

TRASPLANTE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: PATOLOGÍAS DEL DERECHO PERUANO EN GENERAL Y EL PROCESAL EN PARTICULAR

Guido César ÁGUILA GRADOS

*A la memoria del maestro Humberto
Briseño Sierra.
A una década de su partida física y le-
gado intelectual.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Análisis empírico de la fracasada importación procesal en el Perú.* III. *Importación jurisprudencial o crossconstitucionalismo.*

I. INTRODUCCIÓN

Sobre bases empíricas se pretende demostrar que una gran responsabilidad de la disfunción jurídica en general y procesal en particular se debe a una mal entendida importación del derecho. Esta práctica a nivel normativo y jurisprudencial en nuestro país no tiene el procesamiento ni los filtros que coadyuven a una asimilación idónea de figuras e instituciones que sumen al desarrollo del derecho nacional.

Si en toda obra hay sabiduría y experiencia, elucubración y aplicación, bien puede sugerirse que, según la preponderancia de un aspecto sobre el otro, se tendrá a un doctrinario empírico o a un teórico. Quede para un posterior análisis el indagar hasta qué punto lo empírico se apoya en la experiencia de los tribunales, en las prácticas del foro, y hasta qué otro lo teórico es un discurrir mental simple, un inferir talentoso, un sistematizar virtuoso, o una profundización filosófica, gnoseológica o epistemológica.

II. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA FRACASADA IMPORTACIÓN PROCESAL EN EL PERÚ

En más de una ocasión hemos sentido lástima por aquel personaje que, disfrazado de Papa Noel, se gana la vida a mediados de diciembre de cada año. Ataviado con un grueso atuendo colorado, propio de un invierno crudo y con una profusa barba postiza, tiene que soportar, desde el inicio de la etapa estival en el Perú, más de 30 grados de temperatura. Durante toda la etapa navideña, lo vemos representado de manera múltiple. Y nos parece normal. Sólo cuando contemplamos una imagen de agobio y deshidratación severa como la que suelen sufrir estos personajes nos ponemos a pensar en la razón de un traje inapropiado para la época. Muy tarde, reparamos 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, con el pavo de la cena y otros artefactos que son muy ajenos a nuestra cotidianidad. Encontraremos una respuesta a esta irrealidad si nos remontamos al origen histórico de la tradición navideña. El siempre sonriente viejito rojiblanco apareció en la 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 a 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: “Esta es mi carne”. Entre estas carnes estaba la de ganso, que entre nosotros tuvo que ser trocada por la de pavo.

Cuando tenemos toda esta información a la mano, entendemos que hemos asumido un modelo y símbolo importado y extraño, completamente ajeno a nuestro clima, vegetación, idiosincrasia, gastronomía y hasta 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 jurídico en general y el procesal en el Perú de hoy. La diferencia no es menor. Cuando este híbrido se produce en el derecho procesal, 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. 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 imparable: 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 desfasa con velocidad vertiginosa. Sin embargo, los cambios de los “datos estructurales” no coinciden con los cambios de los “datos culturales”.¹ Esto es, 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 lo que va del siglo XXI han entrado en vigencia dos nuevos códigos procesales.² 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:

El Código Procesal Civil peruano —la segunda o tercera norma más importante del país después de la Constitución— no tiene exposición de motivos. Cuando advertimos oscuridad en algún artículo, habrá que ubicar

¹ López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis, p. xix.

² Código Procesal Constitucional del 1o. de diciembre de 2004.
Código Procesal Penal del 1o. de julio de 2006 en el Distrito Judicial de Huaura; 1o. de julio del 2007 en el Distrito Judicial de la Libertad.

a los autores en sus domicilios o trabajos para preguntarles. No nos queda otra alternativa. Si no los encontramos, entonces cada quien interpreta la norma como mejor le parezca.

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. No terminamos de entender que basta una gota de tinta para teñir todo el contenido que debiera —por principio— ser diáfano y cristalino.

Un Código Procesal Constitucional que cambia como figuritas el amparo alternativo por el residual en un país en que no existen jueces constitucionales. Magistrados sin pericia constitucional (civiles, penales y hasta mixtos) determinan si se ha lesionado o no el contenido esencial del derecho fundamental. Es en materia constitucional en donde la negligencia y desidia legislativa es más notoria. Por otro lado, la Constitución, por naturaleza propia, es una norma abierta. Entonces, las interpretaciones son tantas como intérpretes existen. Finalmente, el Tribunal Constitucional termina siendo —en la práctica— una suerte de Poder Constituyente advenedizo, ya que tiene la última palabra en materia constitucional.

Todo eso no tendría mayor inconveniente si el máximo intérprete de la Constitución se legitimaría día a día con su jurisprudencia. No es así. Desde magistrados que son elegidos por cinco años, pero que se mantienen impertérritos durante nueve, hasta sentencias que significan un verdadero despropósito como aquella que trasladó el fardo inmenso de expedientes a la vía contenciosa administrativa para que sean resueltos. Una decisión incoherente e indefendible. Es estadística a tener en cuenta: cuando el número de juzgados contenciosos administrativos en Lima (en el resto del país es inexistente) eran sólo dos, los bautizaron con cinco mil causas. 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. Además, es cuestionable desde el nombre. Si decimos proceso, ya es contencioso de por sí. En esta misma especialidad, el derecho administrativo, por el nuevo modelo económico de Estado, ha parido especialidades muy específicas: derecho urbanístico, derecho de electricidad, concesiones y contrataciones estatales. ¿Cuántos jueces en la tierra de César Vallejo son formados en estas líneas tan especializadas? El triunfalismo de la prensa del Poder Judicial no coincide con las imágenes de la realidad a uno y otro lado del mostrador.

En los diferentes países de Latinoamérica que visitamos siempre recibimos felicitaciones por ser el primer país que tenemos un Código Procesal Constitucional. Sin embargo, en sus procesos más importantes —*habeas corpus* y amparo— se regula una tercera instancia para el demandante y únicamente dos para el demandado. Una desigualdad que se justificaría sólo en el caso de que el demandante siempre fuera un ciudadano y el demandado el Estado. Hoy, un ciudadano puede ser demandado, y sería justo su reclamo de que nada más tiene dos armas, mientras que su contendiente tres. No queda sino guardar un respetuoso silencio ante un halago por una estadística que no refleja en nada la calidad de justicia en mi país.

Un proceso autónomo de filiación que obliga al demandado, en caso de negativa, a someterse a la prueba del ADN. El derecho de defensa ha sido desterrado.³ Ponemos límites a la imaginación y resolvemos las cosas en un mal entendido eficientismo.

Nos cuesta dar el giro completo. Reformas legislativas y administrativas que no alcanzan a lograr el objetivo. Y la insatisfacción se hace una bola de nieve que crece sin cesar. En el mejor de los casos, si las medidas legislativas fueran positivas, el centro del problema gira en el factor humano. Existe una marcada resistencia al cambio, y siempre quedan cenizas de batallas anteriores. No abandonamos nuestros viejos paradigmas. Teniendo 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, pero, por sobre todo, debilitan más el ordenamiento. Este panorama no es

³ No puede nunca el Estado digitar o forzar la defensa de ningún ciudadano. El estéril debe tener derecho a presentar un espermatograma o el que no estuvo en el país poder recurrir al registro de migraciones. Se parte de una presunción de responsabilidad o culpabilidad.

igual con el aporte de Humberto Briseño Sierra. La profundidad de su pluma es el pretexto para no analizar su pensamiento y razonamiento.

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. *En el Perú 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 en base en la excepción. La norma constitucional es fuente de fuentes, mas el Código Procesal Civil (CPC) y el Código de Procedimientos Penales (CPP) 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 lo que hemos afirmado de manera muy somera.

Mientras nuestra Constitución señala como parte del debido proceso la pluralidad de la 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.

Increíblemente, la *reformatio in pejus* estuvo vigente hasta 2001. Es decir, hasta hace algo más de una década, el Ministerio Público daba su conformidad respecto a una sentencia que imponía ocho años de pena privativa de libertad por homicidio, pero, disconforme con ella, el condenado recurría a la Corte Suprema. Esta última instancia lo condenaba por quince. Moraleja: la próxima vez, mejor no impugnes.

No hemos encontrado la manera de entender cómo el Tribunal Constitucional ha señalado con firmeza que en sus fallos goza de autonomía procesal.⁴ Los poderes del Estado que tienen legitimidad democrática directa poseen controles visibles y marcados, mientras el Tribunal, que es elegido por uno de ellos, es *sans frontiers*. El activismo judicial en su expresión quí-

⁴ Expediente 0020-2005-PI/TC del 8 de agosto de 2005. Considerando 2. “El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales”.

micamente pura. El fundamento que sustenta esto es más de lo mismo: el activismo de la Corte Suprema estadounidense (Corte Warren a la cabeza) es el modelo a seguir. Como si el trasplante judicial fuera el usar una prenda importada. Creen que queda a la medida.

No puede hablarse seriamente de unidad o algo similar en un ordenamiento jurídico en el que están vigentes siete procesos distintos. A contramano de esta idea, en otros países de esta parte del mundo, actualmente se está implementando o debatiendo un código procesal único.

Por último, no hay unidad ni en el lenguaje. En lenguaje de Alvarado Velloso, 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 hago que entienda alguien que se inicia en esta disciplina que lo antagónico del derecho de acción no es el de reacción, sino el de contradicción? Con una lógica elemental me replicará que el antónimo de acción es reacción y de contradicción es dicción. Luego de tal confusión, el estudiante seguro preferirá estudiar otra cosa.

2. La coherencia es una mochila muy pesada para la espalda de la justicia local

¿Cómo explicarle a un iniciante en el 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?

Esto no es todo. No existe la formación de líneas jurisprudenciales que sirvan de derrotero y que hagan nuestra justicia predecible. Podría pensarse que es problema humano, de aplicación y competencia. Disentimos. La incoherencia nace en el mismo CPC. En la carrera por acortar la duración de los procesos, se ha eliminado del diagrama procesal la etapa alegatoria. Por último, en el Perú, la única diferencia entre un proceso de conocimiento pleno y uno sumario son los plazos. Y si la principal patología procesal en tierras incas es la duración alarmante de los procesos, las diferencias desaparecen. En resumen, se reforma la justicia peruana en beneficio del Estado, no del ciudadano.

Cuando se importa derecho por el prurito de la moda, se obtienen estos resultados fatales. El Código Procesal Civil, en su título preliminar, exige que las partes se desenvuelvan en el proceso con buena fe. Es una campana con un tañido atrapante y que difícilmente alguien rechazaría. Visto esto con ojos razonables, es insostenible. La buena fe procesal no tiene historia ni antecedentes en la historia. Olvidamos que son pares antagónicos los que com-

parecen a un proceso. Justamente están en el proceso porque se traicionó la buena fe en la relación jurídica material inicial. Por último, qué cuentas tendríamos a quien haciendo un esfuerzo casi místico actúa de buena fe y es sorprendido por una medida cautelar, que por esencia es *inaudita altera pars*. Continuar con la enumeración de 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 conservación, 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 opongan”. La seguridad jurídica tomó vacaciones prolongadas.

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 Estados Unidos de América— 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. 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.⁵ Intentemos buscar explicaciones a por qué estas patentes jurídi-

⁵ Para mencionar solo algunos casos paradigmáticos: 1. El *balotage* o segunda vuelta en las elecciones generales. Figura que encuentra su amanecer en Francia y que fue creada para que en medio de un abanico de fuerzas políticas puedan realizarse nuevos comicios entre las dos principales mayorías. La finalidad era lograr acuerdos políticos que hagan viable el

cas, que son una panacea para los países del primer mundo, al cruzar el Atlántico o el sur de Estados Unidos, son totalmente inocuas para nuestros países. Según nuestro criterio, no alcanzan la consolidación y el suceso inicial debido a que pecan en tres tópicos: *a)* el desfase cronológico; *b)* la idiosincrasia social, y *c)* las diferencias económicas.

Hace veinte años 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. Pero es exactamente lo contrario.

Además, hay otra verdad que cuesta reconocer y aceptar: lo jurídico no es monopolio de juristas; es para una sociedad desigual cultural y económicamente. Pretendemos que lo que dio resultado en Londres, Viena y Berlín sea asimilado, entendido y aplicado en Paucarcolla, Cachora y El Carmen. 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, por si fuera poco, carecemos de fluido eléctrico.

nuevo régimen asegurando el gobierno de la mayoría, pero también la participación de la minoría. En nuestro país la experiencia ha sido traumática, lacerante. La lucha electoral alcanzaba por instantes el rótulo de guerra. Los valores democráticos de participación fueron sepultados por el pragmatismo de la política.

2. El antejuicio o *impeachment*. Es una institución que hunde sus raíces más profundas en el medievo inglés. No sólo pertenece a una época distinta, sino incluso a una sociedad marcadamente clasista y estamentada. Se aplica hoy en el Perú y Latinoamérica con naturalidad como un privilegio intrínseco de la función parlamentaria y otros altas funciones. Visto con el catejeo de los derechos fundamentales, se vulneran dos buques insignia de todo Estado constitucional de derecho: la igualdad entre las personas y la igualdad ante la ley.

3. La amnistía, que evita la persecución penal y por razones políticas el Legislativo castra la labor del Judicial. No sólo queda la sensación de impunidad, sino que también se cierne una gruesa sombra sobre la separación de poderes, piedra angular de toda democracia. Es sorprendente —por decir lo menos— que instituciones que hicieron a la esencia de la monarquía en su momento hoy se hayan clonado en instituciones democráticas representativas.

El derecho peruano abunda en este tipo de contradicciones, y toda una doctrina y pensamiento acumulado se diluye al contrastarlo con la realidad. Esta riqueza de pensamiento alrededor de estas instituciones es importante. Pero necesita terapia urgente.

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 un trasnochado chauvinismo. Postulamos algo muy diferente: lo que traigamos de otras latitudes debe pasar los filtros adecuados para que se amolde a nuestro día a día, a nuestra informalidad, carencias y limitaciones. Que nos pase lo que en Navidad: practiquemos costumbres que no calzan con nosotros, pero que nos permitan vivir momentos de regocijo y paz.

III. IMPORTACIÓN JURISPRUDENCIAL O CROSSCONSTITUCIONALISMO

La inveterada costumbre de extrapolar el derecho desde otras latitudes e instalarlo sin ningún filtro en sede local es tan antigua como el derecho mismo. Alan Watson, en 1973, publicó su *Legal Transplant* y pronto se coinvirtió en una obra referente de denuncia de esta nociva práctica. A excepción del amparo, que nació justamente en la tierra del maestro Briseño Sierra, el “estado de cosas inconstitucional” creado por la Corte Constitucional de Colombia y alguna otra institución que se nos escapa de la memoria, América Latina ha sido un sitio de recepción del derecho. De un derecho cuyo epicentro de creación invariablemente han sido Europa y Estados Unidos.

Deseo fervientemente que no se malinterprete nuestra propuesta. No se trata de un chauvinismo ni nacionalismo jurídicos. Sería atemporal e inútil. Es sólo un pedido de coherencia: nuestro sincretismo cultural trasladémoslo a una de sus parcelas, el ámbito jurídico. Nuestra cultura misma es el resultado de un mestizaje. Esto es, llegó de otras realidades, y luego de un procesamiento y adecuación se instaló en nuestro quehacer cotidiano. Nuestro idioma no es el español castizo. No hablamos como Cervantes. En América del sur se dan variantes muy propias e íntimas de cada país. Nuestra religión es igualmente sincrética. En mi país se registra la más grande procesión del mundo: la del Señor de los Milagros. Evoca una costumbre religiosa pagana como la andina: el de pasear a las momias. Hemos sido capaces de sentir algo verdaderamente nuestro cuando no es resultado de una extrapolación aséptica. Todo lo contrario. Es importante que lo traído se contagie de nuestra realidad e idiosincrasia, y se “americanice”, “peruanice” o “mexicanice”. Esta regla es universal, aplicable a cualquier ámbito del saber. Por ejemplo, la literatura. Si bien es cierto que Latinoamérica siempre tuvo una literatura de nivel superlativo, no fue sino hasta el “boom” de la década de los sesenta cuando adquiere cata de ciudadanía. García Márquez, Vargas

Llosa, Cortázar o Fuentes no miraron sino Hispanoamérica para crear sus relatos inmortales. Macondo no se parece ni a París de la Belle Epoque ni a Nueva York de la posguerra. Y, justamente, al encontrar su identidad es que lograron instalarse en la marquesina mundial. Los premios nobel de literatura cayeron por ley de gravedad. En resumen, proponemos un derecho que sea el resultado de los mejores aportes de las naciones que se ubican en los primeros niveles jurídicos contrastados y filtrados con nuestras luces y sombras. Con nuestras grandezas y limitaciones.

Queríamos traer esto a colación para sumarle una estrella más al aporte de Briseño. Las más de las veces lo olvidamos con facilidad. Y esto genera que llegemos a pensar que es la normalidad. Y es que el trasplante jurídico forma parte de la historia del derecho.

Una tipología o clasificación arbitraria de la forma cómo el trasplante jurídico se ha hecho costra en la formación de nuestros derechos puede ser la siguiente:

Por el dominio militar. Si las tropas romanas no hubieran tenido ese paso triunfal por el mundo antiguo, es seguro que el derecho romano no sería una materia basal en la carrera de derecho y el soporte del derecho civil en particular. Lo mismo se aplica al Código Napoleónico. Si bien es cierto que se mantiene hasta nuestros días en Bélgica por las virtudes que contiene y por la impronta imborrable que dejaron Cambáceres y compañía, la verdad es que llegó junto con la dominación francesa encabezada por el genio militar nacido en Córcega. El derecho también ingresa por la fuerza cuando no por la razón. Y si es válido para la historia, es válido para todas las parcelas.

Por el dominio ideológico. Probablemente si Justiniano no hubiera sido emperador ni cristiano, difícilmente el Corpus Iuris Civilis Romani habría traspasado océanos para llegar a todo el mundo jurídico. Y esto genera muchas veces contradicciones. En mi país, la ideología de globalización y modernidad, acompañada del arribismo del éxito como país, ha traído la idea del proceso electrónico. Y es una de las metas del Poder Judicial acabar con la cultura del papel. Sólo que no reparan en que hay zonas en la serranía y en la amazonia que no tienen siquiera acceso a Internet. La ideología económica es dañina para la memoria de la realidad.

Por el ocio legislativo. Es frecuente leer en nuestros libros de derecho frases como “inspirado en la ley hipotecaria española”. Una sobredosis de hipocresía. Un eficaz eufemismo para decir “plagiado”. El buscador Google se sobresatura en las oficinas de los asesores de congresistas ilusionados por encontrar rápidamente y con el menor esfuerzo la plantilla para el proyecto de ley que pretenden someter a votación del pleno. Nunca se creó un disimulador tan eficiente del ocio legislativo.

Por el ocio jurisprudencial. Puede presentar dos variantes. La primera, por defecto de argumentación jurídica; esto es, la repetida práctica de citas de autoridad normativa o doctrinaria. La segunda, por exceso de importación jurisprudencial. Ocio igual, pero con mejor semblante. Es el trasplante jurisprudencial. Lo que hoy se conoce con el nombre de crossconstitucionalismo (constitucionalismo cruzado), debido a que se presenta principalmente en el ámbito constitucional.

Este último es una moda a nivel de los tribunales y cortes constitucionales. El Tribunal Constitucional peruano es el alumno más aplicado de la clase latinoamericana en esta materia. No es infrecuente que en sus sentencias recurra a cinco de sus referentes: el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional español, la Suprema Corte estadounidense y la Corte Constitucional colombiana. Así:

20. Es por ello que pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso (Expediente 05427-2009-AC).

...43. Y es que el Perú no es el único país que ha ponderado estos bienes constitucionales en conflicto, así en la jurisprudencia internacional, específicamente de la Corte Costituzionale della Repubblica italiana en la Sentenza 306/1993, adujo en este mismo sentido: “Entre las finalidades que la Constitución asigna a la pena —de un lado la prevención general y defensa social, con el conexo carácter retributivo y expiatorio y, de otro, la de prevención especial y reeducación que tendencialmente comportan una cierta flexibilización de la pena en función del objetivo de resocialización del reo— no puede establecerse *a priori* una jerarquía estática y absoluta que valga de una vez por

todas y en toda condición”. El legislador puede —en los límites de la [duda] razonable— hacer prevalecer tendencialmente cada vez una u otra finalidad de la pena, pero con la condición de que ninguna de ellas desaparezca. Por un lado, la búsqueda de la finalidad reeducativa no puede conducir a superar la duración del castigo inherente a la pena privativa de libertad y determinada por la sentencia condenatoria. Por otro lado, el privilegio de los objetivos de prevención general y defensa social no puede llevarse al límite de autorizar el perjuicio de la finalidad reeducativa expresamente consagrada por la Constitución en la institución de la pena (Expediente 00033-2007-AI/TC).

...20. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación a la promulgación de los impugnados decretos de urgencia, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes presupuestos habilitantes, precisados en las STC 0008-2003-AI/TC [fundamento 60] y STC 00025-2008-PI/TC [fundamento 5], STC 00007-2009-PI/TC [fundamento 9]):

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español, en criterio que este Colegiado sustancialmente comparte, que “en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC Núm. 29/1982, F.J. 3) (Expediente 00004-2011-AI/TC).

...61. A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, “de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado “perfeccionismo” o “moralismo jurídico”, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, “puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado” [C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7]. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad

de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 10), siendo que para la Corte tales requisitos consisten en la superación del denominado test de proporcionalidad (F. J. 11). En ese sentido, más adelante sostiene la tesis, compartida por este Tribunal, en el sentido de que “[e]l valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible” (F. J. 14) (Expediente 00032-2010-AI/TC).

...6. Frente a las distintas interpretaciones a que se presta el texto del segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, el Tribunal Constitucional se ve obligado a considerar el Principio de Legalidad que debe respetar toda norma, bajo pena de perder su carácter obligatorio.

Este Principio incluye entre sus elementos la obvia necesidad de que la norma exista y de que tenga certeza, pues mal se puede obligar a los ciudadanos a cumplir leyes inexistentes o indescifrables.

Más aún, cuando se restringen los derechos privilegiados de la libertad de expresión y de información, considera este Tribunal que la ley restrictiva debe expresarse con claridad y precisión especiales, lo cual supone una redacción concordante con la convicción y certeza que requiere transmitir a los ciudadanos a fin de ser cumplida por éstos.

En este sentido sentenció la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Conally vs. General Cons.* La Corte señaló que: “Una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del Principio de Legalidad”.

La Corte norteamericana explica que una ley confusa o poco clara puede inducir a los particulares a no ejercer sus derechos a expresarse, y también se presta a interpretaciones arbitrarias por parte de autoridades o funcionarios que actúan según su propia interpretación.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional descarta, en este caso, la interpretación de la Defensoría del Pueblo y del Congreso de la República basada en la intención del legislador, pues considera que la voluntad del legislador no ha quedado plasmada en el texto del párrafo segundo del artículo

191 de la Ley Orgánica de Elecciones, y que tal interpretación violaría el Principio de Legalidad.

9. El Tribunal ha sopesado el grado de peligrosidad que entraña la divulgación de las proyecciones de las empresas encuestadoras y ha decidido que no se trata de un peligro grave, claro ni inminente, pues si bien en las elecciones generales del año 2000 se produjeron desmanes, ello fue debido, principalmente, a la particular situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía —respaldada por organismos internacionales que observaban el proceso— para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador. La gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales.

Considera el Tribunal que en el momento actual es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, derechos éstos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos. No habría, pues, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos.

El juez norteamericano Holmes, en el caso *Schenck vs. United States*, propició la doctrina del peligro “claro e inmediato”. Señaló que el Estado no tiene razón en “matar una mosca con cañonazos”, restringiendo el derecho a la información por una lejana posibilidad de desorden público.

La dosis de peligro al orden público que entraña la difusión de las proyecciones, en verdad, no justifica la restricción a derechos tan importantes como la libertad de expresión e información. El eventual peligro de que la población se confunda y promueva el desorden, puede, por lo demás, prevenirse: bastaría exigir que las encuestadoras adviertan previamente al público que la información que divulgan no es exacta, y que puede ser distinta de los resultados oficiales.

Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (artículo 44). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de principios constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos,

se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera “racionalidad” en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la “necesidad” de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del Principio Constitucional de Razonabilidad ni al de Proporcionalidad (Expediente 002-2001-AI/TC).

Insistimos: la importación jurídica a nivel legislativo o jurisprudencial, en sí misma, no es negativa. Lo negativo está cuando se deja aterrizar en suelo nacional a instituciones sin el menor filtro. Sólo por la autoridad de ser extrapolado del primer mundo jurídico. Pretendemos desterrar el facilismo argumentativo. Briseño procuraba canalizar los aportes empíricos y teóricos del derecho procesal y, a partir de allí, repensarlo y postular un modelo diferente a las recetas que han fracasado. Si no, terminaremos con el argumento tan doméstico como pueril de la vieja marca de televisores Telefunken: “Si es alemán, es bueno”.