

P R E S E N T A C I Ó N

La *Escuela de Graduados Aguila-Calderón* (conocida localmente como *EGACAL*) ha tenido la feliz idea de encarar la publicación de diversos estudios de temas del nuevo proceso que está imponiéndose en toda América latina a partir de la instalación en el fuero penal de un sistema de enjuiciamiento verdaderamente acusatorio.

El nombre de la publicación —*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*— no es conocido en el Perú, donde los vientos soplan hasta ahora en otras direcciones diferentes a la que apunta el editor en este caso.

Por eso es que resulta necesario hacer una somera explicación liminar acerca de qué es el *garantismo procesal*

Es por todos conocido que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa amarilla y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia, ha originado en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) —sostenida por numerosos medios de información¹— que pregona la necesidad de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, hacer que no haya ex-carcelación, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*² y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*³ *procesal*, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles*,

¹ Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

² Se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario.

Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos.

Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata —nada menos— que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera.

Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

³ Se conoce como *decisionismo* al movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

más *comprometidos con su tiempo* y decididos a *vivir peligrosamente*⁴, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

Y, al contrario de lo que se pregona en el solidarismo procesal, no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial.

Y al conjunto de estas ideas se les da el nombre de *garantistas* o *libertarias* (por esto se conoce con la denominación de *garantismo procesal*).

Se colige de lo ya expuesto que esta posición filosófica se muestra antagónica con la solidarista, claramente *totalitaria*.

La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución).

En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino —así de simple— de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar ¡en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!)⁵.

Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

⁴ Esta frase, tan repetida actualmente en el procesalismo proclive a instaurar un fuerte decisionismo judicial en América —y particularmente, en el Perú— pertenece en rigor de verdad a Benito Mussolini y fue dicha en una arenga a sus *camisas negras* que, cantando *La giovinezza*, se lanzaban a tomar Etiopía...

⁵ Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia —que siempre ha de procurar— no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces —insisto que 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 una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento *inquisitivo y dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: informo acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructivos*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante —sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él— le parece que quien pretende tiene directamente la razón (... se habla de la existencia de *indicios vehementes*...).

Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales —que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)— exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente —1998— ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decreta oficiosamente medios de confirmación!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*...⁶.

Por mi parte, en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento —no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida— me enfrento con una alternativa inexorable:

a) o elijo un proceso que sirva como *medio de control social* o, peor aún, de *opresión* (al mejor estilo kafkiano) u

⁶ ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, *que habitualmente sí maneja derechos disponibles*, *no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por *la Constitución* y no por *la ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar

- la libertad;
- la garantía del debido proceso
- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es —a la postre e iterativamente— lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no actuar oficiosamente*, por ejemplo).

Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *Poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etcétera, etcétera.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en América latina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco —el solidarismo judicial— parece realmente peligroso para la vigencia de la idea Republicana que nunca debemos abandonar pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de los artículos doctrinarios que contiene esta nueva Revista, que viene a llenar un

vacío académico sensible y a bregar por el irrestricto ejercicio de una abogacía consciente y predecible.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

PROFESOR DE DERECHO PROCESAL
PRESIDENTE DEL INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Rosario (Argentina), julio de 2006