor proveer con poderes amplísimos. Podemos añadir el reglamento Giuseppino de 1781 calificado por Franco Cipriani⁸ como el monumento al despotismo ilustrado del siglo XVIII por los poderes absolutos del juez, en un sistema escrito basado en el sistema de pruebas legales.

En cierta medida las leyes españolas de 1855 (de la mano de Pedro Gómez de la Serna) fueron más proclives a una igualdad procesal condicionada, por cierto, a la voluntaria inactividad judicial. Aunque bueno es reconocerlo, suponían el sistema dispositivo para el debate. Según demostró Hugo Alsina esa legislación fue seguida por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1880, transcribiéndose 392 de los 810 artículos. Se basaba en el aforismo “quod non est in actis non est in mundo”.

⁴ Especialmente en la Partida III, atribuida a Jacobo de las Leyes.

⁵ Montero Aroca, Juan, La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad; en Biblioteca de la Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Procesal Civil Comparado, www.academiadederecho.com

⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, El debido proceso de la garantías constitucional, Zeus, Rosario, 2003, págs.58 y sgts.

⁷ De empleo contrarevolucionario de la fracción de Martín Lutero (cfr. Di Giulio, Gabriel Hernán, Nulidades Procesales, hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 27).

⁸ Cipriani, Franco, En el Centenario del Reglamento de Klein, El proceso civil entre libertad y autoridad, Traducción: Adolfo Alvarado Velloso, Academia De Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca Derecho Procesal Garantista, Ideología de la Función Judicial, www.academiadederecho.com

La ley de 1855 tomó las ideas de la Instrucción del marqués de Gerona ampliándola a extremos impensables, aunque no como deber sino como facultad, de ahí que la igualdad era posible bajo la condición de la inactividad instructora del juez. La Ley española de 1881 incorporó la publicidad de los actos, incluso sobre las facultades pesquisantes.

Los movimientos políticos de fines del XIX y del siglo XX, y los fundamentalismos occidentales hicieron estragos en el mundo jurídico y particularmente del concepto proceso. Un ejemplo es el proceso concebido como instituto de bienestar, o la publicización del proceso en expresión *de Montero Aroca*.⁹

Aquellas ideas se gestaron con el Reglamento de Klein y la Ordenanza Procesal Alemana de 1877. Especialmente la primera, que presupone que el proceso es un mal que afecta la economía y por consiguiente, merece de un interés público.

El Reglamento de Klein de 1895 se define sobre la actividad judicial: el juez no se limita a juzgar, administra y dirige el proceso con grandes poderes discrecionales. Al decir de Alcalá-Zamora y Castillo el juez espectador pasaba a ser director (¿acaso dictador?).

Estos conceptos publicistas parten de la idea que el proceso es un fenómeno social de masas y debe ser reglamentado como un instituto de bienestar.

Como explica Cipriani "Una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez puede hacer todo aquello que considera oportuno".

El proceso como socialización de la justicia se encuentra en el Código italiano de 1940 que toma las ideas de la oralidad y los mayores poderes al juez. El proceso parte de la socialización de la justicia, el juez asume carácter activo y asistencial de las partes buscando con ellas la verdad. Se acaba con la vieja concepción del juez neutral o imparcial, aunque argumentalmente nadie reconocerá esa abdicación.

La Ordenanza Alemana de 1937 sigue el Reglamento de Klein y sus fines no difieren en mucho de la *cognitio extra ordinem* del imperio romano.

El proceso es visto como fortalecimiento del sistema, economía y propiedad socialista en la Ley de Procedimiento Civil Soviética de 1979. El fin del proceso es fortalecer el sistema soviético, economía y propiedad socialista. La igualdad procesal queda resignada como la condición, nuevamente, de sujeto individual.

Podríamos seguir con la lista de ejemplos y en cualquier caso habremos de concluir que el concepto proceso ha sido sometido a deconstrucción en pos de sustentar mayor poder de la autoridad.

O el proceso es una garantía o un instrumento de la autoridad, del Estado o de la

⁹ Ob. cit. nota 204.

sociedad representada por la autoridad.

Consideramos que es lo primero. El primer elemento esencial para dilucidar las bases del sistema de enjuiciamiento es la exigencia constitucional de un *estado de derecho* basado en el régimen *republicano* y en la *división de poderes*, donde el poder judicial tiene independencia del órgano ejecutivo y del legislativo, dando base a la exigencia de las tres características inherentes de quien tendrá en sus manos la decisión: la independencia propiamente dicha, la imparcialidad y la imparcialidad¹⁰ (arts. 1, 5, 22, 29, 44 y sgts., 87 y sgts., 108 y sgts. de la Constitución Nacional).

La división de poderes es trascendental como pauta de interpretación y aplicación del sistema judicial. A su vez –y concordante con lo expuesto– el órgano ejecutivo es el único de los tres poderes imposibilitado de ejercer funciones judiciales (arts. 23 y 109 C.N.).

Concurren estas otras razones para concluir que el proceso se inscribe en el sistema acusatorio: la igualdad ante la ley (art. 16) que constituye la recepción de la concepción del hombre como fin en sí mismo, más allá de las diferencias naturales traducidas en ventajas o desventajas y el basto mundo de las garantías constitucionales específicas originadas por el “juicio previo”, el “juez natural”, etc.

Asimismo la previsión constitucional del “juicio por jurados” (actuales artículos 24, 75 inc. 12 y 118 CN) no es indiferente a la hora de dilucidar el sistema que impone nuestra máxima norma jurídica, ya que la alusión a los jurados no es solamente una “regla del sentenciar” sino una expresión sólo compatible con el sistema acusatorio.

2) Marco teórico

El Sistema Procesal de Garantías que ha desarrollado el jurista y Profesor Adolfo Alvarado Velloso (*Sistema Procesal: Garantía de la Libertad* que Ediciones Rubinzal-Culzoni, (Santa Fe, Argentina), 2008, profundizado en Lecciones de Derecho Procesal, Astrea, Adapadas a la Legislación Civil y Penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio, Buenos Aires, 2015) configura el marco teórico de la asignatura.

Los fundamentos del marco teórico han sido brindados en el punto I “Fundamentos” y complementados en el precedente, a los que remitimos a efectos de evitar reiteraciones innecesarias.

Debemos añadir un aspecto pedagógico central. El “Sistema” orienta la enseñanza-aprendizaje de la asignatura desde la realidad o fenómeno en funcionamiento real sin perder los condicionantes y las potencias propias de los conceptos, contenidos y límites.

¹⁰ V. Adolfo Alvarado Velloso, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé, 1997.

3) Problemas gnoseológicos relacionados con la enseñanza del Derecho Procesal.

Problema de incertidumbre: problema etiológico del *proceso*, que singulariza la rama de derecho que tiene por objeto su estudio. Su inadecuada atención acarrea interferencias en el lenguaje y el discurso jurídico, y en la enseñanza. La enseñanza universitaria -por necesarias y obvias razones- fragmenta las asignaturas tomando en consideración las ramas de Derecho sobre la base de los principios que las erigen. Así, los estudiantes de abogacía se abocan al aprendizaje del *derecho Civil y sus subramas* (por ejemplo: *Instituciones o Parte General, Obligaciones, Contratos, Derecho Reales, Derecho de Familia y Sucesiones*), del *derecho Penal* (por ejemplo *Parte General y Parte Especial*); y también del *derecho Procesal*, en este caso de acuerdo a concepción, metodología e ideología que se tenga del proceso y su mayor o menor autonomía. De esto derivan planes de estudio diversos, en algunos casos, quedando relegada la rama de derecho procesal en un complejo que comprende, centralmente, el área de conocimiento de la asignatura sobre la que versará la pretensión (por ejemplo, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*).

Durante ese aprendizaje los estudiantes se enfrentarán, además de los diferentes objetos de conocimiento de cada asignatura o área de conocimiento, a un lenguaje apropiado para cada una de ellas. Es ese lenguaje el que generará disputas entre juristas.¹¹

De estas disputas surgirán los problemas centrales de conocimiento del derecho procesal.

En el derecho procesal, a diferencia de las ramas denominadas “*de fondo*”, se hace presente y en toda su extensión la incertidumbre¹² como problema gnoseológico.

¹¹ Los intentos por evitar los problemas del lenguaje no han sido pocos y son decididamente diversos. Desde el estudio de la lengua castellana y la detección de los problemas de ambigüedad, vaguedad, etc. hasta la lógica y en especial la Deóntica. Al respecto, tengo en cuenta Wright, G. H. Von, Reencuentro con la Lógica Deóntica, Métodos y Usos de la Definición, en Derecho, Filosofía y Lenguaje, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Astrea, Buenos Aires, 1976; Bacqué, Jorge A., Métodos y Usos de la Definición, en Derecho, Filosofía y Lenguaje, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Astrea, Buenos Aires, 1976; Alchourron, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, El lenguaje del derecho, Libro en Homenaje a Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; etcétera, etcétera.

¹² Para los problemas del lenguaje tomemos como ejemplo de Derecho Civil el contrato de “compraventa”. Para el civilista el conocimiento radica en qué es el contrato de compraventa, cuáles son los derechos y obligaciones de los contratantes y cuáles son los efectos de su celebración y de su cumplimiento o incumplimiento. Si hay compraventa, quien se compromete a entregar la cosa o la entrega es “vendedor” y quien lo hace para recibirla y pagar el precio es “comprador”. El vendedor es vendedor y el comprador es comprador. Tomemos como ejemplo de Derecho Procesal el instituto del “litisconsorcio”. Del mismo modo que ocurre con el civilista, el conocimiento radica en qué es litisconsorcio, cuáles con los derechos, obligaciones y cargas de los litisconsortes y cuáles son sus efectos. Mediando litisconsorcio quien lo integra es litisconsorte. El litisconsorte es litisconsorte. Hasta ahora no se muestran más que similitudes. Sin embargo, la “compraventa” en el proceso no es “compraventa” sino en el plano de una afirmación y no de una realidad consabida. El actor es quien dice ser comprador y dice que el demandado es vendedor, pero es incierto que esas afirmaciones coincidan con el conflicto. Lo mismo ocurre con el delito. De ahí que la incomprensión del problema de incertidumbre lleve a realizar afirmaciones aparentemente correctas pero

De los problemas de conocimiento del Derecho Procesal, participa la incertidumbre que versa sobre las calidades, condiciones y vínculos jurídicos entre actor y demandado y hasta –en cierto modo- ejecutante y ejecutado.

Si en lugar de incertidumbre existiesen certezas, habría que dar siempre la razón al actor al menos en cuanto a la existencia de los hechos presupuesto de reclamo; a quien dice ser, por ejemplo, comprador. No fue tan lejana la racionalización de este problema, aunque haya sido intuitivamente captada a partir de la necesidad de la defensa y su primera materialización a través del derecho a ser oído.

Cuando se tomó conciencia de que en el proceso el comprador no es comprador sino quien afirma serlo o a quien se enrostra esa calidad; vale decir, cuando se tuvo en cuenta que en el proceso los conflictos son “afirmados” y que esa afirmación puede no coincidir con la realidad en todo o en parte, surgió la necesidad de diferenciar el conflicto de su afirmación¹³.

La afirmación de la existencia de un conflicto ha recibido el nombre de “litigio” por diversa doctrina¹⁴. Litigio es afirmación, en el ámbito de un proceso, de la existencia de un conflicto dado en el plano de la realidad; afirmación que puede ser cierta o falsa, total o parcialmente. En el marco de conocimiento del procesalista el actor, por ejemplo, afirma ser comprador pero no sabemos aún si lo es, siquiera si existe contrato, si el demandado es vendedor, si se debe algo, etcétera, etcétera.

De ahí que las pretensiones declarativas procuren superar la incertidumbre a través de sentencias también declarativas en procesos de conocimiento, a veces acotados, pero que culminan con la declaración de derechos.

Es en la declaración de derechos donde comprador es comprador y vendedor es vendedor, culminada la serie procesal¹⁵.

En otras palabras, la incertidumbre proviene de la circunstancia de que los hechos y el derecho que sustentan la pretensión o resistencias de las partes, por ejemplo la demanda, no pueden ser consideradas ciertas o verdaderas sino una vez que la sentencia firme declara los hechos y el derecho. Hasta tanto ello ocurra, se tratará de afirmaciones más o menos verosímiles pero que pueden no coincidir con la realidad.

verdaderamente erróneas: como “*los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra*”, en alusión a los imputados de comisión de un delito.

¹³ Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, primera parte, Lección 1, Ruzinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997; igualmente sobre distinción entre conflicto y litigio: Lascano, David, Jurisdicción y Proceso, Buenos Aires, 1946.

¹⁴ Ver por ejemplo Lascano, David, Jurisdicción y Proceso, Buenos Aires, 1946.

¹⁵ En la medida en que la sentencia que resuelve el conflicto o la que homologa la autocomposición por transacción, desistimiento, allanamiento, etc., se presente como “objeto” del proceso y trasciende el camino de la disputa para erigirse como norma jurídica.

Es decir, las afirmaciones que caracterizan el proceso se traducen en posibilidad, no en realidad. Serán realidad una vez que la sentencia, firme que sea, así las declare y reconozca.

La incertidumbre tiene la virtud de generar la necesidad de defensa o ser oído previamente, y decididamente, de tener que probar en caso de controversia.

La incertidumbre implica reconocer que el conflicto (que se da en el plano real) no se traslada al proceso sino mediante una afirmación, conocida como litigio. Entre ambos pueden existir coincidencias, diferencias y hasta indiferencia.

Resumiendo: mientras el Derecho Civil no se preocupa sobre si Juan es el comprador, Pedro vendedor y si existió compraventa, el derecho procesal centra su atención en ello. El derecho civil supone que existen certezas: compraventa, comprador, vendedor, matrimonio, incumplimiento, delito, dolo, lesión, etc. Mientras tanto el derecho procesal se enfrenta al dilema: Juan dice ser comprador ¿será comprador?. Dice que Pedro le debe ¿será cierto?, Pedro dice que no le debe ¿será verdad? Y niega que haya existido compraventa ¿será correcto?. Traslademos el problema al Derecho Penal. Para el derecho penal existen certezas: delincuente, autor, partícipe, homicidio, riña, etc., mientras que en el derecho procesal penal existen afirmaciones: Juan robó ¿será cierto?, Juan dice que no ¿será verdad?.

La omisión del problema de la incertidumbre conduce a recriminar ineptitudes sobre la base de certezas que no se tienen. Por las razones expuestas las asignaturas del derecho procesal tienen como un problema de conocimiento a la incertidumbre.

En el ámbito del proceso existen incertidumbres en lo que se refiere a las relaciones materiales o sustanciales de las partes *-no así en lo atinente a institutos procesales que no están expuestos a la incertidumbre (como, en el plano teórico el litisconsorcio, la tercería, etc.)-*. Alguien afirma que determinado sujeto es autor de un determinado delito (litigio). Pero esa afirmación puede no coincidir con la realidad, en todo o en parte.

El fenómeno cierto en el proceso es una afirmación, sea mera imputación, revista algún grado mayor de formalidad (procesamiento) o comprenda una indudable petición de condena con pedido de pena (acusación) que genere el deber de pronunciar resolución declarativa (veredicto para los sistemas de jurado y nuestros regímenes orales sin jurado).

El derecho procesal se cimienta sobre la incertidumbre.

Principio de incertidumbre: Inevitablemente derivamos en el *principio de incertidumbre*. El principio de incertidumbre es conocido en las ciencias físicas, particularmente como basamento de la “mecánica cuántica”¹⁶. Se relaciona con la

¹⁶ Debemos el principio a Werner Heisenberg, que derivó en la declaración de Copenhague. V. *Physics And Philosophy*, traducción de Fausto de Tezanos Pinto: Física y Filosofía, ediciones La Isla,

búsqueda de conocimiento sobre determinada cosa, fenómeno, calidad o gradación (magnitud, peso, velocidad, etc.). Lo que postula el principio de Heisenberg es que el “análisis o procedimiento” llevado a cabo para *conocer determinada* calidad o gradación de la cosa o fenómeno, en física atómica, provoca una interacción (interferencia) con la cosa o fenómeno, que deriva en una alteración. Esa alteración tornará imposible *conocer* otras calidades o gradaciones ya que han sido perturbadas por el análisis. Dicho en términos llanos: la procura de certidumbre acarrea incertidumbre. A aquello se añaden las limitaciones físicas del método de análisis, que conducen al mismo principio.

Las derivaciones del principio en el ámbito del conocimiento científico a gran parte de la física y a las ciencias naturales no tardaron en producirse, incluso de la mano del propio Heisenberg.

El paradigma científico relacionado con la posibilidad de conocimiento basado en la certeza, y de predicción de sucesos en el mundo real, se modificó de modo rotundo, copernicano podría decirse, a partir del principio de incertidumbre. Incluso Albert Einstein debió considerar estos nuevos horizontes. A partir del principio de incertidumbre surgen tres problemas centrales: a) la búsqueda de certidumbre genera incertidumbre, porque el proceso altera el objeto; b) no es posible, como consecuencia de lo anterior, conocer todas las condiciones dadas de un mismo fenómeno en un mismo momento; c) finalmente, no es posible predecir con verdad los sucesos futuros (determinismo) ya que no se pueden conocer las reglas actuales que rigen los sucesos actuales.

Por todo lo anterior se abandonó el modelo de conocimiento conocido como *Determinismo Científico*. La certeza concebida como relación entre lo que se piensa de la cosa y lo que la cosa es, basada en el más extremo objetivismo se desmorona. No es posible. En su lugar, el conocimiento científico será (y es) un conocimiento basado en la probabilidad. Probabilidad de la mano de la estadística y de la predicción por trasportación del método histórico material o histórico metodológico.

La incertidumbre como problema procesal explica la naturaleza de las pretensiones declarativas, las sentencias declarativas y, definitivamente, el derecho de defensa, la naturaleza de la acción procesal y el debido proceso. Aquello que en las ciencias físicas ha sido claramente un problema gnoseológico con derivaciones ontológicas, en la ciencia del derecho, del derecho procesal en particular, ha sido la

Buenos Aires, Libro editado originalmente en la colección world perspectives (Harper and Brothers Publishers, N. York), planeada y dirigida por ruth nanda anshen; Consejo Directivo de world perspectives: Niels Bohr Richard Courant, HU SHIH, ERNEST JACKH, ROBERT M. MACIVER, JACQUES MARITAIN, J. ROBERT OPPENHEIMER, I. I. RABÍ, SARPEVALLI RADHAKRISHNAN, ALEXANDER SACHS, EDITORIAL LA ISLA, S. R. L. — Buenos Aires, 1959.

consagración de garantías constitucionales como corolario victorioso de luchas de la humanidad por su libertad e igualdad.

La búsqueda de certidumbre –como objetivo normalmente secundario para quienes ingresan a la contienda judicial ya que es la satisfacción de una pretensión (litigio) lo que impulsa deducir una demanda y pretender- genera incertidumbres en cuanto a los aspectos que se interfieren.

Esto se advierte con el inevitable recorte de la realidad por parte de la sentencia declarativa. Incluso mucho antes: mediante la proposición de los hechos, la eficiencia y eficacia de la prueba, la mayor o menor habilidad de los abogados, peritos y demás auxiliares, de las propias partes, de la delegación judicial de tareas de decisión y su interferencia en el acto de declaración, de influencias humanas difusas¹⁷, etcétera, etcétera.

La gnoseología adquiere, en el ámbito y horizontes del derecho procesal, un grado superlativo y los problemas del conocimiento, entre los que se destaca el principio de incertidumbre traen consigo consecuencias palpables y materiales para el proceso, para el derecho procesal y para la ciencia jurídica.

No es una simple transportación de la mecánica cuántica al derecho. Es la adopción de perspectivas similares sobre la base de los contornos del mundo, que es el mismo mundo, y sobre el paradigma científico que trasciende las fronteras de sus áreas de conocimiento.

La mecánica cuántica se erige sobre el presupuesto de que los hechos (objeto) se conocen mediante procedimientos y que éstos terminan limitando el alcance del propuesto conocimiento. La mecánica cuántica deriva en un mundo donde los resultados son probables, susceptibles de estadística, pero el conocimiento no será certero o una verdad objetiva –la adjetivo sólo por su uso forense-, menos verdad *a priori*. Esto no implica, como reconoce y enseña Heisenberg, que se abandone el esquema y lenguaje tradicional de la ciencia física (newtoniana) para la vida cotidiana, ya que en cierto punto *traduce nuestro modo de ver el mundo* (con destacable cuota de subjetivismo). Empero, en los contornos del conocimiento –o quizás de lo que las cosas son-¹⁸, se encuentra el principio de incertidumbre, aportándonos probabilidad como la mejor de las herramientas y al mismo tiempo, la mayor de las limitantes.

El principio de incertidumbre no implica adscribir al subjetivismo, pero en modo alguno subordina el modo de ver las cosas con lo que éstas son. El principio de incertidumbre parte del objetivismo –sin extremismo- y contrapone el objeto a conocer con el objeto externo (resto del mundo) compuesto por un sinnúmero de objetos individuales y del sujeto que racionaliza el conocimiento.

¹⁷ Ver Werner Goldschmidt, Introducción a Filosofía de Derecho, 6ª edición, ed. Depalma, Buenos Aires 1996.

¹⁸ Si fuera un salto de la gnoseología a la ontología.

El derecho procesal padece los problemas de conocimiento analizados. Así, las expresiones de la parte, aunque se presenten como afirmaciones resistidas, plantean las restricciones del “recorte y subjetivación de hechos” y de la “interferencia” que acarrea la búsqueda de certeza.

El derecho procesal conduce, sin duda alguna, al conocimiento por probabilidad, por más altos que resulten los índices obtenidos en el caso dado.

3) Desafíos ideológicos y metodológicos de las leyes procesales y las propuestas de enseñanza.

Toda legislación procesal es la resultante de políticas judiciales y de la ideología que inspira su sanción y finalidad.

De ahí entonces que podrá evaluarse una legislación a la luz de aquéllos factores si se conoce el método para procurar y obtener esa mirada crítica. Por supuesto que el análisis será normativo, ya que la aplicación y vigencia de las disposiciones legales habrá de buscarse en los hechos, en la vida misma de la población donde rige y, quizás muy particularmente, en el segmento donde tiene injerencia. Porque la mirada sobre una legislación no nos indicará cómo es el proceso en tal o cual lugar o tiempo si no conocemos también los aspectos socioculturales de su ámbito de aplicación y el régimen de gobierno y grado de libertad de sus habitantes. Pero la imagen normativa, es decir, aquello que nos indica la norma, es altamente importante y referencial. Si se trata de nuestra región y de nuestro tiempo, esa mirada posibilitará comprender prontamente cuál es el sistema (acusatorio-inquisitivo) que inspira el código procesal y cuál es el grado de libertad de las personas que ingresan en el proceso. También nos dará una pista, una aproximación o *a priori*, para elucidar la pregunta: *¿Proceso como instrumento o como garantía?*.

En la legislación el comienzo -es decir la primera sección, las primeras normas- develarán, en parte, la ideología que inspira la ley.

Entonces a preguntarse: ¿Cuál es el tema sobre el que versa el primer capítulo del código dado?.

En algunas legislaciones lo primero es la autoridad. El centro de atención, el acento, radica en la autoridad. Entonces trata sobre jurisdicción, competencia, deberes y facultades de los jueces y funcionarios. La legislación está mostrando una condición “centrífuga” cuyo epicentro es el poder. El proceso gira en torno del poder público. Anótese una vez más que lo dicho es apriorístico, sin que pueda con ese solo análisis agotarse la cuestión.

Existen códigos cuyas primeras secciones son destinados a las “partes”, no a la autoridad, y precisan los derechos que se le reconocen en el proceso. El proceso aparece

como una derivación de la cláusula constitucional (arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y Pactos sobre Derechos Humanos: art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos del Hombre; etc.).

La restante circunstancia que se tiene que considerar a la hora de evaluar un digesto procesal son los deberes y facultades de los jueces, en especial éstas últimas. ¿Qué es lo que deben hacer lo jueces? Y ¿Qué pueden hacer?.

Estas preguntas no se responden sólo con el capítulo destinado a los “DEBERES Y FACULTADES DE LOS JUECES”. Exigen bucear por todo el procedimiento para detectar normas de habilitación o facultativas. En especial las referidas a prueba (medidas para mejor proveer, interrogatorios por el juez, puntos de pericia, etc.), referidas a las cargas procesales (como la carga de la prueba), medidas cautelares (disposiciones de oficio) y finalmente de trámite.

La mayor potestad en los jueces, cuanto más puedan hacer, será el reflejo de una ideología originada desde el poder y para el poder público, donde el juez es el sujeto principal del proceso.

III- OBJETIVOS DEL APRENDIZAJE

Los objetivos son clasificados en “generales” y “específicos”. Los primeros constituyen el norte central de la propuesta de enseñanza y se orientan los aspectos ideológicos y lógicos de la asignatura, sus contenidos e interrelación. Su logro implica la comprensión estructural del Sistema Procesal de Garantías. Este es independiente de la coyuntura legislativa y de la región o tiempo en la que se encuentre. Los objetivos “específicos” se erigen sobre los fenómenos procesales específicos en sus aspectos científicos, técnicos, positivos y prácticos. Participan conceptualmente de la sustracción respecto de la legislación dada, pero conservan y se conducen, en medida importante, por la norma positiva y su aplicación.

El objetivo general de la asignatura es el descubrimiento y comprensión, por parte del estudiante universitario –quien dado el ciclo en el que se encuentra emplazada la materia y las correlatividades que supone, es un alumno avanzado-, de la plataforma lógico jurídica del *proceso* en el ámbito de competencia penal, con las múltiples incidencias que lleva anejas (política criminal, seguridad pública, organización social y asociaciones intermedias, política y problemática penitenciaria, organismos de control, etc.).

Objetivos específicos

Que el estudiante:

1. aprehenda el sustento constitucional del Derecho Procesal Penal;
2. adquiera los fundamentos de la materia a partir de la Constitución Nacional, lo Pactos y Tratados Internacionales y la Constitución provincial.
3. comprenda e interrelacione adecuadamente los institutos fundamentales y en crisis del sistema de enjuiciamiento penal: las tensiones políticas en torno a la seguridad, libertad, el estado de inocencia, el encarcelamiento preventivo, la apropiación de la pretensión oficial, así como sus consecuentes derivaciones técnicas: la detención y la prisión preventiva, la excarcelación y eximición de prisión, cese de medidas y la falta de mérito, las intervenciones, allanamientos y registros, el hábeas corpus y el amparo, el efecto de las resoluciones jurisdiccionales, la prueba y el imputado, etc.;
4. obtenga los recursos necesarios mínimos para un buen ejercicio de la abogacía en Defensa de las personas, de la sociedad o en el ejercicio de la judicatura.
5. Adquiera los recursos necesarios para comprender, analizar y criticar las diferentes legislaciones de nuestro país y de la mayor parte de los países latinoamericanos.
6. Asuma una visión lógica, interrelacionada y sistémica de cada uno de los institutos de la materia, entre sí y con el mismo Sistema.
7. desarrolle, redacte y complete escritos judiciales, oficios, cédulas y resoluciones a tenor de un programa general de Trabajos Prácticos especialmente coordinado con los contenidos teóricos, para la formación forense y la materialización de aquéllos;
8. trabaje con enunciados, consignas o casos prácticos procurando su análisis y -de requerirse- su resolución;
9. adquiera las pautas éticas del y para el ejercicio profesional y de la función judicial.

IV- PROPOSITOS DEL DOCENTE

1) Estrategias en la enseñanza.

La enseñanza es un complejo que exige de un tratamiento integral. Comprende, además de las clases y actividades, la planificación, el material de apoyo o estudio y los exámenes mismos.

Nuestra asignatura conduce al ejercicio de la abogacía o de la judicatura y por consiguiente exige del despliegue de competencias y habilidades.

La entrega a los alumnos de la planificación de clases con indicación de días, docentes a cargo, actividades y tema contribuye a la enseñanza de lo que es el proceso

inmerso en plazos, y en la sucesión de actos que, uno a uno, van desarrollándose con el tiempo. La previsibilidad se otorga desde la enseñanza, para que el alumno internalice la lógica del método y valore la seguridad que aquélla le otorga. Pero también se inculca al alumno la *previsión* como actitud propia, que no le es dada –a diferencia de la planificación de clases-, y que tiene que lograr para obtener seguridad.

De allí que se califique no sólo la entrega de trabajos, sino los plazos de cumplimiento que simulan o emulan los del ejercicio de instancias procesales.

Los exámenes en sus aspectos formales integran los propósitos del docente para el inicio en la actividad escrita (como ocurre con los procesos escritos), oral (como los orales) y con posibilidad de consulta de material (resolución de casos asimilada a la realidad).

Sobre esa inteligencia se emplazan las clases. Las clases deben partir de una transmisión clara, teórica y directa de los fundamentos del Derecho Procesal II y la historia del pensamiento procesal. Su dictado es de carácter expositivo porque procura introducir al alumno en los fenómenos y problemas atinentes. Luego suceden clases de carácter teórico-normativo que propician la mayor participación en la búsqueda y construcción del conocimiento, para lo cual se privilegian los espacios de construcción del conocimiento con los alumnos. Finalmente, se emplazan las actividades o clases de carácter práctica que buscan reafirmar los conocimientos a partir del hacer del alumno. Los niveles de participación del alumno se incrementa hasta erigirse como el promotor del proceso de aprendizaje.

2) Nuevos desafíos en la enseñanza

Durante los años de enseñanza se ha tratado, con el equipo de docentes y auxiliares, de evaluar el proceso pedagógico, los recursos didácticos empleados, la metodología y los contenidos.

Esto ha derivado en la implementación de cambios, optimización de recursos, desdoblamiento de clases, incorporación de ejes temáticos, entre otros desarrollos.

Pero existen otras circunstancias, ajenas a la enseñanza en sí misma, que han motivado nuevos propósitos en pos de obtener los objetivos de enseñanza.

En términos generales, y siempre con las excepciones que avalan la regla, nuestros estudiantes evidencian, año tras año, un mayor déficit de formación, menor preparación y entrenamiento con la lectura y, por contraposición, mayor apego a las tecnologías que forjan una semiótica inusual. Esto provoca grandes desafíos. Pero las tecnologías y pautas de la cultura actual también han incrementado el exitismo, la sensación de frustración, la baja autoestima y la restricción de los recursos, entre ellos del lenguaje, para el estudio universitario. Para esto se implementa una serie de actividades de reflexión breves que se intercalan con clases periódicas donde se abordan temas centrales de filosofía en relación a la construcción del pensamiento, la conciencia, el “yo” y la libertad, y sobre la Justicia, llevando a cabo algunas actividades concretas

de autoconocimiento y valoración. Su implementación ha demostrado notables mejoras en el rendimiento de los alumnos, reduciendo el índice de deserción.

Para lograrlo he trabajado sobre la idea de *Educación en la Autoestima* (Quiles, María José – Espada, José Pedro, *Educación en la autoestima*, Propuestas para la escuela y el tiempo libre, editorial San Pablo, Buenos Aires, 2010).

V- CONTENIDOS

El contenido de la asignatura, que integra el programa acompañado (Anexo I), es el indispensable para el aprendizaje de la materia y la formación tanto profesional como científica en el conocimiento jurídico.

El programa sigue el sentido lógico de la asignatura, de modo que constituye también un verdadero instrumento pedagógico.

Su minuciosidad promueve facilitar al alumno una guía de contenidos y temáticas durante el estudio de la materia.

Los contenidos, como se anticipó, se encuentran volcados en el Anexo I.

VI- BIBLIOGRAFÍA

Como Anexo II se acompaña la propuesta bibliográfica, a cuya lectura remito.

El material ha sido cuidadosamente seleccionado. Su propósito es facilitar el aprendizaje de la asignatura, aunque se hace saber a los alumnos que existe libertad plena para consultar la opinión autoral relevante que se decida seguir, siempre que aborden los contenidos de la asignatura.

Se ha redactado material específico dirigido especialmente a los alumnos universitarios para el estudio del derecho procesal. Se trata de la obra de Adolfo Alvarado Velloso, *Lecciones de Derecho Procesal*, Astrea, Adaptadas a la Legislación Civil y Penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio, Buenos Aires, 2015.

VII- ENCUADRE METODOLOGICO.

1) Clases

Para el cumplimiento de los objetivos se procederá:

1. Abordando inicialmente el tema que corresponda a partir de sus fundamentos dentro del Sistema Procesal de Garantías.
2. Analizando el tema en relación con otros que sean conexos, dependientes o que integren alguna relación de causalidad; y con el Sistema Procesal de Garantías.
3. Explicando y analizando la legislación y su interpretación doctrinal y jurisprudencial.
4. Reflexionando con el alumno sobre la legislación o eventualmente su interpretación a tenor de los puntos 1 y 2.
5. Señalando los aspectos de práctica forense que faciliten el aprendizaje, la comprensión y eventualmente la crítica de los temas.
6. Implementando la confección de escritos, resoluciones o del análisis de casos, como corolario de las explicaciones de clase y lecturas exigidas.
7. Evaluando en cada clase el tema explicado en la inmediata anterior, de forma escrita u oral.

2) Recursos didácticos.

Se emplearán:

- Ejes temáticos y Esquemas conceptuales.
- Gráficos esquemáticos.
- Expedientes.
- Proyección de películas y documentales.
- Fuentes bibliográficas.
- Bases de datos jurisprudenciales y doctrinales.
- Entrevistas a magistrados, funcionarios y abogados en ejercicio.
- Proyecciones mediante cañón de esquematizaciones en programas informáticos (power point, word, excel, etc.)
- Filminas.
- Visitas a tribunales y dependencias, etc.
- Ejercitación mediante *role playing*.

3) Recursos metodológicos y técnicas de estudio.

Son recursos metodológicos para el cumplimiento de los fines (objetivos) en la forma programada (metodología), los siguientes:

- Empleo del razonamiento deductivo en la explicación de los fundamentos y contenidos en general.
- Empleo del razonamiento inductivo para los contenidos que se aborden desde la jurisprudencia.
- Empleo de la analogía y de la interpretación contraria (*contrario sensu*), para la integración de normas.
- Empleo del razonamiento inductivo, deductivo o comparativo para la resolución de casos.

Como recursos activos:

- La mayéutica, como instrumento para desbaratar preconceptos inadecuados o prejuicios del alumno.
- La dialéctica, como recursos para la construcción del saber.
- Los modelos derivados de la verificación, la falsación y el consenso como propuestas científicas de aceptación del saber.
- El role playing, cross examination y otras técnicas de asunción de funciones y personalización.

VIII- MODALIDAD DE LA ENSEÑANZA.

1. Dictado de clases.

Las clases serán presenciales. La modalidad es Teórico-Práctica y en lo referente a las Unidades Fundamentales serán de carácter “expositivo”, considerando la necesidad de *imponer* de su contenido al alumno, con expresión de cada uno de los axiomas, sin omisión alguna, y posibilitar el análisis y tratamiento posterior del alumno de manera efectiva y completa.

El resto de las clases serán participativas. El docente debe propiciar la intervención del alumno, generar una dialéctica coordinada con el plan de la clase.

La actividad práctica se desarrollará a partir de la elección de uno de dos modelos. El primero, partiendo de una o varias incógnitas, debiendo proponerse que el alumno las responda o, el ciertos casos, con la finalidad que advierta la existencia

misma del problema. En este caso el recurso metodológico será –en general- el razonamiento inductivo. Es propicio para el análisis de casos y la práctica en resolución de casos.

El segundo, partiendo de enunciados, normas, reglas o principios y procurando con ello la materialización de documentos, escritos o resoluciones. Es propicio para la práctica forense y el razonamiento deductivo.

También habrá de desarrollarse, tanto en la clase teórica como en la actividad práctica, los recursos metodológicos activos de asunción de roles, trabajo con paradojas y la mayéutica.

Corresponderá adoptar un plan de actividades prácticas que deberá comprender los trabajos prácticos y el análisis de casos.

Se propende, en la faz práctica, a la autoevaluación, a la evaluación por otro alumno y al auto-seguimiento, sin perjuicio de la calificación y seguimiento constante de los docentes, a partir del Jefe de Trabajos Prácticos, que integrará la evaluación del alumno.

2. Carga y distribución horaria.

La planificación curricular determina una carga horaria cuatrimestral de 90 horas, mediante un dictado semanal de 6 horas, durante 15 semanas, más lo exámenes.

El 30% de la carga horaria total se destina a las actividades de formación práctica.

Las actividades semanales se fragmentando en dos módulos que se dictan dos días a la semana. Un primer módulo se destina preferentemente a los temas conceptuales, teóricos y basales de la asignatura. Un segundo módulo se destina preferentemente a las clases de contenido normativo y a las actividades prácticas.

3. Evaluaciones.

Existen dos modalidades en la condición de los alumnos: libres y regulares.

El alumno regular deberá cursar la materia y:

- a) Observar y cumplir con el mínimo de asistencia a clases que estipula el reglamento de la carrera, lo que incluye la concurrencia a las actividades prácticas;
- b) aprobar los exámenes que se detallan a continuación;
- c) poseer concepto “bueno” o superior;
- d) presentar en tiempo y forma los trabajos y actividades requeridas, como mínimo en un 80% del total.

La examinación (puntos b, c y d) del alumno se hará:

a. Mediante una evaluación simple y escrita. Estas evaluaciones serán periódicas y el temario corresponderá a la Unidad o tema de la clase anterior. Su resultado integrará el concepto (punto c). Se empleará la modalidad de autocorrección o de corrección por pares. Estos últimos exámenes serán evaluados por los pares y luego por los docentes, que calificarán el examen en sí mismo y la evaluación de los alumnos.

b. Mediante la corrección de trabajos y su temporalidad (punto d).

c. Mediante los exámenes parciales. Se rendirán, por lo menos, dos en el cuatrimestre, con su correspondiente recuperatorio.

d. Mediante el examen FINAL y total de la asignatura.

Los alumnos libres rendirán examen FINAL en el que serán evaluados en sus conocimientos teóricos y en las competencias exigidas al alumno regular.

4. Formación de recursos docentes y auxiliares.

4.1) Seminarios

Cada año calendario se dictará un SEMINARIO dirigido al perfeccionamiento o, en su caso, a la formación de recursos para la docencia o la investigación. Los seminarios se dirigen a Profesores, Docentes y auxiliares de la Cátedra. Son organizados y dictados por el Prof. Titular, con posibilidad de invitar a destacados Académicos.

La duración de cada Seminario es de 30 horas cátedra, con 10 reuniones de tres horas durante el año.

Tendrá lugar el día y hora que estipule el Titular del Departamento y se dirigirá a la formación o al mejoramiento de:

Módulo pedagógico.

1. Elementos de la pedagogía universitaria.
2. Recursos didácticos.
3. Epistemología y metodología.
4. Inserción de la enseñanza en el seno de la UNICEN.

Módulo ideológico.

1. Bases ideológicas del Derecho Procesal.
2. Historia del pensamiento procesal.
3. Análisis autoral, de los autores y del contexto histórico.

4. Bibliográfica y selección bibliográfica: los autores referenciales.
5. Hermenéutica.
6. Debate e interrelación de los contenidos del Derecho Procesal.

Módulo de investigación.

1. Elaboración de la hipótesis.
2. Detección del marco teórico y la metodología.
3. Los objetivos.
4. La metodología.
5. Fuentes y trabajo de campo.

4.2) Formación de recursos

Se asignan actividades a los docentes y auxiliares para el desarrollo de habilidades, control del tiempo y contenidos de la clase. En una segunda etapa las actividades se dirigen a la planificación de la modalidad de la clase y el uso de recursos didácticos.

4.2) Reuniones de Departamento

Las reuniones de Departamento, de carácter mensual, asignan un ámbito propio para el abordaje de las problemáticas, desafíos o proyectos orientados a la docencia. Tales espacios son destinados a la reflexión, aprendizaje y evaluación de la actividad docente en su aspecto dinámico, propiciando correcciones y ajustes.

4.3) Centro de Estudios de Derecho Procesal.

El Centro de Estudios de Derecho Procesal es un ámbito de estudio, formación, perfeccionamiento y desarrollo del conocimiento, con injerencia en las funciones de docencia, investigación y extensión.

PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL II

**FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO DE
LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

*

TÍTULO I: FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Unidad 1

a) Derecho Procesal Penal:

Ubicación epistemológica. Autonomía. La política criminal y Derecho Penal. Derecho Procesal Unitario. Sistema procesal de Garantías y Teoría General del Proceso. Comprensión e importancia en su ubicación.

Derecho Procesal Penal y sus relaciones con el Derecho Penal, la Criminología, la Criminalística, la Penología y la Sociología y Psicología Jurídicas.

b) Procedimiento penal y represivo en la historia occidental:

La edad antigua: Los Tabúes. Venganza privada y la ley del Talión. Atenas y la Heliea. Roma y sus procedimientos. Las estructuras de reglas para la confrontación armada.

La edad media: La cognitio extra ordinem. La Inquisición eclesiástica. Las ordalías y los juicios de Dios. La Partidas. Inglaterra y la Carta Magna. Los procedimientos en Europa medieval. La indagación y el problema de la verdad. Los tormentos y suplicios.

La edad moderna: La inquisición española. Alemania (Lutero, la contrarrevolución y la *Constitutio Criminalis Carolina*), Francia (Calvino).

La edad contemporánea: La revolución Francesa, la ordenanza de 1791, Napoleón y sus reformas, España y la legislación del siglo

XIX. La legislación patria y los procedimientos en América. Las cárceles y la noción de pena privativa de la libertad.

Derecho Patrio. La Asamblea del Año XIII. La Constitución Nacional. Los tratados y pactos internacionales con jerarquía constitucional.

c) Nociones de procedimiento penal en oriente:

Nociones de procedimiento penal en China, Japón, India y Australia.

d) El Derecho Procesal Penal en la Academia y escuelas de la república Argentina:

Escuela clásica Cordobesa. Las innovaciones de la escuela Cordobesa neoclásica. El pensamiento procesal penal en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de La Plata y en la escuela Rosarina.

Los Institutos de Derecho Procesal.

Academia y actualidad.

Unidad 2

a) Sistemas Procesales:

Acusatorio e inquisitivo. Fundamentos. Principios y valores. Características.

El denominado sistema mixto.

b) Antecedentes legislativos en la república argentina:

La legislación bonaerense del siglo XIX. El Código Obarrio y su influencia en la legislación provincial. El Código Jofré para la provincia de Buenos Aires, Ley 3589. El Código Cordobés de 1939/40 (Soler-Vélez Mariconde) y su influencia en las reformas provinciales. El Código Procesal penal de la Nación (Levene h). Las reformas procesales de finales del siglo XX. El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, Ley 11.922. La incorporación del juicio por jurados.

Unidad 3

Estándares, principios y garantías en el procedimiento penal:

Estándares y límites en el Derecho Procesal Penal a partir de principios constitucionales y convencionales: enunciación, definición y alcance.

Principios procesales en el Derecho Procesal Penal.

Garantías constitucionales en el proceso penal: Juicio previo. Juez natural. Inviolabilidad de la defensa en juicio. Incoercibilidad del imputado. Inviolabilidad de la defensa en juicio de los derechos y la persona. Prohibición de violencia física y moral contra los imputados. Sanidad y salubridad de las cárceles y resocialización como fin de la pena de prisión. Prohibición de ingreso a la morada e interceptación de comunicaciones sin orden judicial. Doble Instancia, doble conforme o revisión del fallo condenatorio. Tutela judicial efectiva. Otras garantías.

El estado de inocencia y la presunción de inocencia.

TÍTULO II: NOCIONES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Unidad 4

La acción:

La acción penal. Acciones que nacen del delito. Concepto, caracteres y ejercicio. Críticas. Su relación con los procedimientos.

La acción procesal. Concepto. Legitimación y caracteres.

El requerimiento de elevación a juicio. Concepto. Contenido. Legitimación.

La pretensión. La pretensión punitiva. Comparación con la acción procesal, la acción penal y la acusación. Conceptos y críticas. Elementos de la pretensión.

El concepto de acusación penal. Concepto y críticas. La acusación múltiple: problemáticas y tensiones.

La pretensión civil en el procedimiento penal. El actor civil. Derecho, facultades y deberes.

La querella. Concepto, Legitimación, contenido.

Unidad 5

La reacción:

Derecho de defensa en juicio. Concepto. Alcances. Contenido.

La defensa material, defensa técnica y la autodefensa. Conceptos, contenido, delimitación.

Los derechos fundamentales del imputado en el procedimiento penal. Clasificación y enunciación. Conceptos y delimitaciones.

El silencio del imputado en el procedimiento penal. Concepto y alcance.

La declaración del imputado. Naturaleza jurídica. Concepto. Alcance y efectos.

Ejercicio de las defensas material y técnica. Situaciones de conflicto y sus posibles soluciones.

Unidad 6:

La jurisdicción:

Concepto y críticas. El juez natural. El jurado popular.

La potestad represiva y el poder de arresto. La policía y los organismos de seguridad, prevención e investigación criminal.

Esquema del procedimiento penal: la investigación y el juicio. Conceptos y delimitación. Ubicación en cada estadio.

Análisis comparativo y preliminar de digestos procesales a tenor del esquema del procedimiento penal.

La ejecución penal. Referencias preliminares como procedimiento.

TÍTULO III: SUJETOS PROCESALES. PARTES Y TERCEROS

Unidad 7:

a) El imputado:

El concepto jurídico “imputado”. Cuándo se adquiere y cuándo se pierde la calidad de imputado. Los términos “procesado” y “acusado”: conceptualizaciones. El concepto “penado”.

Garantías, principios y derechos del imputado.

El imputado como sujeto y como objeto del procedimiento y de la prueba.

La declaración del imputado.

b) La víctima:

El concepto jurídico “víctima”. La víctima colectiva y difusa. La legitimación penal.

La apropiación del conflicto. La parte accionante y la víctima.

Derechos de la víctima en el procedimiento penal.

c) El Particular Damnificado:

Concepto. Naturaleza jurídica. Legitimación sustancial y procesal. Constitución.

Derechos, cargas y obligaciones en el procedimiento penal.

d) El Ministerio Público:

Estructura y Regulación. La ley Orgánica provincial del Ministerio Público.

El Ministerio Público Fiscal: estructura y composición. Reglas de actuación. El legajo fiscal.

Las pautas de legalidad, motivación y objetividad como condicionantes de la actividad del Ministerio Público Fiscal. Análisis y delimitación.

Legitimación del Ministerio Público Fiscal. Poderes y deberes.

Auxiliares del Ministerio Público Fiscal: La policía y organismos de seguridad. La policía en función judicial. La policía judicial. Leyes provinciales de Seguridad y Policía. Reglas de actuación procedimental. La policía comunal, local o Municipal.

Cuerpo Pericial y de Investigación Criminal. Asesorías Periciales.

El Ministerio Público en el ámbito Federal.

e) El defensor:

Legitimación procesal. Cargas y deberes. Asistencia, asesoramiento y representación.

Defensa privada. Constitución y aceptación del cargo.

Defensa pública. Ley orgánica provincial del Ministerio Público.

Abandono de defensa. Configuración y efectos.

f) Partes civiles:

El actor civil. El demandado civil. El tercero citado. Conceptos, legitimación y derechos.

g) El Juez y el Jurado:

El Juez Penal. Organización judicial del fuero. Composición. Ley orgánica provincial del Poder Judicial.

El juicio por jurados. Tribunales técnicos y tribunales escabinados. Análisis, fuentes, comparación y regulación. Selección de jurados en la provincia de Buenos Aires.

Modelo de única instancia y de doble instancia. Relación con las reglas procesales.

TÍTULO IV: ACTIVIDAD PROCEDIMENTAL

Unidad 8:

La competencia:

Concepto y críticas. Pautas. Regla y excepciones. La conexidad, casos y prioridad. Separación y unificación de trámites.

Inhibitoria y declinatoria. Reglas. Prioridades.

La competencia subjetiva. Regulación.

La excusación y la recusación.

La extradición interprovincial e internacional.

Unidad 9:

Los actos procedimentales. La ineficacia y la nulidad procesal:

Acto procedimental y medio registro. Actas. Plazos y su cómputo.
Notificaciones, citaciones, traslados y vistas. Resoluciones judiciales.
Ordenes, oficios, exhortos.

Actividad investigativa: concepto, objeto, finalidad y reglas.

Medidas de restrictivas de derechos con finalidad investigativa:
allanamiento, registro, requisa, secuestro, interceptación de
comunicaciones y correspondencia, orden de presentación. Escuchas y
vigilancia, obtención de filmaciones, imágenes y audio. Orden de
presentación.

Acto y resoluciones judiciales.

Eficacia de la actividad procesal. La ineficacia procesal. Efectos.

Validez de la actividad procesal. La nulidad procesal. Concepto.
Naturaleza. Presupuestos.

Exclusiones probatorias. La doctrina del fruto del árbol envenenado.

Unidad 10:

Prueba y confirmación procesal:

Consideraciones terminológicas y conceptuales. Convicción provisoria y
confirmación procesal

Diferencia entre prueba y elemento de convicción. Importancia y reglas.
La prueba anticipada. Revisión de recursos. La demostración, la
acreditación, la convicción y la mostración.

Sujeto, fuente, objeto y medio de prueba. Consideraciones constitucionales y efectos.

Medios de convicción. Reglas generales. Inspección y reconstrucción del hecho. Registro domiciliario y requisa personal. Secuestro. Testimonial. Pericial. Intérpretes. Reconocimientos. Careos. Declaración del imputado. La confesión. Medios innominados.

Libertad probatoria. Concepto y Límites.

Apreciación de la prueba. Límites y excepciones.

Estrategias y técnicas en la actividad probatoria.

La carga de la prueba o la iniciativa probatoria en el procedimiento penal. Concepto. Delimitación.

TÍTULO V: LIBERTAD Y SUS RESTRICCIONES

Unidad 11:

a) Restricciones a la libertad:

Tensiones y problemática. Estado de inocencia y poder de arresto. Seguridad y paz social. Reconstrucción del hecho histórico y el principio procesal de eficacia. El concepto de peligrosidad. La peligrosidad procesal. Críticas a la peligrosidad procesal.

La libertad. Reglas generales y excepciones.

Medidas privativas de la libertad: Comparendo compulsivo, Averiguación de Antecedentes, Arresto, Aprehensión, Detención y Prisión preventiva. La incomunicación. Conceptos, fundamentos, procedencia y vigencia.

La Prisión preventiva. Vigencia, duración y cómputo. Sistemas, reglas y críticas. Incidencias, alternativas y morigeraciones. El cese.

b) Medidas de coerción real.

Clases. Efectos.

c) Tutelas de la libertad:

Libertades caucionadas: Excarcelación y eximición de prisión.

Alternativas y morigeraciones de la prisión preventiva. Concepto.
Procedencia. Trámite. Impugnaciones.

Hábeas corpus. Procedencia, Clases, Trámite.

Cese de la medida de coerción. La falta de mérito.

TÍTULO VI: PROCEDIMIENTOS

Unidad 12:

Investigación penal:

Modelos de investigación penal.

La investigación penal preparatoria. Fundamento, finalidad y límites.

Atribuciones y competencia del Ministerio Público, la policía y el órgano jurisdiccional. Elementos de convicción y anticipo de pruebas.

Declaración del imputado. Intervención del Defensor. Comparación con el Sumario, el sistema Jofré y el procedimiento nacional. Actos iniciales: Denuncia (facultativa, prohibida y obligatoria). Prevención policial.

Actos de la Policía. Obstáculos fundados en privilegio constitucional.

Situación del imputado. Rebeldía del imputado. La prevención policial y la iniciativa propia. Regulación.

El secreto y la publicidad de las actuaciones.

El legajo fiscal.

Unidad 13

Finalización de la investigación:

Sobreseimiento. Concepto, antecedentes y regulación. Causales. Mérito y oportunidad. Consecuencias. El sobreseimiento por acuerdo de fiscales. Legitimación e intervención del particular damnificado.

Excepciones previas. Clases. Trámite.

La Elevación a juicio: la requisitoria: contenido y efectos. Su despacho.
La oposición. El auto de elevación a juicio. La intervención del Particular
damnificado.

Medios alternativos al proceso penal: Suspensión del proceso a prueba.
La mediación penal. Acuerdos. Análisis de los arts. 86 y 87 del CPP.

El archivo y la regla de la oportunidad. Fundamentos. Causales.
Delimitación. Procedimiento.

Unidad 14:

El juicio penal:

Delimitación. Modalidades. EL juicio penal sometido al juzgamiento de
jueces técnicos. La composición colegiada y unipersonal. El juicio por
jurados.

Etapas. Actos preliminares. Integración del órgano jurisdiccional.
Ofrecimiento de pruebas. Depuración. Nulidades e incidencias.

La incorporación por lectura. Análisis, recursos, reglas y estrategias.

La instrucción suplementaria.

El debate. Audiencias. Actos del debate. Acta del debate. Desarrollo.

Veredicto y sentencia. Contenido. Cuestiones. La pretensión absolutoria
del Ministerio Público Fiscal. El hecho diverso.

El juicio por jurados. Procedencia. Selección e integración.
Procedimiento de recusaciones y excusaciones. Instrucción. Reglas de
actuación en el debate. Deliberación. Veredicto. Jurado estancado. La
sentencia en el juicio por jurados.

Unidad 15:

Procedimientos especiales:

El Juicio Abreviado. Antecedentes. Comparación con otros regímenes
nacionales e internacionales. Procedencia. Trámite y efectos.

Suspensión del Juicio a prueba. Trámite.

Juicio correccional. Procedimiento.

Juicios por delitos de acción privada. La Querella. Procedimiento. Caducidad.

Faltas y contravenciones. Régimen y procedimiento.

Régimen de responsabilidad penal juvenil. Competencia. Procedimiento.

TÍTULO VII: IMPUGNACIONES

Unidad 16:

Impugnaciones:

Presupuesto. Reglas y excepciones. Especificidad, plazo, legitimación y motivación. La fundamentación. Controles de admisibilidad y fundabilidad.

La garantía del art. 8.2.h de la CADH. Doctrina “Casal” de la CSJN.

Reposición. Procedencia, trámite, órgano interviniente. Efectos.

Apelación. Procedencia, trámite, órganos intervinientes. Efectos.

Recurso de casación. Procedencia. Trámite. Sentencia. Procedimiento abreviado

Recursos extraordinarios ante la Suprema Corte. Recurso de inconstitucionalidad. Recurso extraordinario de nulidad. Recurso de inaplicabilidad de ley. Procedencia, trámite, órgano interviniente. Efectos.

Recurso extraordinario federal. Procedencia. La gravedad institucional. La Arbitrariedad. Regulación. La queja. Efectos de interposición de la queja.

Acción de revisión. Procedencia, trámite, órganos intervinientes. Efectos. Reparación económica. Límites.

TÍTULO VIII: EJECUCION PENAL

Unidad 17:

La ejecución penal:

Carácter y naturaleza. Consideración en orden a las penas. El cómputo de pena.

Régimen de ejecución penal en la provincia de Buenos Aires. Institutos y trámite.

Régimen de ejecución penal de la Nación. Institutos.

La libertad condicional.

Las medidas de seguridad. Clases y vigencia.

Ejecución civil. Condenas pecuniarias. Restitución de objetos secuestrados. Sentencia declarativa de falsedades instrumentales.

Las costas procesales.

PROPUESTA BIBLIOGRAFICA

MATERIAL DE CONSULTA GENERAL E INTEGRAL

Alvarado Velloso, Adolfo:

- Lecciones de Derecho Procesal. Adaptadas a la legislación civil y penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio. Astrea, Buenos Aires, 2015.

Clariá Olmedo, Jorge A.:

- Derecho Procesal Penal, 3 tomos actualizados, Rubinza-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

Alternativamente:

Vázquez Rossi, Jorge E.:

- Derecho Procesal Penal, 2 tomos, Rubinza-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

Alvarado Velloso, Adolfo:

- El Debido Proceso de la Garantía Constitucional, Zeus, Rosario, 2003.
 - Sistema Procesal: Garantía de la Libertad que Ediciones Rubinza-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008.
-

Material optativo.

- Di Giulio, Gabriel Hernán, Nulidades procesales, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Superti, Héctor C., Derecho Procesal Penal, Temas Conflictivos, Juris, Santa Fe, 2000.
- Jauchen, Eduardo M., Tratado de la Prueba en Materia Penal, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2002.
- Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, segunda edición, Buenos Aires, 1989.
- Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, 2da. reimpresión, actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos, Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1986.

Prof. María Victoria Schiro
Secretaría Académica

Prof. Laura María Giosa
Decana