

La labor creativa del juez como fundamento esencial de una efectiva jurisprudencia en el Perú

Julio Favio Amayo Burgos

*Alumno del cuarto ciclo de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

Miembro de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

*"Cuando faltan virtudes en
vano se introducen legislaciones"*

PLATÓN

1. NOTA INTRODUCTORIA.

Hay buenas razones para pensar que expresiones tales como "Administración de Justicia" son cuando menos engañosas. Pero, aunque se piense que los jueces al aplicar el Derecho no siempre hacen justicia, lo que sí parece es que procurar hacer justicia debe ser el objetivo a perseguir. El problema, claro está, es que no siempre parece posible hacer justicia por medio del Derecho. ¿Qué hacer entonces? ¿Qué deben hacer los jueces para resolver los posibles conflictos que se les plantea entre sus obligaciones jurídicas y sus deberes morales? ¿Qué papel juegan las consideraciones morales en la argumentación jurídica?¹

Es consensual entre los investigadores afirmar que los profesionales del Derecho Latinoamericano suelen desarrollar una concepción positivista del Derecho. Por otro lado, el realismo jurídico anglosajón tiende a apoyar un modelo de ciencia jurídica, por el cual el conocimiento del Derecho depende exclusivamente del análisis empírico de la praxis judicial.² El desarrollo de este artículo se enfoca desde una problemática concreta: **¿se fomenta o se inhibe la capacidad creativa del juez en la judicatura peruana?**

El presente trabajo consta principalmente de dos partes (puntos 3 y 4) además de una breve introducción histórica que los antecede. En el primero de ellos pretendo justificar la necesidad de mantener inmanente la idea de justicia en la creatividad del juez en base al uso de criterios axiológicos y en el segundo trato de dar a conocer algunas particularidades del caso peruano y los problemas de fondo que niegan la realización cabal de la labor creativa del juez que a mi entender, es fundamental para lograr la adecuación entre Derecho y Sociedad.

Ineludiblemente, el trabajo a continuación no podía estar exento de una fundamentación de carácter filosófico. A través de estas líneas critico el argumento del que algunos jueces se valen para limitarse a aplicar las normas al caso concreto, soslayando criterios de interpretación, apelando de modo erróneo el atemporal pensamiento de Hans Kelsen y su particular visión de concebir al Derecho como una ciencia pura, exento de categorías éticas y morales.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El propósito de este trabajo es analizar la función del juez atendiendo al mecanismo interno que usa

1 ATIENZA, Manuel. "Tras la Justicia". Editorial Ariel S.A Barcelona, 1977. Pág.32.

2 TARELLO, Giovanni. "Cultura Jurídica y Política del Derecho". México. Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 439.



para cumplir con su fin más trascendente: resolver conflictos; y a través de éste, afianzar el Estado de Derecho. El rol del juez en las sociedades que alcanzaron impresionantes niveles de desarrollo durante los primeros siglos de la era cristiana como los pretores y jurisconsultos romanos, por citar ejemplos, fueron los más representativos del esfuerzo de la especie humana por vivir en paz y con justicia.

Parecería, luego de dar una mirada retrospectiva a los anales de la labor creativa (análisis que no entro a detallar en este artículo), que la historia de la función judicial es el recuento de los medios para reducirle al juez su capacidad creadora. Sin embargo, la historia nos demuestra también que tal empeño fue casi siempre superado por las exigencias de la realidad. Lo que no impide admitir que, en los últimos doscientos años, esta reducción ha sido efectiva y devastadora en tanto ha socavado considerablemente la capacidad de interpretación y de discernimiento del juez a la norma aplicable, máxime en las sociedades cuyo sistema legal se nutre de las instituciones que provienen de la tradición romano-germánica.

Las tendencias de estas últimas décadas de incentivar la labor creadora del magistrado (aunque en algunas sociedades sea imperceptible) no proviene de una fuente reaccionaria al positivismo, sino que tiene su origen en la figura del juez proveniente de las civilizaciones antiguas que propiciaron la justicia a la sociedad en que vivieron contraviniendo muchas veces la literalidad de mandatos divinos, siendo uno de los casos más ejemplificadores la tarea de interpretación de los jueces en la cultura hebrea. Estamos hablando del *Talmud*, desarrollado por el talento de los rabinos, que consistía en un crisol formado por normas jurídicas, opiniones, decisiones judiciales e incluso algunas interpretaciones de la ley mosaica.

El interés centrado en el razonamiento judicial se debe a su considerable importancia social. El método y las consideraciones que un juez utiliza

para llegar a una determinada decisión, trascienden no sólo la esfera de su actividad, sino también el ámbito de las partes naturalmente afectadas por el proceso, hasta llegar, en algunos casos, a influir en el comportamiento social de la comunidad en donde se expidió la decisión.

Analizando la última proposición nos encontramos frente al antecedente histórico de lo que hoy en día constituiría lo que conocemos como una *resolución de observancia obligatoria*; o jurisprudencia, institución corolaria de la tradición jurídica angloamericana o *common law*.

3. LA FUNDAMENTACIÓN RAZONABLE DE LA PRAXIS JUDICIAL.

El Derecho debe ser un verdadero instrumento de convivencia en sociedad. Es necesario tener en cuenta que las corrientes del pensamiento surgen como una respuesta a la coyuntura en la que el hombre se desenvuelve y que coincide con su aspecto innato a evolucionar. Así, tenemos corrientes que van de la mano con el contexto, otras que son reaccionarias y algunas que se adelantan a su época.

De esta manera, debemos entender el *positivismo* que surge ante la necesidad de plasmar en el papel las normas que coacten el *deber ser*, entendiéndose esta idea como la materialización del imperativo categórico³. Aun cuando el hombre hubiese experimentado nuevas corrientes de pensamiento, parece ser que el positivismo se ha enquistado en los modos de pensar de un no minoritario sector de la dogmática jurídica incluyendo a jueces que, en mi opinión, son en parte artífices de una sociedad en permanente conflicto y más aun en este lado del continente.

Pero se debe tener en cuenta la naturaleza anacrónica de estas corrientes, no nace una inmediatamente después de que fenece otra, sino que conviven entre sí (diluyéndose unas y sumando adeptos otras). Creo que debemos rescatar la esencia el *pensamiento humanista*⁴ y para ello se puede poner en práctica mecanismos alternos como aplicar

«...las corrientes del pensamiento surgen como una respuesta a la coyuntura en la que el hombre se desenvuelve y que coincide con su aspecto innato a evolucionar...»

3 Inmanuel Kant. "La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres" Editorial Espasa-Callpe. Madrid, 1986.

4 Si bien la corriente humanista, conocida como tal, fue desarrollada por estudiosos europeos de los s. XV y XVI que centraron su interés en la cultura de la antigüedad clásica, su pensamiento que consiste en la aplicación de ciertas tendencias filosóficas o políticas que conceden especial importancia al hombre, a su libertad, independencia y bienestar.

un Derecho flexible que no esté escrito, sino que provenga de la cultura jurídica de los jueces, de su actividad cotidiana de *impartir justicia*.

En el Perú, como en muchos otros países, se habla de las facultades del poder judicial de *administrar justicia*. Nada más cierto. El problema aquí es que no existe una verdadera justicia. Es una justicia impuesta y otorgada por el gobierno central para que la "administre" con ciertos parámetros (idea que desarrollaré a lo largo del punto 4). De esta manera lo ideal es hablar de *impartir justicia*, frase que sobreentiende autonomía de decisión, una decisión que sólo puede provenir de un poder judicial independiente. Sí, una entelequia para el caso peruano.

3.1. EL FORMALISMO INTERPRETATIVO.

El formalismo interpretativo podría definirse como una tendencia que se caracteriza por preferir la aplicación de la literalidad de la ley (fuera de su contexto histórico y socio-político) a una interpretación con mayor nivel de elaboración, que presente argumentos convincentes que apoyen la decisión judicial⁵. No es una aplicación errónea del Derecho. La problemática se manifiesta cuando esta actividad (de origen europeo en donde funciona regularmente) y que es trasladada hacia nuestra realidad, en donde dista mucho de la coyuntura en la que fue concebida.

3.1.1. CRÍTICA A LA POSTURA POSITIVISTA.

El principio fundamental del método propuesto por Hans Kelsen, en su clásica obra, "La Teoría Pura del Derecho", es usualmente mal interpretada y suele señalarse que su teoría consiste en eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños. Entre estos, incluye el jurista, la moral y la teología; sin embargo, Kelsen afirmaría posteriormente (dentro de su misma obra) que sería imposible que el juez se pronuncie sobre un hecho apelando a la norma sin "pasar por contrabando" valoraciones subjetivas inherentes a su cultura jurídica concretizadas en percepciones éticas o morales. El mayor defecto del positivismo jurídico consiste en que se detiene más en el aspecto formal de una norma que a su contenido; atiende más a la

conformidad de la ley que a la intrínseca razón de la cual se desprende, ser instrumento de pacífica convivencia entre seres humanos.

El Papa Pío XII, por otro lado, quería dar a entender que un Estado, por más complejo que fuese su aparato legal o por más favorable que fuera el consentimiento de sus ciudadanos a los dictados de la autoridad, no puede renunciar a la realización de la justicia (como objetivo a alcanzar). **El aspecto ético es justamente la raíz de todo derecho.** Por ello, la interpretación singular y asistemática de la frase de Hans Kelsen en que afirma que el juicio de valor pronunciado sobre la base de una norma moral es "extraña a la ciencia del Derecho, puesto que no es pronunciada sobre la base de una norma jurídica"⁶ revela la clave de la radical insuficiencia del positivismo jurídico para responder a la pregunta por la esencia de la ciencia jurídica.⁷

El lenguaje del positivismo jurídico rehuye el planteamiento de los contenidos axiológicos y permanece en el terreno de la pura normativa, es decir, en la problemática de índole técnico-logístico. En mi opinión, el positivismo se vale de ciertos criterios y argumentos en el que el intérprete asume la tarea que consiste en desentrañar el significado de la norma jurídica a partir del Derecho mismo, sin intervención de elementos extraños a lo técnicamente legal. Los medios de los que se valdrá el intérprete serán la literalidad de la norma, su ratio legis, sus antecedentes jurídicos, su sistemática e inclusive su dogmática. El criterio tecnicista extrae siempre sus contenidos interpretativos de dentro del mismo Derecho y no recurre a elementos extraños, esto es, con contenidos extrajurídicos, provenientes de la ética, por ejemplo⁸.

Acercándonos hacia nuestra coyuntura, es consensual entre los investigadores afirmar que los profesionales del Derecho Latinoamericano, y entre ellos los peruanos, suelen abrazar una concepción positivista del Derecho. Un positivismo jurídico clásico postula una noción del Derecho encerrado en sí mismo y conectado estrechamente al formalismo interpretativo. Es esta, una característica del razonamiento de los magistrados peruanos. Pero, ¿Por qué nuestros magistrados son formalistas?

5 LEON P. Ricardo Diagnóstico de la Cultura Judicial Peruana. Academia de la Magistratura. 1966. Pág.62

6 KELSEN Hans. La teoría pura del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1983. cap.VII. Pág.4

7 NIETO, Armando. Apuntes sobre el positivismo jurídico En: Ius et Veritas No 19. Pág. 360

8 RUBIO C. Marcial. El Sistema Jurídico. 8va edición. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1999. Pág. 260



El profesor León Pastor es uno de los investigadores que se plantea esta pregunta y llega a una conclusión fundamentada en dos razones: La primera es que los jueces tienden a dar un resultado en torno a la experiencia y no tanto a la teoría; de lo que se desprende una segunda razón que sería la falta de doctrina que produce, a su vez, una escasez de criterios de solución alternos a lo que llamaría una interpretación exegética de la norma.⁹ Mi posición respecto del mismo punto discrepa considerablemente. Si bien es cierto que uno de los puntos que no se pueden soslayar es el nivel cognoscitivo de los magistrados para analizar esta problemática, no considero sean los hitos más importantes. Posteriormente propongo un esquema que arroja como resultado una inhibición de la labor creativa del juez en el Perú, conclusión que se desprende lógicamente del análisis de algunos factores reales que la justifican.

3.1.2. EL PROYECTO RAWLSIANO.

Como lo expresara directamente al inicio de *La Teoría de la Justicia*, Rawls esboza una teoría que debía estar fundamentada en base al concepto de justicia "como primera virtud de las instituciones sociales"¹⁰. El proyecto Rawlsiano proponía la justicia como equidad. Como mencionaba el filósofo político canadiense Kymlicka, el proyecto de Rawls podía resumirse en una frase muy corta, a saber: *la búsqueda de una igualdad liberal*.

La intención de la *posición originaria* es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, sean estos justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto el legislador debe hacer uso de un *velo de la ignorancia*. No sabe cómo el abanico de alternativas afectará casos particulares, viéndose obligado a evaluar las propuestas de norma únicamente sobre la base de consideraciones generales.¹¹

El fin del trabajo del distinguido profesor de Harvard, John Rawls, era hallar una sociedad bien ordenada (*Well Ordered Society*) que debía estar regulada por una concepción pública de la justicia que tuviese estas características:

- a. Que todos acepten los mismos principios de justicia.
- b. Que las instituciones sociales satisfagan estos principios.

Siguiendo esta perspectiva de análisis, Rawls intentaba fundar una teoría que recurriese a la generalización y abstracción de las teorías contractualistas de Locke, Rousseau y Kant, pero pensándose ya no como un contrato que buscarse formar una sociedad o una determinada forma de gobierno, sino que se concretase a la selección de los principios de justicia para confirmar la estructura básica de la sociedad.¹²

En un intento por acabar con la rigurosidad matemática del formalismo y de la lógica jurídica, *La Teoría de la Justicia* se alzaba como una propuesta teórica que resucitaba nuevamente un concepto ya olvidado por el derecho y la política, a saber, la *justicia*. Y de este modo recuperaba de manera honesta la preocupación por los aspectos axiológicos o valorativos presentes desde siempre en la filosofía del derecho y en la filosofía política.¹³

Sin embargo, su aproximación sustantiva terminaría por caer irremediamente dentro del formalismo que el mismo intentaba criticar y superar. Esto se debió en gran medida al hecho de que las fuentes que utilizaba Rawls para su propósito fueron exactamente las mismas que utilizaron quienes ocasionaron toda esta crisis que mencionamos, es decir, que su proyecto aspiraba a *combatir el fuego con fuego*, o lo que es lo mismo, al formalismo con un nuevo formalismo encubierto que contribuiría finalmente a demostrar con mayor razón las incoherencias y contradicciones del planteamiento Rawlsiano.¹⁴

9 LEON P. Ricardo. Op. Cit. Pág.30.

10 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición. 1995. Pág.

11 *Ibid.*; Pág.135

12 HERNANDO NIETO, Eduardo. De la "Teoría de la justicia" al "Liberalismo Político": John Rawls y el fracaso de la justicia procedimental. En: Derecho PUCP. No 50. Lima. 2000. Pág. 275

13 *Ibid.*; Pág. 272

14 *Ibid.*; Pág. 272

3.1.3. DERECHO Y JUSTICIA. ¿CONCEPTOS DISÍMILES?

Traigo a colación una idea que menciono al inicio de este artículo. “Aunque se piense que los jueces al aplicar el Derecho no siempre hacen justicia, lo que sí parece es que procurar hacer justicia debe ser el objetivo a perseguir”. El problema, claro está, es que no siempre parece posible hacer justicia por medio del Derecho.

Las decisiones de los jueces no pueden ser arbitrarias, sino que deben estar racionalmente justificadas. Rawls diría que es necesario que el juez, al igual que el legislador, **imparta justicia** desde una *posición originaria*, esto es, desde una perspectiva descontextualizada de intereses exteriores que tiendan a privilegiar los casos particulares para lo cual necesita de la imposición del *velo de la ignorancia*. Justificar, en tal sentido, es dar razón de una decisión legitimadamente. Esto es, sobre la base de que exista previamente a la decisión, una norma jurídica válida.

No basta para que una ley sea buena y justa, que la produzca o promulgue un poder legítimo; porque puede faltar la racionalidad o la orientación hacia el bien común. Tampoco puede admitirse que un grupo se arrogue prerrogativas “justiciables”, como cuando un grupo humano se constituye para “linchar” al delincuente tomando la *justicia por propia mano*. En este caso no puede hablarse de auténticas leyes ni de auténtica justicia.¹⁵

Asimismo, el renombrado profesor de Harvard mencionó que todos los valores sociales libertad, oportunidad y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo- habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos. La *injusticia* consistiría entonces, en las desigualdades que no benefician a todos.¹⁶ Postura con la que discrepo y que a mi entender, atañe más a una discusión en torno a los problemas de la redistribución de la riqueza; **¿sería acaso más justa una sociedad en la que las cualidades diferenciadoras de algunos pocos sean menoscabadas por subordinarlas a una apócrifa idea de igualdad?**

3.2. EL DERECHO FLEXIBLE.

El tema que subsume este título busca criticar la simplicidad con la que el método literal y los criterios tecnicistas se presentan en el presente como primera alternativa de solución de conflictos. Recojo una propuesta de cambio que constituye, si bien no un estándar, al menos ciertas pautas que nos conduzcan a un concepto de *cultura jurídica*. Para configurar esta idea de cultura jurídica es necesario desarrollar ciertas consideraciones que buscan responderse a la problemática planteada desde un inicio: ¿Cómo deben hacer los jueces para resolver los posibles conflictos que se les plantea entre sus deberes jurídicos y sus deberes morales? ¿Qué papel juegan las cuestiones morales en la argumentación jurídica?¹⁷ (Es preciso acotar que las valoraciones morales a las que nos referimos se desprenden de un consenso social, puesto que es a la sociedad que se debe la tarea del juez).

La importancia y el destino de la función judicial dependerán siempre del criterio con que se admita la separación de poderes, el reconocimiento que se otorgue a la autonomía del poder judicial y concretamente, a la independencia del juez. Así, habrá jueces que consideren absolutamente regular el acto de resolver los conflictos aplicando pulcra y rígidamente la ley; otros, admitiendo que el derecho es mucho más que la norma escrita, intentarán conciliar controversias con lo que consideren justo y razonable, para lo cual tendrán una concepción flexible de la ley, extendiendo o restringiendo sus alcances¹⁸

3.2.1. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN.

Con respecto a los atributos de los magistrados romanos, Spota nos decía que los juristas romanos consideraron, influenciados por la filosofía estoica, que el ejercicio del derecho no es un acto de deducción lógica y automática a partir de la ley general, sino una interpretación a la luz de la equidad. La búsqueda del fin utilitario jamás condujo a los pretores a renunciar al uso de la lógica en la interpretación creativa de la ley. Al contrario, bien sabían que el raciocinio y la lógica prestigiaban tanto sus deliberaciones como sus decisiones.

15 NIETO, Armando. Op. Cit. Pág. 357

16 RAWLS, John. Op. Cit. Pág. 69

17 ATIENZA, Manuel. Op. Cit. Pág. 32

18 MONROY G. Juan. Op. Cit. Pág. 22.



La metodología puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas a través de la **interpretación**. Un problema es su indeterminación. Basta que dos intérpretes tengan diferentes concepciones sobre el objetivo de la misma norma en cuestión para que se llegue a resultados contrapuestos. Esta debilidad en los cánones de interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como *reglas* suficientes para las decisiones jurídicas. Es por ello que la jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones subjetivas o morales que atañen ciertos criterios que deban priorizarse. Difícil labor que compromete el discernimiento probo de los jueces.

Muchas veces se puede justificar interpretaciones distintas de una misma norma sin que pueda decirse con claridad que se ha declarado contra el tenor literal de ésta o se ha infringido una regla interpretativa; los criterios últimos de interpretación no se encuentran en el ordenamiento jurídico. Así, hay jueces que efectúan una interpretación literal del texto, mientras que el autor del voto particular propende a una interpretación más libre, que tenga en cuenta el contexto, la realidad social que pretende regular la norma y su finalidad; es decir, parte del principio del que *la norma debe obedecer a un propósito racional*.¹⁹

3.2.2. LA NECESIDAD DE UN CRITERIO AXIOLÓGICO.

El Derecho es en una sociedad democrática lo que el consenso de gobernantes y gobernados quieren que sea. Cuando se produzca un desajuste en la interpretación de una norma jurídica o de uno de los mandatos que esta contiene, habrá un conflicto que podrá ocurrir entre el gobernante y el gobernado o entre gobernados. En cualquier caso, el juez deberá ajustar la decisión del legislador, contenida en la ley, a aquello que considera es una solución equitativa y razonable del conflicto. Si la decisión del legislador no es compatible con la opción que el juez considera justa, entonces este deberá encontrar cuál es el valor social predominante.

La única posibilidad de conducir ese intento de racionalizar y hacer justa la decisión judicial pasa por el uso de técnicas de interpretación que, a su

vez, son instrumentos de razonamiento jurídico que permitan al magistrado acercar el derecho a la selección adecuada de los criterios prevalecientes en una determinada comunidad para resolver el caso concreto, sean, por ejemplo, los valores vigentes en una sociedad a la fecha de su fallo, la necesidad histórica de enseñar la trascendencia de la seguridad jurídica o de propiciar con una decisión favorable, una conducta beneficiosa para la consecución de una sociedad con justicia, paz y libertad.

El jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose sólo del derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor. He aquí la necesidad de plantear nuevas argumentaciones que no soslayen la **idea de justicia** contenida en una sentencia. Los valores que puede perseguir el intérprete son varios y pueden estar ordenados de manera distinta. En otras palabras, los valores que elige y la escala axiológica que forma con ellos pertenecen a su propia decisión.²⁰ Sin embargo, el agente aplicador de Derecho deberá tomar en cuenta, en sus actos, los dictados de los valores contenidos, como lo diríamos anteriormente, en la sociedad en la que se desarrolla y para la cual dice Derecho, de lo contrario no estará cumpliendo cabalmente una adecuada labor judicial.

3.2.3. LA ARMONÍA ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD. UNA CRÍTICA A LA "TENDENCIA IMPORTADORA".

El Derecho tiene una manera singular de manifestarse en esta parte del mundo llamada Latinoamérica. Lo que represente para los ciudadanos de este lado del continente no tiene por qué ser lo mismo para los de otros. Nuestro ingreso tardío al escenario histórico de los hechos de resonancia mundial ha determinado que nos sea impuesto un *Derecho usado* en oposición a la posibilidad de germinar y concretar un *Derecho nuevo y nuestro*.²¹

Ha sido denodado el aporte de las distintas ciencias sociales al esclarecimiento y adaptación de la normatividad a la realidad y, en verdad, uno de sus objetivos centrales es trabajar para lograr tal adecuación entre Derecho y Sociedad. Mucho se ha trabajado en las últimas décadas en torno a este

19 *Ibid.* Pág. 5

20 *Ibid.* Pág. 261.

21 MONROY G, Juan. Op. Cit. Pág. VII

problema. No estamos hablando de una sociologización del Derecho sino, mas bien, de **hacer intervenir consideraciones sociales que contribuyan al esclarecimiento de lo que nos quieren decir las normas.**²²

Creo que debería tenerse en cuenta la colaboración que pueda brindar la sociología, como ciencia que tiene por objeto el estudio del comportamiento humano, al Derecho cuya razón de ser, entre otras, es procurar parámetros a las conductas y relaciones entre los hombres para su mejor desarrollo como individuo dentro de una sociedad justa. De este modo, la creación del Derecho debe realizarse tomando en cuenta las variables sociales del más diverso tipo, del grupo social en el que va a producirse la aplicación de la norma.

España, por citar un ejemplo concreto, ha manifestado su postura legislativa sobre la interpretación; tema inherentemente relacionado con el impacto social: "Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".²³

4. FACTORES QUE PROPICIAN LA REALIDAD DEL ESCENARIO PERUANO.

¿Cuál es la realidad del escenario peruano? ¿Cuáles son las razones que trascienden y que justifican la falta de independencia del poder judicial?. Un tema bastante tratado por académicos e institucionalistas, que suscita más de una postura y genera mucha polémica en nuestro país. En este trabajo abordaremos la materia, como ya lo dijimos, desde una particular perspectiva a saber; la *labor creativa del juez*, un asunto que a mi parecer se encuentra subsumido en este metacontexto (la independencia del poder judicial) comentado líneas arriba.

Sin embargo, el afán de desarrollar este tema de manera clara nos lleva a hacer unas precisiones metodológicas. Creo que partimos de un error al referirnos a la *falta de independencia del poder judicial*. El poder judicial es una institución constitucionalmente reconocida que tiene la facultad de autorregularse internamente, por lo

tanto es más exacto hablar de **autonomía**. Ahora, para efectos de este trabajo, es menester aclarar que no nos referimos sólo al poder judicial sino a todo un ente del cual este forma parte; la **judicatura ordinaria**. Así la Judicatura Ordinaria comprende el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Concejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones (que según el artículo 178.4 de la Constitución menciona que compete al JNE administrar justicia en materia electoral). Siguiendo con este propósito, en adelante nos referiremos a la autonomía de la judicatura ordinaria y más específicamente a la **independencia del juez**, ya que desde su posición se encuentra en la libertad de actuar de acuerdo con su labor de impartir justicia; o de lo contrario, verse imposibilitado de hacerlo ya sea por presiones políticas o limitaciones normativas.

Para continuar este preámbulo es necesario hacer del conocimiento del lector que este análisis parte de una hipótesis que fija una afirmación *a priori*: las resoluciones judiciales emitidas en el Perú son el resultado de un **formalismo interpretativo**. Así, la información recogida aquí no tiene precedente, no desde la perspectiva que se propone. Sin embargo, existen tesis y trabajos de investigación que se plantean la misma interrogante que pretendemos responder aquí: **¿Por qué nuestros magistrados son formalistas?**

Uno de los académicos que se plantea esta interrogante es el Dr. León Pastor en una tesis de investigación ya citada en este trabajo. Su respuesta se fundamenta en dos razones: una de ellas es que los jueces tienden a dar un resultado en torno a la experiencia y no tanto a la teoría; de lo que se desprende una segunda razón, la falta de doctrina que produce una escasez de criterios de solución alternos²⁴. Ahora, si bien estos factores son susceptibles de ser considerados, creo que no son esenciales y que se está soslayando razones mucho más trascendentes que se desprenden de la realidad política, laboral y normativa en el Perú.

Sabemos entonces que los magistrados peruanos son formalistas, esto es, que en su gran mayoría no emplean mecanismos de interpretación flexible. El motivo de este capítulo es responder al por qué. Para ello, he dividido el tema en tres factores o puntos a tratar. El desarrollo de cada uno de ellos nos

22 RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. Pág.274.

23 Artículo 3 inciso 1 del Código Civil Español

24 LEON PASTOR, Ricardo. Op. Cit. Pág. 30.



transporta a una coyuntura en la que la *labor creativa* es una utopía. El fin de este trabajo es meditar en ello, a fin de que se fomente una voluntad política dispuesta a crear un mecanismo que institucionalice la labor creativa del juez logrando vencer cada uno de los obstáculos que este reto plantea. **De esta manera creo que podríamos tener una jurisprudencia que desempeñe efectivamente el rol de fuente de Derecho.** Se plantea, a fin de cuentas, un importante tema que podría ser el eje de una verdadera Reforma Judicial.

4.1. REPERCUSIÓN DEL RÉGIMEN POLÍTICO.

Cuando hablamos de régimen político nos referimos al sistema de gobierno que rige en cada país. Existen dos sistemas estructuralmente definidos que son el parlamentarismo y el presidencialismo. Estos modelos son ampliamente conocidos en la sociedad occidental.

El *parlamentarismo* es una doctrina y un sistema de gobierno en la que el Parlamento (institución preponderante) ejerce el poder legislativo (estudio, debate, aprobación y rechazo de leyes) y el control fiscalizador de la actuación del gobierno, cuyos miembros son responsables de él. La figura ejemplar del Parlamentarismo moderno por antonomasia es el caso de Inglaterra en el que el representante del partido político mayoritario en el Parlamento asume las atribuciones de Jefe de Gobierno, mientras a la realeza se le atribuye la función de Jefe de Estado, que goza de mínimas prerrogativas exentas de poder político.

El *presidencialismo* es un sistema de gobierno en que el presidente de la República goza de un fortalecimiento excesivo de sus atribuciones encomendadas al ejercer además de la representación del Estado, la jefatura del gobierno. El máximo exponente del presidencialismo se encuentra en la Constitución de EE.UU. donde el presidente es al mismo tiempo jefe del Estado y jefe del Gobierno y nombra directamente a los miembros de su gabinete, quienes son responsables de su gestión solamente ante él.

4.1.1. EL PRESIDENCIALISMO LATINO-AMERICANO.

A grandes rasgos, podría mencionar que la figura del *presidencialismo latinoamericano* es un híbrido que recoge conceptos e instituciones propias de los sistemas de gobierno antes referidos. Frente a esto la doctrina mayoritariamente aceptada desde los primeros años de nuestra frágil historia republicana, para hacer frente a aquel difícil contexto, puso en práctica un sistema de gobierno de corte presidencial. La figura presidencial es admitida como consecuencia de una rara mezcla de sentimientos de rechazo a una monarquía con la cual se quería guardar distancia y una formación académica innegablemente influenciada por el pensamiento europeo. Es así como, por ejemplo, se habla de ministros -y no de secretarios- con la responsabilidad de refrendar todos los actos presidenciales.

Además, no sólo se llegó a resultados radicalmente distintos a los alcanzados en el país cuyo modelo se decía querer imitar (Estados Unidos de América), sino que generó un sistema político muy lejos de colaborar en la consolidación del todavía incipiente proceso democratizador iniciado en diversos puntos de Hispanoamérica.²⁵ Una de las características de este sistema es el fortalecimiento excesivo y descontrolado de lo que todavía hoy, con poca rigurosidad técnica, se conoce como Poder Ejecutivo. En América Latina es hasta hoy una constante que los presidentes de sus diferentes repúblicas, elegidos

«El presidencialismo es un sistema de gobierno en que el presidente de la República goza de un fortalecimiento excesivo de sus atribuciones...»

directamente por la ciudadanía, posean una serie de atribuciones que incluso no le son formalmente otorgadas al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, atribuciones entre las cuales podría destacarse el reconocimiento de iniciativa legislativa directa; la posibilidad de veto parcial de normas; la asunción incontrolada de facultades legislativas que muchas veces puede ejercer sin necesidad de delegación parlamentaria alguna; la posibilidad de decidir, con el apoyo de sus ministros (que mejor dicho es la ratificación formal de la iniciativa presidencial) la asignación de créditos

25 ESPINOSA-SALDAÑA B, Eloy. "Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano" En: Material de Enseñanza Derecho Constitucional 1. Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Pág. 320.

26 *Ibid.* Pág. 321

presupuestales adicionales; o el frecuente uso y abuso de medidas legislativas de carácter excepcional en materias económicas.²⁶

4.1.2. ESCASO MARGEN DE ACCIÓN DE LOS MAGISTRADOS.

Otro de los matices que caracterizan la figura del presidencialismo latinoamericano que considero debe tratarse con especial énfasis por el tema tratado es la **falta de autonomía de la judicatura en la realización de las labores que le son propias**, situación que no ha podido ser del todo revertida en delicados temas como el del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas con fuerza de ley, incluso en aquellos países latinoamericanos que hoy cuentan con un Tribunal Constitucional.

A pesar de que teóricamente es considerado como un verdadero "Poder Judicial", en los hechos éste ha actuado como una instancia especializada en la resolución de conflictos cuyo quehacer ha estado supeditado a las imposiciones dadas fundamentalmente por los gobiernos, sin perjuicio de ceder (en algunos aspectos puntuales) ante los requerimientos de sectores que detentan *per se* la función legislativa (Congreso).

En la consolidación de esta situación de subordinación a los dictados gubernamentales han tenido una importancia capital el manejo del sistema de nombramientos de jueces, la implantación de diversos mecanismos de remoción y ratificación de los jueces en el ejercicio de sus cargos o la coacción a nivel económico-presupuestal.²⁷

4.2. CONDICIONES LABORALES SOBRE LAS QUE SE EJERCE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

Una vez esbozada la idea de las implicancias políticas que condicionan la actuación de los jueces en el escenario peruano debido a la falta de autonomía de la judicatura frente a un gobierno que centraliza el poder; nos encontramos con una problemática que dificulta considerablemente la posibilidad de crear mecanismos que faciliten la labor judicial, **la falta de presupuesto**. Una problemática que si bien está latente en todos los sectores del país, considero que no se puede aspirar

a un *Estado Democrático y Social de Derecho* si no cuenta con una judicatura autónoma.

Creo, que el gobierno debería ponderar con respecto a las necesidades que urgen a nuestro país y optar por la autonomía plena de una judicatura ordinaria sin ataduras políticas de ninguna índole. Una medida concreta es aprobar el presupuesto planteado y dejar en manos de ella el aplicar una verdadera reforma con bases presupuestales efectivas.

4.2.1. MECANISMOS DE NOMBRAMIENTOS, RATIFICACIÓN Y REMOCIÓN DE JUECES.

En el Perú, aunque formalmente siempre se diga lo contrario, siempre ha habido una intención del poder político (sobretudo en el área gubernamental) por intervenir en los nombramientos.

Un ejemplo es el que cita el Dr. Eloy Espinosa-Saldaña con respecto a la elección de jueces y fiscales en el Perú que implica la participación directa o indirecta del gobernante de turno. Así, un caso concreto es el del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), de cara a la Constitución de 1979, que proponía nombres pero era finalmente el gobierno quien elegía. Un agravante de esta situación es que cuando nos referimos al nombramiento de vocales y fiscales supremos, el CNM sólo proponía una terna de magistrados, el presidente elegía y el senado ratificaba. Esto sin soslayar que en la época de la presidencia de Alberto Fujimori se devolvían las ternas cuando no figuraba en ella "mi candidato"²⁸.

Entonces surge la pregunta de fondo: ¿Quién ha estado teniendo injerencia, históricamente, en el nombramiento de jueces y fiscales? Pues claramente la respuesta se desprende de una lógica donde el gobernante lo asume todo.

Otro problema es la permanencia. Aún cuando se hable de la inamovilidad de los cargos, si se da una mirada a la praxis judicial histórica, cada nueve años cambiaba completamente la composición de la Corte Suprema. Ello se debía a múltiples factores entre los que se puede mencionar el hecho de que el gobierno (de facto) de turno la cambiaba o porque se planteaba mecanismos de remoción y ratificación

27 Ibid. Pág.322

28 Entrevista hecha al Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Lima, 7 de Junio de 2002, 1 cassette, 60 minutos.

29 Ibidem.



vistos de manera excepcional como en el año 1979 o de forma permanente en el año 1993.²⁹

Así, nos encontramos frente a una clara intención de condicionar la actuación de los magistrados con mecanismos de remoción y ratificación, los mismos que son dirigidos desde el poder político gubernamental, y a veces con el apoyo del Congreso.

4.2.2. DEFICIENCIAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA.

Es importante referirnos a la distribución de la carga laboral porque claramente se percibe como una deficiencia el hecho de que cada juzgado en Lima y Callao deba pronunciarse aproximadamente sobre dos mil expedientes cada mes. A esto debe sumársele el hecho de que existan muy pocos magistrados por habitante en el Perú.

Lo que quiero señalar con este reducido comentario es que resulta lógico comprender el criterio "facilista" que elige el juez al emplear una pauta formalista. La cantidad de expedientes que revisar y probar reduce el tiempo necesario para el uso adecuado de pautas de interpretación, de investigación, de criterios axiológicos o medidas que flexibilicen el derecho quedando como única salida optar por el camino del formalismo interpretativo. Así también se promueve se inhiba una creación de derecho sobre lagunas y vacíos legales. Es este un aspecto que justifica, en adición a otros factores, una cultura jurídica positivista y vacía del contenido necesario para adecuar el derecho a la sociedad.

4.2.3. NIVEL COGNOSCITIVO DE LOS MAGISTRADOS.

El resultado de investigaciones anteriores nos demuestra que el 76% de los magistrados sólo ostenta el título de abogado, mientras que el 22% posee grado de magister y sólo el 2% han cursado un doctorado en una universidad del país.³⁰ Es preciso señalar que, al margen de los datos fácticos que nos manifiesta un escaso conocimiento doctrinario, hay sin embargo un interés por parte

de jueces y vocales de asistir a eventos, seminarios y continuar cursos de especialización.

Existe, para colmo de males, un sistema que no sólo impide mejores condiciones laborales sino que restringe el acceso al desarrollo cognitivo de los jueces. En la actualidad, el Poder Judicial no concede facilidades a los magistrados (no otorga licencias o descuenta las tardanzas e inasistencias calificándolas de *injustificadas*) para que realicen cursos de *post grado* o que asistan a becas integrales.

Desde la perspectiva de un magistrado, a la hora de ponderar entre el asistir a un curso y recibir un descuento salarial por inasistencia dado que la licencia no fue concedida, sería lógico pensar que va a preferir dejar de especializarse por temor a un reporte por inasistencia además de un recorte salarial del ya irrisorio sueldo que recibe mensualmente. Definitivamente el escaso nivel cognoscitivo de los jueces dificulta la elaboración de una resolución o una sentencia con riqueza doctrinaria en base a vigentes criterios de interpretación y argumentación legal. Debido a ello, la jurisprudencia en el Perú no dista mucho de la literalidad de la norma y como consecuencia, no es concebida como una efectiva fuente de derecho.

«...el prevaricato es la herramienta normativa que provoca la mayor inhibición de los jueces con respecto a ejercer su facultad creativa...»

4.3. HERRAMIENTAS NORMATIVAS.

4.3.1. PREVARICATO.

De todos los factores expuestos hasta aquí, el prevaricato es la herramienta normativa que provoca la mayor inhibición de los jueces con respecto a ejercer su facultad creativa. La problemática se manifiesta en la delgada línea que separa la esfera de la labor creativa de derecho con el pronunciamiento indebido que hace un magistrado sobre el tenor de una norma legal.

La normatividad peruana concibe que "comete *prevaricato* el juez o fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas y será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años"³¹. Creo que el texto de esta norma debería versar no

30 LEON PASTOR, Ricardo, Op. Cit. Pág.43

31 Artículo 418 del Código Penal de 1991.

sólo contra aquella resolución contraria al texto de la ley sino también en contra de cualquier dictamen que contravenga una interpretación razonable de la norma en cuestión.

La postura que adopta la OCMA (Órgano de Control de la Magistratura) es la de recoger las quejas por corrupción y las demandas de prevaricato, que sin temor a caer en el error, son en su mayoría injustificados y tienden a responder a intereses particulares cuyo propósito es el de amenazar o condicionar la labor del juez, y hasta muchas veces sólo con un afán dilatorio propugnado por inescrupulosos abogados. Estas quejas pueden llegar a tener una repercusión no sólo penal sino también civil y hasta funcional. De este modo se consigue crear un escenario de inseguridad en el cargo del magistrado que lo conlleva tácitamente a realizar su labor de manera formalista.

Así, tal como está configurada la norma penal en la actualidad no hace otra cosa que constituir un obstáculo legal más dentro del enmarañamiento normativo del sistema que limita de modo tangible las prerrogativas que deben caracterizar la labor de un magistrado.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La fundamentación teórica, doctrinaria y filosófica que aquí se intenta explicar nos muestra la insuficiencia del positivismo recogido en la interpretación formalista que si bien resultó efectiva para su época, no es conveniente ir en pro de su vigencia y anacronismo ya que lo que se necesita es que la realidad social vaya generando derecho, y de ese modo saldar el abismo vigente entre la realidad y el Derecho. En contraposición a ello, el *deber ser* ha de materializarse en el empleo efectivo de un criterio axiológico en el razonamiento interpretativo de tal modo que no se soslaye la ética ni la idea de justicia.

Una vez esbozadas las limitaciones de corte político, laboral y normativo se nos presenta un contexto en el que el juez **opta** por ser un *juez formalista* porque es el escenario en el que se encuentra más seguro.

Si bien el Perú, al igual que el resto de naciones que integran el nuevo continente, es un reciente partícipe de los acontecimientos mundiales, razón por la que tendemos a "importar" razonamientos concebidos lejos del escenario en el que nos encontramos; debemos tener en cuenta que somos herederos de una cultura propia que se desarrolló en el seno de la geografía que hoy ocupamos. Somos herederos de una cultura mundialmente reconocida que buscó adecuar una organización política, social y económica acorde con el contexto, esto es, las herramientas y el grupo humano del cual disponía.

Somos capaces de procurar para el bien de nuestra sociedad una efectiva Judicatura (o sistema de justicia), capaz de impartir justicia en su cotidiana tarea de resolver conflictos y despejar dudas. El presente artículo busca vislumbrar una salida al **proponer que una institucionalización efectiva de la labor creativa de Derecho.**

Para colmar de significado esta nueva institución podemos definirla como facultad inherente del juez que busca satisfacer la necesidad de aplicar un *derecho propio* que se adecúe a las valoraciones éticas y a los requerimientos de la sociedad en la que se desarrolla, pudiendo emplear para ello pautas de interpretación (distintas del criterio literal si es necesario) o aplicar criterios axiológicos en la emisión de sentencias así como flexibilizar el derecho. Esta institucionalización exenta de repercusiones de cualquier índole garantizaría un magistrado independiente, requisito fundamental que sin duda nos dejaría vislumbrar a mediano plazo una autonomía de la judicatura ordinaria. 