

IDEOLOGÍA IMPORTADA Y PROCESO NACIONAL. UN HÍBRIDO INOPERANTE

Guido César Aguila Grados

GUIDO AGUILA GRADOS: Abogado. Director de EGACAL

Más de una vez hemos sentido lástima por aquel individuo que se gana la vida en el mes de diciembre disfrazándose de Papá Noel. Ataviado con un grueso atuendo colorado propio de un invierno crudo y con una profusa barba postiza tiene que soportar los 30 grados de temperatura de la etapa estival en nuestro país. Así lo vemos representado de manera múltiple durante toda la etapa navideña. Y nos parece normal, pues crecimos con esa postal. Sólo cuando contemplamos una imagen de agobio y deshidratación severa como la que suelen sufrir estos personajes recién nos ponemos a pensar en la razón de un traje inapropiado para la época. Reparamos tarde en que alguna desinteligencia debe haber. No sólo aceptamos al personaje regalón con ropa abrigada y un trineo tirado por ciervos voladores. También asumimos el 25 de diciembre como efemérides indiscutible de la natividad de Jesús. Entran al círculo el arbolito y la nieve que le cae y rodea, la cena con pavo y otros artefactos que son muy ajenos a nuestra cotidianidad. Sólo encontraremos la respuesta a esta irrealidad aceptada si nos remontamos al origen histórico de esta tradición. El siempre sonriente anciano rojiblanco apareció en Europa nórdica y luego se extendió al sur de Alaska. El día 25 era la fiesta pagana del Sol y, al mismo tiempo, se celebraba en la Europa escandinava una fiesta de invierno similar en la que se quemaban grandes troncos adornados con ramas y cintas en honor de los dioses. El árbol de navidad es originario de zonas germanas. Navidad significa comida en muchas partes del mundo cristiano. Por ello, la carne era el plato más importante en Navidad, basado en las palabras que Jesús pronunciara en la Última Cena: "Ésta es mi carne". Y entre ellas estaba la de ganso, que para nosotros tuvo que ser trocada por la de pavo.

Cuando tenemos toda esta información a la mano, entonces entendemos que hemos asumido un modelo y símbolo importado y extraño, completamente ajeno a nuestro clima, a nuestra vegetación, a nuestra idiosincrasia, a nuestra gastronomía y hasta nuestra ubicación en el mapamundi. Pero lo aceptamos sin mayor resistencia. No nos disgusta. Es más, cuesta imaginar que pueda ser diferente.

Lo señalado líneas arriba constituye una perfecta metáfora de lo que ocurre con la ideología y el sistema procesal peruano actual. La diferencia no es menor. Cuando este híbrido se produce en el Derecho en general, y el procesal en particular, tiene consecuencias de una superlativa importancia que no podemos soslayar o aceptar resignadamente. En las siguientes páginas intentaremos demostrar cómo una ideología jurídica importada y un proceso peruano son insolubles.

En el nivel de pregrado casi todos aceptamos la norma positiva como un dogma de fe. Si algún docente realiza algún cuestionamiento al Código, es discutible su postura. Se desconfía. Lo primero está escrito y tiene un peso específico mayor. Esta realidad de aparente conformismo y pasividad empieza a cambiar en el posgrado. En la mayor parte de maestrías y doctorados de este

lado del mar, el cuestionamiento es la constante, pues ya no hay más disquisiciones teóricas lineales. Como graduados, ya en el ejercicio profesional, aterrizamos en la accidentada realidad y repensamos la norma. Recién masticamos lo que antes ingeríamos sin pausa. Nos damos cuenta de que los conceptos no nos acercan ni por asomo a las respuestas que buscamos. Descubrimos antinomias por jerarquía, por especialidad y hasta por temporalidad. Las lagunas y los vacíos legales se multiplican. Instituciones que antes eran indiscutidas entran en cuestión. Con el transcurso del primer lustro de vida profesional descubrimos un círculo vicioso imparabile: el cambio de normas. Las bibliotecas nos dicen que el Derecho es dinámico y que es necesario un cambio permanente, pues la fotografía que le toma la ley a la realidad se distorsiona con velocidad vertiginosa. Sin embargo, los cambios de los “datos estructurales” no se condicen con los cambios de los “datos culturales” . Es decir, las modificaciones institucionales conseguidas mediante cambios en la norma positiva no logran calzar con las actitudes y los imaginarios de los juristas y otros operadores. Se logra que el Derecho esté en permanente movimiento, pero no que avance. En los últimos treinta meses han entrado en vigencia dos nuevos Códigos Procesales . Uno de ellos aún de manera parcial. A pesar de los esfuerzos y las buenas intenciones, la imagen quejumbrosa y frustrada del justiciable se vuelve estatua de granito.

Las discusiones académicas y los grandes debates procesales suelen tener como centro de gravedad la ideología que debe predominar en el Código. Se considera que el sistema procesal es la piedra angular de la arquitectura de la justicia peruana. Olvidan lo más importante. Cualquiera que sea la opción filosófica, esta edificación jurídica no se construye en el aire, sino sobre los cimientos que representa el ordenamiento jurídico. Sólo así encontraremos explicación a nuestros “papanoeles” procesales:

- Un Código Procesal Civil –la segunda o tercera norma más importante del país después de la Constitución- sin exposición de motivos. Cuando advertimos oscuridad en algunos de sus artículos habrá que preguntarles a los autores. No nos queda otra alternativa.

- Un Código Procesal Penal que ha virado 180° para abandonar su inspiración inquisitorial y pintarse el cuerpo entero de acusatorio. O, mejor dicho, la mayor parte del cuerpo. Aún quedan rezagos del sistema mixto como la prueba oficiosa.

- Un Código Procesal Constitucional que cambia el amparo alternativo por el residual en un país donde no existen jueces constitucionales. Magistrados sin pericia constitucional determinan si se ha lesionado o no el contenido esencial del derecho fundamental. Trasladan el fardo inmenso de expedientes del Tribunal Constitucional a la vía contenciosa administrativa para que sean resueltos. Una estadística a tener en cuenta: No hay más de una decena de juzgados contenciosos administrativos en Lima. La tutela jurisdiccional efectiva está amenazada de muerte en el Perú.

- Un nuevo Proceso Contencioso Administrativo que genera grandes ilusiones pues pretende ser de jurisdicción plena. Sin embargo, no procede la indemnización.

- Un Proceso Autónomo de Filiación que obliga al demandado en caso de negativa a someterse a la prueba de ADN. El derecho de defensa ha sido desterrado .

Nos cuesta dar el giro completo. Existe una marcada resistencia al cambio y siempre quedan cenizas de batallas anteriores. Con este panorama de fondo y para ir en orden, la primera pregunta a formular sería: ¿Tenemos un ordenamiento jurídico en estricto rigor? Enseguida vendría la segunda: ¿El proceso peruano se adecua a ese orden matricial? Tememos que la respuesta no es positiva en ningún caso. El gran enemigo del Derecho en el Perú –incluido el procesal- es bifronte:

su origen foráneo, desestructurado e improvisado por un lado; su uso, informal, empírico y repetitivo, por otro. Lo segundo es resultado de lo primero. Tenemos un derecho basado en “apuestas” por instituciones y figuras que son como árboles que dieron oxígeno, sombra y bienestar en otras latitudes y cuyas semillas son trasladadas a otro suelo, con otra composición, otro humus y otro sistema de riego. Nunca germinan. El suelo no es árido, por el contrario, es fértil, pero para otros frutos. Estas “apuestas” que se hacen en el Derecho enriquecen y dan tribuna a los sectores involucrados en la importación de estos granos novedosos y a todo el que se encuentra dentro de su radio de acción, pero empobrecen al abogado litigante de pasillo y desorientan a los justiciables. Debilitan –más-, sobre todo, el ordenamiento.

Todo ordenamiento jurídico que se precie de ser sólido se sostiene en un trípode de bases anchas: unidad, coherencia y actualidad. Realicemos un breve análisis de este soporte en el Perú.

1. No hay sintonía entre la legislación procesal y la Constitución. Lo que debe ser una coreografía impecable entre los niveles de la pirámide kelseniana se ha transformado en un recreo de infantes. Se legislan especialidades de manera aislada y descoordinada. Se reglamenta con base a la excepción. La norma constitucional es fuente de fuentes, empero, el Código Procesal Civil y el Código de Procedimientos Penales son anteriores a la Carta Magna. Fueron hechos en otro formato y con una filosofía diferente. Ahí conviven. En medio del hacinamiento y el caos legal.

Veamos algunas imágenes de esto de manera muy somera.

a) Mientras nuestra Constitución señala como parte del debido proceso la pluralidad de instancia, el último artículo del Título Preliminar del CPC señala la posibilidad de recurrir al superior “salvo que la ley señale lo contrario”. Si es lo contrario, no se refiere a una tercera sino a la instancia única. Un eficientismo que no tiene pudor. Más que preocupante.

b) Increíblemente, la *reformatio in pejus* estuvo vigente hasta el año 2001. Es decir, hasta hace algo más de un lustro, el Ministerio Público daba su conformidad respecto a una sentencia que imponía 8 años de pena privativa de libertad por homicidio, pero, disconforme con ella, el condenado recurría a la Corte Suprema. Le daban 15. Moraleja con parecido a precedente: la próxima vez no impugnes.

c) No hemos encontrado la manera de entender cómo el Tribunal Constitucional ha señalado con firmeza que en sus fallos goza de autonomía procesal. Los poderes del Estado que tienen legitimidad democrática directa tienen controles visibles y marcados, mientras que el Tribunal, que es elegido por uno de ellos, es *sans frontiers*. El activismo judicial en su expresión químicamente pura.

d) No puede hablarse seriamente de unidad o algo similar en un ordenamiento jurídico que cuenta con siete procesos distintos vigentes. ¡Siete! Y uno más en *vacatio legis*: el proceso de pérdida de dominio.

e) Por último, no hay unidad en el lenguaje. La multivocidad ha desembocado en una equívocidad. Así, absolver en un proceso civil es contestar. La misma palabra en un proceso penal es dejar en libertad. Otro más. ¿Cómo hacemos que entienda alguien que se inicia en esta disciplina que lo antagónico del derecho de acción no es el de reacción sino contradicción? Luego de tal confusión, seguro preferirá estudiar física.

2. La coherencia es una mochila muy pesada para la espalda de la justicia local. ¿Cómo explicarle a un estudiante de Derecho que en el Proceso Civil predomina el sistema inquisitivo y en el

Proceso Penal el acusatorio y, lo que es peor, que ambos coexisten en la cotidianidad judicial? ¿Cómo hará un Juez Mixto en sus sentencias? Le aconsejamos cambiarse de ropa para que recuerde hacer un corte entre uno y otro sistema al momento de resolver. Pero eso no es todo. La formación de líneas jurisprudenciales que sirvan de derrotero y que hagan nuestra justicia predecible, no existen. Podría pensarse que es problema humano, de aplicación y competencia. Disentimos. La incoherencia nace en el mismo CPC. Por acortar la duración de los procesos se ha eliminado del diagrama procesal la etapa alegatoria, un esfuerzo que podríamos convenir en realizar, pero que se vuelve vano una etapa conciliatoria obligatoria. Para nuestros legisladores es deber del juez luego de escuchar a los pares antagónicos, proponer una fórmula conciliatoria. Lo introducen en la jaula del león premunido de un tenedor como arma. No tiene tiempo para una propuesta posible, no se le ha preparado para esa labor y corre el riesgo de caer en un prejuizamiento. ¿Cuántas personas en conflicto estarán dispuestas a autocomponer su conflicto, sólo porque una norma los obliga? Para que tenga ribetes de locura esta falta de coherencia, también se hizo obligatoria la prejudicial.

Cuando se importa Derecho por el prurito de la moda se obtienen resultados fatales. El Título Preliminar del CPC exige que las partes se desenvuelvan en el proceso con buena fe. Es una campana con un tañido cautivante que difícilmente alguien rechazaría. Visto esto con ojos jurídicos es insostenible. La buena fe procesal no tiene historia ni antecedentes en la historia. Olvidamos que son pares antagónicos. Los que comparecen a un proceso no son una pareja de colegas que caminan de la mano por el parque. Están en el proceso porque se traicionó justamente la buena fe en la relación jurídica material inicial. Por último, qué cuentas rendiríamos a quien haciendo un esfuerzo casi místico actúa de buena fe y es sorprendido por una medida cautelar, que por esencia es inaudita altera parts. Seguir enumerando estas incongruencias sería abusar de la paciencia del lector.

3. La vigencia y actualidad normativa no son rasgos representativos de nuestro sistema jurídico. Cada día ganan más espacio las normas de desuetudo y las de consuetudo. La anticresis se mantiene en formol y a la renta vitalicia le han declarado muerte cerebral. Igualmente, existen prácticas cotidianas con relevancia jurídica en diferentes zonas del país que aún no recoge nuestra legalidad. Además, atentan contra este pilar de todo ordenamiento las derogaciones y abrogaciones tácitas, en especial, aquellas que utilizan la inveterada fórmula de “quedan derogadas todas las normas que se le pongan”.

Este es el corolario de una patología que es tan antigua como nuestra existencia republicana. Nuestra propia fórmula como Estado es importada. Las leyes no se aprueban y promulgan luego de prolijos debates jurídicos sino por mayorías políticas. Importamos un Derecho que no sentimos. Trajimos las instituciones jurídicas desde nuestra infancia jurídica no de la mano de la madre, ni siquiera de la nana, sino de un extraño. Diferentes figuras del Derecho se trasladan de los “Sitios de producción del Derecho” –Europa y Norteamérica- a los “Sitios de recepción del Derecho” –América Latina- sin un desenlace feliz. La extrapolación es indetenible y caótica. Se desata por todos los vértices del poliedro jurídico la inoperancia. Pero sobre todo en su ángulo diedro más sensible: el procesal. Esta gran sensibilidad se produce porque ya existe un conflicto. El justiciable postula una pretensión que espera sea satisfecha. En la otra orilla el resistente grita “su” justicia. De ahí que en materia procesal sea más evidente el cáncer que ataca sin cesar a la juridicidad nacional. Con ejemplos de esta paranoia nos tropezamos en cada metro cuadrado de cada parcela jurídica. Intentemos buscar explicaciones al por qué estas patentes jurídicas, que son una panacea para los países del primer mundo, al cruzar el Atlántico o el sur de Norteamérica resultan totalmente inocuas para nuestros países. Según nuestro criterio no alcanzan la consolidación y el

suceso inicial debido a que pecan en tres tópicos: El desfase cronológico, la idiosincrasia social y las diferencias económicas

Hace veinte años atrás las principales legislaciones nacionales tomaban como modelo normas de Europa continental con casi media centuria de vigencia. Así, lo que era novedad para nosotros ya sufría una transición de cambio en el viejo continente. De tal forma que cuando creíamos haber logrado entrar al engranaje, se había cambiado de rueda. Nuestro Código Civil casi finisecular recibe hoy calificativos jubilatorios (“envejecimiento prematuro”, “rápida descapitalización”). Proyectan modificar y renovar 500 artículos de la norma de 1984. Aun así, cuando se realice tal actualización, aparecerán nuevas obsolescencias. Transitamos tiempos más volátiles. Podríamos suponer que la información llega más pronta y que el desfase es mínimo. Es exactamente lo contrario. Pero además, lo jurídico no es monopolio de juristas. Es para una sociedad desigual cultural y económicamente. Pretendemos que lo que dio resultado en Viena y Berlín sea asimilado, entendido y aplicado en Paucarcolla. Es como si importáramos televisores a tubos con imagen en blanco y negro en tiempos de los de plasma. Lo más grave es que no los sabemos utilizar y carecemos de fluido eléctrico.

Es hora de comenzar a generar fórmulas para detener esta realidad injusta, perversa. Si no nuestro proceso va a seguir siendo errático, No se trata de rechazar todo lo foráneo. No es chauvinismo. Postulamos algo muy diferente: Lo que traigamos de otras latitudes deben pasar los filtros adecuados para que se amolden a nuestro día a día, a nuestra informalidad, a nuestras carencias, a nuestros recursos y limitaciones. Este encuentro de posgrados es un primer faro para espantar las inoperancias y actos fallidos procesales. Que nos ocurra lo que en navidad: El nacimiento de un nuevo proceso que nos haga vivir momentos de alegría, regocijo y paz.