

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL
INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

CARTA ABIERTA AL DIRECTOR
REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL
Año 1; N° 02, 2002

— o —

PÁGINA DEL DIRECTOR

EL ACTIVISMO EN EL DERECHO PROCESAL^(*)

Las últimas décadas de los estudios jurídicos, entre ellos los procesales, preñados de entusiasmos y desilusiones, han puesto encima de la mesa dos posiciones que se muestran como polarizadas, inclusive suelen presentarse como antagónicas. Tal dicotomía no nos parece definitiva, en algunas disciplinas jurídicas pueden haber sido los adjetivos o las frases crípticas empleadas casi siempre para impresionar u ocultar la falta de argumento, las que han impedido esclarecer cuál es la diferencia fundamental entre una y otra. Así y todo, es posible determinar sus líneas directrices.

Dentro del ámbito procesal, se dice de una posición que es *garantista* para explicar una percepción del fenómeno procesal, según la cual éste debe ser concebido o interpretado al servicio de los derechos fundamentales del hombre convertido en justiciable, al extremo que, dentro del proceso, se deben cumplir, escrupulosamente, *todas* las manifestaciones del Derecho a un debido proceso.

Siento un profundo respeto por todas aquellas personas, procesalistas o no, que son capaces de dedicar su vida a asegurar la vigencia de los derechos humanos de los demás. Claro, mi predilección se convierte en devoción cuando advierto que esas personas, además de luchar por los principios anotados, son capaces de *vivir* de acuerdo con ellos; hacen magisterio con su cuerpo, como le gusta decir a un curita de mi tierra llamado Gustavo Gutiérrez, cuyas obras constituyen fundamento basilar

(*) Antecedente de la «Carta al Director». Tomado de «La Página del Director», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año I, N° 2, Buenos Aires, 2002.

de la llamada *Teología de la liberación*, la que, como todos saben, coincide la vida cristiana como el reencuentro permanente con el Cristo comprometido con el pobre y no el que paga el diezmo más elevado.

Hace poco más de un año, acabó en el Perú una de las dictaduras más audaces que haya padecido país latinoamericano alguno. Pueden ser más de 2,500 millones de dólares los que, en base a comisiones y compras fraudulentas, unas mil personas —entre civiles y militares— sustrajeron dolosamente de la caja pública. Pero un rasgo psicopatológico del *capo di tutti capi*, ha convertido a un instituto procesal en un tema capital para desentrañar este crimen masivo: el abogado Vladimiro Montesinos filmó a todas las personas que fueron a sus oficinas, sea a recibir la coima (en efectivo), poner la institución de la que formaban parte a su servicio o planificar un delito.

Ante la evidencia visual y auditiva, los abogados de los corruptos — que en centenares poblaban los centros para reos primarios con prisión preventiva— empezaron a desarrollar una de la teorías que sustentan la imposibilidad de emplear, válida y eficazmente, la llamada prueba ilícita. Había antecedentes: en pleno gobierno de la corrupción se descubrió que Montesinos —asesor personal del Presidente Fujimori, por tanto, funcionario público— realizaba consultorías privadas que le reportaban ingresos mensuales superiores al millón de dólares. Como la prueba de tales ingresos fue obtenida subrepticamente por un funcionario bancario que entregó a la prensa los estados de cuenta, el Fiscal de la Nación —el máximo representante del órgano encargado de investigar los ilícitos penales— declaró improcedente la denuncia y ordenó su archivamiento.

No es éste el lugar para desarrollar las teorías sobre la prueba ilícita. Sin embargo, es trascendente que haya cierto consenso en el hecho de que el análisis de la institución se sustenta, primordialmente, en identificar el método empleado para obtener la información, es decir, que más allá de su nombre —como casi siempre ocurre en Derecho—, lo trascendente es que se compruebe si para la obtención del medio probatorio se usaron técnicas que afectaron algún derecho fundamental de la persona contra quien tal medio sería usado.

Claro, el primer derecho fundamental que aparece reñido con la prueba ilícita es el de la intimidad. ¿Puede utilizarse contra una persona una filmación —no ordenada por autoridad alguna— en la cual ésta aparece cometiendo un ilícito penal? Para culminar el ejemplo, adviértase que,

como el fraude tiende a ser elegante y perfecto, sin la eficacia probatoria de los vídeos se resentirá la investigación, de hecho quedará muy poco con qué atacar a la organización delictiva más grande de la historia del Perú.

Si apreciáramos el caso desde una perspectiva *garantista*, no sería difícil concluir en la necesidad esencial de asegurar, a ultranza, los derechos fundamentales de los implicados, inclusive con perjuicio de la verdad a ser obtenida.

Podemos estar de acuerdo o no con la posición asumida desde una óptica *garantista*, pero es importante que los juicios críticos sobre ella reconozcan dos premisas.

La primera consiste en no incurrir en el vicio de *atemporalidad*, causado por una manifestación de la globalización: la mundialización de la información. La atemporalidad consiste en asumir la falsa imagen de que, como todos estamos sintonizados de manera uniforme con lo que ocurre en otras latitudes, los temas y problemas jurídicos han discurrido y discurren por el mismo proceso histórico. Craso error, Latinoamérica, por ejemplo, no tuvo Medioevo, Renacimiento y tampoco peste negra, fenómenos sociales que marcaron a Europa. Para actualizar el ejemplo: Latinoamérica no ha vivido la década de la ilusión —y la del sucesivo desencanto— del auge del judicial, como lo vivieron muchos países de Europa no hace mucho. Con esta atingencia, las corrientes del pensamiento jurídico —como el garantismo— deben ser apreciadas atendiendo el contexto histórico de una sociedad determinada. Queremos decir, simplemente, que lo que funciona allá ahora, no tiene necesariamente que funcionar acá, ahora.

La segunda consiste en advertir que una propuesta *garantista* se sustenta en una concepción del rol del Derecho en la sociedad. Después de todo, el Derecho es las últimas décadas sólo viene siendo un intento superficial para concretar la ilusión de la modernidad, para asegurar la creencia en el mito del progreso ininterrumpido. Cuando se concibe el Derecho como factor de aseguramiento de la convivencia social, a través de la reglas que *deben* de cumplirse para que la sociedad «progrese», estamos asumiendo, como juristas, una ideología de la normalización, una percepción de la sociedad moderna como cerrada y perfecta que sólo exige del Derecho que cumpla su rol apaciguador en una sociedad —la contemporánea— orientada al éxito, ¿éxito?

Entonces, ser o no *garantista* no es tener tal o cual percepción de tal o cual institución jurídica; es mucho más que eso: es la consecuencia de optar por una determinada concepción sobre las responsabilidades que el Derecho y los juristas tienen con la sociedad en la cual desarrollan su actividad intelectual y respecto de la cual reflexionan.

Las opciones son las siguientes: asumir que el Derecho debe seguir siendo un conjunto de datos empezados a gestarse por algunas tribus del Lacio y que, con el tiempo, se ha ordenado y sistematizado, al punto de convertirse en un científico —metódico y sistemático— cargado de normas, de principios y de viejos mitos que deben ser defendidos a ultranza para que, a su vez, el Derecho sea también un instrumento de control social de quien ejerce el poder, o más bien, creer que el Derecho debe ser una disciplina social cuyo objeto es la comprensión de los fenómenos de relación que se dan en el tejido social, a fin de mantenerlos o postular su transformación, según sirvan para concretar una sociedad justa e igualitaria.

Finalmente, recordando el ejemplo peruano sobre la eficacia valorativa de la prueba ilícita, tal parece que ser o no *garantista* pasa por optar, como sugiere Camus, entre estar cerca de los que hacen la historia o junto a quienes la padecen.

Lima, setiembre de 2002

El Director

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

Autoridades
(2002-2004)

PRESIDENTES HONORARIOS
Augusto Mario Morello (Argentina)
José Carlos Barbosa Moreira (Brasil)

PRESIDENTE
Roberto Omar Berizonce (Argentina)

SECRETARIO GENERAL
Raúl Tavolari Oliveros (Chile)

VICEPRESIDENTES
Víctor Fairen Guillén (España)
José Almagro Nosete (España)
Mario Aguirre Godoy (Guatemala)
Gonzalo Armienta Calderón (México)
Aristides Rengel-Romberg (Venezuela)

SECRETARIO GENERAL ADJUNTO
Juan Montero Aroca (España)

Página web: www.derechoprocesal.net

Presidente: Roberto Omar Berizonce,
Calle 49 N° 843, 6° piso, 1900 La Plata (Argentina),
e-mail: rberizonce@lpsat.com

Secretario General: Raúl Tavolari Oliveros
Av. Libertad 798, of. 502, Viña del Mar (Chile)
e mail: estudio-tavolari@tie.cl

CONSEJO CONSULTIVO

Augusto M. Morello (Presidente Honorario)
José Carlos Barbosa Moreira (Presidente Honorario)
 Víctor Fairén Guillén (España)
 José Almagro Nosete (España)
 Juna Montero Aroca (España)
 Mario Aguirre Godoy (Guatemala)
 Gonzalo Armienta Calderón (México)
 Jairo Parra Quijano (Colombia)
 Aristides Rengel-Romberg (Venezuela)
 Carlos Parodi Remón (Perú)
 Olman Arguedas Salazar (Costa Rica)
 Jorge Fábrega P. (Panamá)
Hernán Fabio López Blanco (Colombia)
 Cipriano Gómez Lara (México)
 Mariolga Quintero Tirado (Venezuela)
 Daniel González Álvarez (Costa Rica)
 Ada Pellegrini Grinover (Brasil)
 José M. de Arruda Alvim Neto (Brasil)
 Julio B. Maier (Argentina)
 Adolfo Alvarado Velloso (Argentina)
Miguel Teixeira Ferreira de Silva (Portugal)
 Carlos Pecchi Croce (Chile)
 Ángel Landoni Sosa (Uruguay)
 Jaime Greif (Uruguay)
 Hugo Allen (Paraguay)
 Rodolfo Duarte Pedro (Paraguay)
 Nelson Ramírez Jiménez (Perú)
 Germán R. Peters Arzabe (Bolivia)
 Mauro R. Chacón Corado (Guatemala)
