

LA IDEOLOGÍA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO ⁽¹⁾

Juan Moroy Gálvez

Nacido en Pisco, Perú. Abogado. Profesor del curso de Introducción al Derecho procesal de la Universidad de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUC). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Procesal (INDEPRO). Vicepresidente de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil. Ha escrito el libro «Temas de Derecho Procesal Civil».



1 El Código Procesal Civil del Perú, contenido en el Decreto Legislativo No. 768, entró en vigencia el 28 de julio de 1993, derogando el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada por el autor dentro del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y realizado en la ciudad de Lima entre los días 14 y 16 de junio de 1994.

Siendo un tema diseñado para ser expuesto antes que escrito, el autor no ha querido violentar el esquema original agregando más citas bibliográficas que aquellas que fueron expuestas o debieron ser expuestas durante la exposición.

A MANERA DE INTRODUCCION

El nombre inicial y, sin duda, el más adecuado al contenido de esta breve aventura intelectual fue «Proceso, Ideologías y Realidad Social Latinoamericana». El nombre del tema, y esto es por demás evidente, fue motivado por una obra singular: se trata de «Proceso, Ideologías, Sociedad» ⁽²⁾ del profesor Mauro Cappelletti, probablemente el libro más sugestivo y vibrante que pueda leer un estudiante de derecho latinoamericano. Habiéndose preparado este trabajo para una exposición en presencia de tan destacado jurista, el cambio de nombre no tiene otra explicación que el hecho de que el temor pudo más que la admiración.

ALGUNAS CATEGORIAS PRELIMINARES AL DESARROLLO DEL TEMA

Hay algunos conceptos que, mientras se mantengan dentro de un uso regular y doméstico, son perfectamente aprehen-

2 «Proceso, Ideologías, Sociedad», CAPPELLETTI, Mauro, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

dados tanto por quien los usa como por quien los lee o escucha. El problema empieza cuando nos pedimos o nos piden una definición de dichos conceptos. En ese momento, éstos se convierten en una fórmula algebraica compleja e inasible. Un ejemplo clásico de estos conceptos es el **tiempo**; también lo son, aun cuando con uso más restringido, los términos **ideología** y **derecho**. Alcancemos de ellos una definición operativa a efectos de nuestro trabajo.

Consideramos que **ideología** es el conjunto de ideas que caracterizan el pensamiento de una persona, una colectividad, época, movimiento cultural, político o religioso. Por otro lado, al margen de la diversidad de teorías explicativas acerca de su naturaleza jurídica,

se puede considerar que **derecho** es el conjunto de principios y reglas a las que están sometidas las relaciones humanas en una sociedad civil, y a cuya observancia sus miembros pueden ser compelidos por la fuerza.

RELACION ENTRE IDEOLOGIA Y DERECHO

Ciertamente, los conceptos antes desarrollados están profundamente vinculados entre sí. La construcción de un sistema jurídico para una determinada sociedad pasa por la elaboración o elección de los principios y reglas que van a orientar dicho sistema,

también de las excepciones que estos principios tengan, e incluso de la graduación de las sanciones que el sistema va a postular. Por cierto, esta es una actividad que debe ser realizada por personas.

Pues bien, cuando estas personas realizan tal elaboración o elección, están expresando una determinada **opción ideológica**. Y como

la ideología que haga suya una persona es expresión de la concepción que tenga del mundo, el derecho como sistema de normas es, en atención a la ideología de quien la propone, una interpretación de la sociedad y de las relaciones que en su interior se produzcan.

En otras palabras, tanto la ideología como

el derecho son finalmente superestructuras, es decir, su contenido y su fin está definido y condicionado por las relaciones de producción y consumo, nacionales e internacionales, vigentes en una sociedad en un determinado momento histórico. En estricto, cualquier discusión jurídica importa una opción ideológica. De hecho, en tiempos como los actuales en los que suele decirse que las ideologías han muerto, resulta curioso advertir que incluso tal afirmación es también una expresión ideológica.

Cuando Tullio Ascarelli¹⁹¹ dice: «La litigiosidad (y por eso la frecuencia de casos judiciales) es mayor precisamente en aquellos sectores en los cuales subsisten estructuras económicas viejas», esta expresando una idea

jurídica investida de realidad, aquélla en la cual suele aparecer el fenómeno jurídico en su plena riqueza, en su majestuosa dinámica de impulsor del cambio social. Un poco al paso, valga el ejemplo para advertir cómo la frase del prestigioso comparatista italiano tiene para Latinoamérica las características de una admonición.

DERECHO, IDEOLOGÍA Y SOCIEDADES OCCIDENTALES

La circunstancia de ser tributarios de un determinado horizonte históricocultural ha determinado un sistema de medida social muy curioso. En el caso de las sociedades adscritas a la llamada cultura occidental, se califica a una sociedad como más o menos desarrollada, tomando como parámetros los avances culturales —regularmente económicos— de las sociedades europeas industrializadas. Con una varilla tan «alta», resulta fácil explicar y justificar los «atrasos» de sociedades, como las latinoamericanas, por ejemplo, siempre alejadas y condenadas a ser receptoras pasivas de las claves culturales de las «sociedades-tipo».

Sin embargo, este desfase requiere una explicación, la que permitirá, además, acreditar si este proceso histórico-cultural de copiar los modelos «avanzados» es el adecuado para las sociedades latinoamericanas.

Apreciándolas en la perspectiva que otorga **el tiempo**, hay sociedades **tempranas y tardías**. Veámoslo a través de un ejemplo.

En Europa, en 1450, la llamada Liga Hanseática había empezado un constante y fructífero proceso de comercialización con el Oriente. Las naves llegaban a Oriente cargadas de abalorios y regresaban cargadas de especias; así, mientras los nobles de las ciudades-estado sazonaban sus alimentos, los burgueses empezaban a sorprenderse con las pingües ganancias que les producía la actividad mercantil. En Augsburgo, la familia Fugger empezaba a aprender los secretos de los grandes procesos de acumulación de capital a partir del préstamo de dinero a los burgueses para o financiar sus empresas.

En el Perú de 1450, es probable que el Imperio de los Incas reconociera como máxima autoridad a Túpac Yupanqui. En todo caso, con certeza nuestros antepasados vivían trabajando la tierra y también acumulaban los productos agrícolas que cosechaban en exceso —en almacenes llamados collicas o tambos—, para garantizar su uso durante los períodos de escasez.

Es decir, mientras en 1450 en Europa ya se vivía del interés compuesto y se adoraba la riqueza; en el Perú se vivía haciendo producir a la tierra y adorando al Sol. Esta diferencia de sociedades tempranas y tardías tiene, sin duda alguna, una importancia trascendente.

El ingreso «retrasado» de Latinoamérica a la escena histórica de occidente, nos colocó en notoria desventaja respecto de las relaciones de producción y consumo internacionales. Después de todo y al margen de nuestro interés, pasamos a convertirnos en tierra de servicio ajeno. En el plano cultural, como se desarrollará a continuación, pasamos a tener sólo **destino**, dado que la **historia** estaba reservada para nuestros conquistadores.

3 «Lingüística e riqueza» en los «Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei», Tomo I, Padova, 1958, pp. 57 y sgts. (En «Processo, Idea...», op. cit., p. 14).

EL DERECHO EN LA SOCIEDADES OCCIDENTALES

Al originar las relaciones internacionales de producción y consumo una imposición cultural de Europa hacia Latinoamérica, tales efectos se advierten de manera evidente en el **derecho**. Este, sin duda, tiene las características de un sistema impuesto, incluso suele manifestarse como un instrumento a través del cual la sociedad dominante impone su mensaje ideológico. Incluso es un buen apoyo para ejercer el poder, queremos decir para **legalizarlo**, ya que no está en su posibilidad **legitmarlo**.

Lo expresado nos lleva a una constatación de la mayor importancia: **las sociedades no siempre tienen el derecho que necesitan, sino el que se les impone**. Veamos cómo se ha manifestado esto en el derecho patrio, admitiendo que puede haber algunas diferencias con lo que ha ocurrido en otras comarcas latinoamericanas; las que, sin embargo, sólo confirmarían el diagnóstico general.

Suele admitirse pacíficamente que el derecho reconoce cuatro **fuentes**: la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre. A comienzos del siglo XIX, la revolución francesa propagó en Europa y el mundo occidental lo que se ha dado en llamar la Ideología Liberal, expresada en la práctica por una concepción privilegiada del individuo y sus derechos. En el plano jurídico, esta ideología plasmó una determinada concepción del derecho según la cual, su fuente predominante y casi exclusiva de atención, estudio y desarrollo fue la ley. Es conocida la frase de un profesor de La Sorbona afirmando que el no enseñaba Derecho Civil sino el Código de

Napoleón.

Este prestigio de la ley nos inundó. Por esta razón, hemos forjado un derecho asentado en la norma positiva. Hoy en el Perú se enseña, discute y ejerce la profesión jurídica alrededor de la ley.

A la fecha, más que un Estado de derecho somos un Estado legislativo. De hecho vivimos una suerte de **inflación legislativa**, al decir de Carnelutti. Por lo demás, siendo inflación, sufrimos su consecuencia: un predominio de la cantidad sobre la calidad. En el Perú, y es probable que en Latinoamérica, todo se regula, casi todo se prohíbe, al final, casi nada se cumple.

"... el proceso de formación legislativa ha significado y viene significando, usualmente, un mecanismo de abstracción y olvido de nuestra realidad"

Sin embargo, este empequeñecimiento del derecho no es lo más grave. Lo dramático es la génesis de la ley. Su proceso formativo obedece, regularmente, a que el jurista nacional ha definido su función legislativa a partir del hecho de perfeccionar un proceso de importación de la doctrina extranjera más «avanzada» para convertirla en ley de la república. Es decir, el proceso de formación legislativa ha significado y viene significando, usualmente, un mecanismo de abstracción y olvido de nuestra realidad.

Es curioso como la jurisprudencia y la costumbre, que son dos fuentes típicamente

emparentadas con el quehacer social regular y cotidiano, han sido marginadas y devaluadas a la luz de nuestro «desarrollo» jurídico. Así, podemos concluir que en la construcción de nuestro derecho se viene sacrificando la **realidad** por la **ficción**.

Es una verdad de Perogrullo que el derecho no es útil para igualar los desarrollos económico-sociales distintos, como sí lo es para encubrir los nefastos efectos de esa diferencia. Por esa razón, los estudios jurídicos nativos deben asumir el compromiso que el derecho debe tener con su sociedad. Un buen método para ello sería, por ejemplo, que los estudios doctrinales –siempre necesarios– le permitan al jurista nacional contar con instrumentos para analizar la jurisprudencia nacional, es decir, para sintonizar lo que los tribunales están considerando es el derecho en la realidad. No olvidemos que muchas veces la jurisprudencia termina siendo expresión de derecho consuetudinario, es decir, de aquellas pautas de conducta generadas con carácter permanente en la dinámica de la convivencia social.

A todo esto, lo que está más allá de toda incertidumbre es que el jurista latinoamericano –aquel académico y exegético– está en crisis. Para decirlo en términos de Cappelletti ⁽⁴⁾: **«La concepción del jurista como «puro» investigador de datos –y quizá tan solo de datos “normativos”– no merece ya ser discutida; tal ciencia del derecho, o es ciencia de la política del derecho, o sea preparación y planteamiento de las bases científicas de una política concreta del derecho, o bien es**

estéril y desadecuada vanidad, o ficción engañosa. . . ».

EL PROCESO CIVIL LATINO-AMERICANO EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Con las naturales excepciones que los principios suelen tener en las ciencias sociales, y el derecho lo es, podría afirmarse que el proceso civil que hemos tenido en Latinoamérica ha sido y aún viene siendo, en algunos casos, reflejo de la influencia ideológica surgida de la Revolución Francesa, es decir, liberalismo e individualismo a ultranza.

En el caso concreto del proceso, la ideología penetra a éste generalmente a través del derecho material. Como sabemos, es un axioma que la característica más importante del proceso es su **función instrumental**; es decir, que en el plano de los efectos concretos, el Proceso Judicial cumple su fin en tanto permite que los derechos materiales se tornen eficaces, para ello declara los dudosos, condena a quien infringe los ciertos o constituye titular de uno de ellos a quien se le ha negado tal calidad.

Sin embargo, este carácter **instrumental** determina que el proceso esté al servicio de los derechos materiales, los cuales –como se anotó anteriormente– han sido propuestos sobre la base de una determinada opción ideológica. En esta perspectiva, resulta claro que el proceso se toma –a veces mecánicamente– en medio de afianzamiento de una determinada ideología.

La ideología liberal, por ejemplo, concibió los **derechos civiles** como **derechos eminentes**

4 - Cappelletti, Mauro. «Proceso, Ideología...», op. cit., p. XIV de su Introducción.

temente privados, fruto de la elevada importancia que concedió al individuo. De esta manera, como en el proceso civil se discuten regularmente derechos civiles - sobre los cuales el individuo tiene un control absoluto entonces el proceso **debe** de ser privado. Esta concepción del proceso como acto privado - «**Sache der partein**» (Cosa de las partes) en los términos queridos por Cappelletti -, produjo un sistema procesal civil llamado **privatístico**.

El ingreso tardío a la escena de la historia occidental, que antes describíamos, produce situaciones excepcionales. Así, como ya se anotó, resulta insólito que dos siglos después de que esta concepción positivista -normativista- del derecho, emanada de la ideología liberal y conocida con el nombre de la Escuela de la Exégesis, haya sido propuesta, todavía se mantenga invicta en Latinoamérica. Lo que es más, no parece importar que a fines del siglo XX la Escuela citada fue dura y tenazmente atacada y finalmente superada por Geny y su grupo. Sin embargo, fieles a una tradición que nos es ajena, hemos cobijado como nuestra una concepción jurídica que sus mismos forjadores se encargaron de destruir hace mucho tiempo.

Examinemos tres características saltantes de este sistema, no sin antes precisar que no nos detenemos más en él debido a que lo conocemos bastante. Se trata del sistema que hemos sufrido o venimos sufriendo en distintas latitudes de América Latina hasta ahora.

Tres rasgos del proceso civil privatístico:

1. Control del proceso por las partes.

Este es un rasgo que personifica al sistema privatístico. Si el proceso civil es privado,

entonces las partes deben asumir su control y dirección. Por eso, aspectos como el inicio, prosecución, determinación de los medios probatorios y otros aspectos del ritmo del proceso, constituyen decisiones tomadas

“ Esta afirmación del predominio de las partes importa una reducción de las facultades del juez, al punto que éste termina siendo un elemento decorativo y simplemente protocolizador de lo que las partes hacen en el proceso ”.

por las partes.

Esta afirmación del predominio de las partes importa - lógica elemental - una reducción de las facultades del juez, al punto que éste termina siendo un elemento decorativo y simplemente protocolizador de lo que las partes hacen en el proceso. Un ejemplo de esta situación es el artículo 470 del derogado Código de Procedimientos Civiles del Perú de 1912: «**El juez puede encargar al escribano que tome la declaración en el juzgado, si ambas partes están presentes y consienten en ello.**» Como se advierte, el dominio de las partes fue tal que podían decidir en qué audiencias judiciales debería estar el juez y, por cierto, **1 en cuales no l.**

5 -Y únicamente un código casó el que padecemos en la Argentina, redactado con un sentido protológico, que niega la menor concesión a la comunicación oral y a la inmediación, puede decirle a un juez que sólo si lo piden las partes, con determinados requisitos, tiene el deber de asistir a las declaraciones. Afortunadamente, creo que, en ese sentido, es un código único aunque múltiple. (CAPPELLETTI, Mauro, El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1973, en « Presentación a cargo de Santiago Sorillo Méndez, p. XI).

Santiago Sentis Melendo ¹⁹ critica severamente una norma parecida vigente en un código de Argentina sin precisar cuál es, aunque se equivoca el apreciado maestro español cuando cree que el defecto sólo es imputable a éste.

2. Estructura procedimental.

En su desarrollo regular, el procedimiento emanado de un sistema privatístico se caracteriza por un predominio de la escritura, es un proceso «*dolorosamente escrito*» al decir, otra vez, de Santiago Sentis Melendo. También advertimos que es un procedimiento **discontinuo**, es decir, permanentemente interrumpido por el uso y el abuso que hacen las partes de las concesiones que la norma procedimental les otorga.

En este proceso predomina también la **mediación**, es decir, una separación entre el juez y las partes que contienden. Adviértase que la falta de relación entre el juez y las partes es una constante querida por el sistema antes que un producto casual del diseño procedimental. La idea que sustenta esta mediación es que el juez no debe conocer ni el drama humano que está en el núcleo del conflicto de intereses ni tampoco a sus actores, porque tal experiencia directa puede «*pervertir*» su sentido de justicia al caso concreto.

Finalmente, recordando que la descripción no es exhaustiva, un proceso privatístico se caracteriza por la opción de la **prueba tasada**

como criterio de valoración de los medios probatorios. La prueba tasada constituye la opción por la cual resulta ser la norma procesal la que califica anticipadamente el peso o valor probatorio que van a tener los medios de prueba una vez actuados. Con ello se reduce, una vez más, el prestigio del juez, agregándose el hecho que el proceso se convierte en un torneo en donde lo trascendente no es que el juez exija a las partes y se exija el conocimiento de la **verdad real**, sino que basta el cumplimiento de algunas fórmulas procesales para consolidar una pálida **verdad legal**.

Aún cuando sólo fuese para preservar el dato histórico, conviene precisar que este procedimiento, trascendente para hacer efectivos los postulados individualistas de la ideología liberal surgida de la Revolución Francesa, no apareció con ella, es

mucho más antiguo. El procedimiento que hemos descrito reconoce como fuentes al derecho medioeval, los aportes de los tribunales eclesiásticos y, por supuesto, a la influencia de la doctrina de los «doctores» de la Escuela de Bolonia. Estamos diciendo que el procedimiento supervive aún en muchas comarcas de Latinoamérica, es fruto del llamado Derecho Común (Ius Commune), aquél surgido en las ciudades-estado de Europa, hace siete siglos !!!.

3. Sentencia.

Una concepción formal y estructural del proceso conduce, inexorablemente, al uso de la lógica formal en el mecanismo decisorio.

“ La idea que sustenta esta mediación es que el juez no debe conocer ni el drama humano que está en el núcleo del conflicto de intereses ni tampoco a sus actores, porque tal experiencia directa puede «pervertir» su sentido de justicia al caso concreto ”.

En efecto, en un procedimiento privatístico, la sentencia - resolución que pone fin a una instancia o al proceso - es consecuencia de un silogismo en donde la **premisa mayor** está dada por la norma jurídica de derecho material, la **premisa menor** está constituida por los hechos acreditados en el curso del proceso y, la **conclusión**, resulta de la aplicación de la primera sobre la segunda.

Reducida la función principal del juez a este trabajo conservador, sencillo y rutinario de aplicación de la norma genérica al caso particular, resulta evidente que la función judicial disminuye su importancia social al mínimo. Así, vía aplicación irreflexiva y rígida de la ley, la elaboración de una sentencia se convierte en una insípida rutina protocolar.

Por lo demás, si recordamos el origen importado de la ley en las sociedades latinoamericanas -tema ya desarrollado anteriormente-, advertiremos que la sentencia, regularmente, va a resolver un **conflicto de aquí y de ahora**, utilizando una **ley de allá y de ayer**.

No es exagerado pronosticar que con un procedimiento como el descrito, la sentencia se transforma en un instrumento de **justicia aleatoria**. Si a lo dicho agregamos la demora en el desarrollo de la actividad procesal, concluimos que muchas veces una decisión se transforma en un medio de **negación de justicia**.

LA ALTERNATIVA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El punto de partida ideológico de la gestación del nuevo Código Procesal Civil del Perú es que el derecho es un instrumento de cambio,

Asimismo, se parte de concebir el proceso judicial como el lugar ideal en donde el derecho y la realidad se interceptan. Con estos presupuestos de análisis, se ha asumido como objetivo pretender que las decisiones se conviertan en orientadoras del pensamiento de la sociedad sobre temas o problemas que la atañen a ésta, aquí y ahora (**hic et nunc**).

El nuevo ordenamiento procesal parte de la premisa que el juez no debe optar entre **normas**, sino regularmente entre los **valores** discutidos en el conflicto; los que de alguna manera -no necesariamente literal- suelen estar contenidos en la norma aplicable al caso.

Esta concepción del derecho exige otro sistema procesal, uno en donde sea el Estado, a través de su representante en el proceso, quien tenga un rol determinante y protagónico en él. Este sistema -por oposición al anterior- recibe el nombre de **sistema publicístico**. Veamos unos rasgos de él.

TRES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROCESAL PUBLICÍSTICO

1. Dirección judicial del proceso.

Así como en el sistema privatístico se vive la dictadura de las partes, en el publicístico se regula y ambienta el predominio del juez. En efecto, en el sistema publicístico el juez es el encargado de impulsar y orientar el desarrollo del proceso al cumplimiento de sus fines. Asimismo, está facultado para exigir el ejercicio de una conducta intachable de los participantes en la actividad procesal, teniendo facultades para sancionar eventuales incumplimientos.

Dentro de un sistema publicístico, el juez es el principal protagonista del proceso. Por su intermedio, la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir, se proyecta hacia una función útil y provechosa. Ser participe de un conflicto de intereses es ya causa suficiente de un sufrimiento, como para además tener que soportar la prolongación –absurda e ininteligible– del mecanismo estatal destinado a su solución. Sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas, entendidas éstas como aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en donde la cuota de certeza y celeridad se presenta en contenido suficiente, si no pleno.

2. Estructura procedimental.

En concordancia con los postulados tradicionales del pensamiento procesal contemporáneo, el Código enhebra su concepción publicística encuadrando la actividad procesal dentro del pórtico de un conjunto de principios procesales que hacen efectivo tal sistema. Así, se propone **inmediación** como un medio de asegurar que el juez esté en aptitud de conocer para resolver el drama humano sumergido en un proceso, en lugar de la representación mediocre en que suele consistir la actividad judicial realizada ante auxiliares de los auxiliares de justicia, desprovistos de seriedad, interés y responsabilidad.

La intermediación exige **concentración**. No es posible hacer participar al juez directamente y, al mismo tiempo, distribuir la actividad judicial en fragmentos infinitos de ocurrencias dentro de cada proceso. De allí el sistema de audiencias que acoge el Código. Indudablemente, conforman también parte trascendente de este elenco de principios, los de **economía, celeridad, buena fe y lealtad**

procesales. Desarrollando el tema de la justicia de los pobres, Cappelletti afirmaba que «...**es antisocial que un proceso dure**». Esta verdad de oro la podemos hacer extensiva no sólo al ámbito del tiempo; también es antisocial que un proceso sea oneroso y, por cierto, también es antisocial que en un proceso no se castigue al que miente o realiza una conducta ilícita, porque, en derecho, lo que no se castiga se incentiva por acto reflejo ».

3. Sentencia.

Sin duda, la sentencia es mucho más que desarrollar y aplicar un pensamiento silogístico. Cuando un juez resuelve un caso, más que aplicar la norma genérica (ley), lo que hace –siempre que su actividad no consista en aplicar mecánica y fríamente la norma– es crear una norma específica para el caso concreto.

En el pensamiento subyacente en el nuevo Código, se concibe la figura de un juez que esté apto para cubrir la **brecha** que existe entre la ley y la realidad. Esta brecha a la que hacemos referencia no es densa ni etérea, tiene un contenido específico, Calamandrei⁶ la llamó **política**. Con este concepto quiso identificar a aquel conjunto de aspiraciones, expectativas, valores, afectos, repugnancias y prejuicios existentes en la sociedad en donde el juez expide sentencia.

6 «Es cierto, por tanto, que en todos estos casos el juez no extrae su decisión de normas preconstituidas, sino de su inmediato sentimiento, de su sentimiento de hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de «mitos», y de todo aquello que puede denominarse, de manera comprensiva, corrientes «políticas» de su tiempo.» (CALAMANDREI, Piero, «Proceso y Democracia». Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1960).

El notable maestro florentino⁷ suele recordar que la palabra **sentencia** admite como origen la palabra **sentire** que significa sentimiento, con lo que se comprende que una decisión judicial es menos un análisis lógico, riguroso y frío –un silogismo, por ejemplo– y más la expresión conjunta, cósmica, universal del juez respecto del conflicto que está resolviendo y del entorno en que tal acto está ocurriendo.

La aspiración del Código es, pues, que el juez resuelva un conflicto utilizando la ley y las otras fuentes del derecho, pero sin dejar de tener en cuenta **la política de su tiempo**. Esto equivale, poco más o menos, a crear derecho para el caso concreto.

EXPRESIONES CONCRETAS DE LA IDEOLOGÍA PREVALECIENTE EN EL CÓDIGO

Veamos algunos ejemplos de cómo se ha pretendido plasmar en la normativa del nuevo Código la ideología subyacente en quienes lo diseñaron.

1. El segundo párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁸, es el punto de partida de esta apertura dinámica de las otras fuentes del derecho. La propuesta de completar los vacíos o defectos

7 «Aquí verdaderamente «sententia», como lo indica la etimología, deriva de sentimiento; la sentencia no es obra del intelecto y de la ciencia, consistente en analizar y declarar algo que ya existe, sino en la creación práctica, voluntad alimentada por la experiencia social, que impulsa al juez a la búsqueda de determinada utilidad política que de satisfacción a la «experiencia.» (CALAMANDREI Piero, op. cit., p. 67).

8 «... En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.»

con doctrina, pero también con jurisprudencia, asegura la presencia de un derecho procesal emparentado con nuestra realidad y, qué duda cabe, con nuestros problemas.

2. La opción de otorgarle a la Corte Suprema la función de Corte de Casación abandonando, en consecuencia, la concepción de que se mantenga como un tribunal de tercera instancia, institución del derecho germánico, se enlaza con los objetivos del Código. Si la jurisprudencia debe tener otra importancia en el derecho nacional y latinoamericano, pues, sin ser novedoso, el recurso extraordinario de casación coadyuva a asegurar dicho objetivo, provocando que el tribunal supremo uniformice las decisiones judiciales a nivel nacional, a la par que cuida –la función nomofiláctica de que habla Calamandrei– el uso adecuado de la norma jurídica.

La jurisprudencia, por lo menos en el caso nacional, no ha merecido interés para el jurista patrio. Sería largo el inventario de las razones de tal abandono. Sin embargo, lo importante es que urge experimentar un desarrollo de los estudios jurídicos a partir de dicha fuente. Con la ley, regularmente expresión gélida y estática de la realidad, los profesionales del derecho hemos conformado la **sociedad de los juristas muertos**. Con los estudios sobre la jurisprudencia, está asegurado un enfoque dinámico, vital, urgente y socialmente fructífero del fenómeno jurídico. Tal vez ésta sea la vía para que se redescubra una verdad incontestable: **solo a través del derecho se puede concretar una revolución social duradera y efectiva**.

3. El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁹ alienta un medio esencial para que el juez pueda llenar la brecha entre la ley y la realidad a la que nos re-

ferimos anteriormente. Un proceso lento, costoso, ininteligible, con decisiones casi siempre legales y casi nunca justas es un detonante social.

La romántica concepción de que la ley debe tratar a todos por igual fue revolucionaria hace 200 años. Hacerlo hoy - tratar por igual a los que son socialmente desiguales - constituye una palmara expresión de desigualdad. Refiriéndose a este tema, Anatole France destila su ironía así: **«La ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres, dormir en las bancas de los parques o debajo de los puentes».**

En sociedades como las latinoamericanas, en donde conviven estructuras económicas feudales y coloniales con procesos de industrialización decimonónicos y cibernéticos, resulta evidente que las mayorías deban soportar relaciones sociales de producción y consumo verticales, es decir, de explotación. Si, además de sufrir esta situación, la mayoría constata que para defender sus derechos el Estado le exige el uso de un servicio de justicia moroso e inconfiable, es decir, **ineficaz**, las condiciones están dadas para que esa sociedad desarrolle una salida distinta: la **violencia**.

«El sentido de frustración y de alienación de los pobres que sienten la máquina de la justicia del Estado -y por consiguiente el derecho mismo del Estado- como algo extraño e inasequible y, por eso, en último

análisis, hostil, es una tragedia que da frutos harto peligrosos»⁹. Esta frase fue pronunciada por Cappelletti en junio de 1969. Para el caso nacional es profética, pues fue expresada once años antes que una facción armada iniciara en Chushi (Ayacucho), una escalada de violencia - reducida a la fecha, pero no extinguida que ha significado pérdidas materiales que, aunque considerables, sería una falta de respeto citarlas frente a los 25,000 compatriotas que han muerto rindiéndole homenaje a un dios pagano, sanguinario y demencial.

Sin duda una cuota de responsabilidad de esta desgracia le debe ser imputada al servicio de justicia con que contamos, pero como la culpa del crimen jamás es del cuchillo, se trata de una responsabilidad imputable, en medida considerable, a quienes desde distintos roles -hablando, escribiendo o ejerciendo la profesión- hemos asumido el deber de enseñar o, dicho más simplemente, de transmitir información jurídica.

Consciente o inconscientemente -por acción u omisión- hemos desalentado hasta la extinción el compromiso social de nuestra profesión. Por el contrario, con nuestra conducta hemos sensibilizado fervorosamente en los estudiantes el afán de lucro, hasta confundirlos y persuadirlos de que sólo así se manifiesta el prestigio y el éxito. Los preparamos para que ingresen, lanza en ristre, a una sociedad de consumo en donde, por cierto, no cuentan los problemas del pobre, porque este es un «perdedor», ergo, no «existe».

A MANERA DE CONCLUSION

A riesgo de que se considere que la propuesta conjunta encierra un derecho dema-

9 «Artículo VI. Principio de Socialización del proceso - El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, político o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.»

10 Cappelletti, Mauro, «Proceso, litigio...», op. cit., p. 151

siado comprometido, habría que recordar que el derecho es, en su expresión concreta, un **fenómeno social**, razón por la que el proceso -su expresión más sensible socialmente- es un **fenómeno social de masas**.

Es importante detener -queremos decir acabar- lo que se viene haciendo actualmente como derecho. Nos referimos a esa construcción inútil y vacua de castillos conceptuales que se pierden en la estratósfera. Basta de discusiones históricas e infinitas sobre tal o cual sofisticada teoría jurídica. Hay que impedir que la ficción se siga imponiendo sobre la realidad.

Por lo demás, inventar la realidad en Latinoamérica es un crimen. Gabriel García Márquez, el apreciado escritor colombiano, es admirado en el mundo por su inagotable imaginación. Sin embargo, los sudamericanos bien sabemos que el talento del Gabo ha consistido sólo en describir nuestra fantástica realidad. A unos cientos de kilómetros de Quito, la capital de Ecuador, hay una comunidad nativa en la que todos sus miembros visten de negro. ¿Saben desde cuándo y por qué?. **¡Guardan luto desde el crimen de Atahualpa!**

El Código Procesal Civil se resiste a ser sólo una forma distinta de realizar la actividad judicial en el área civil, propuesta que, por lo demás, siempre será trunca hasta que no se enfrente la reforma integral del servicio de justicia. Sin embargo, en el camino de alianzar sus instituciones, el Código pretende ser un pretexto para empezar colectivamente a forjar un derecho patrio distinto: convertir a éste en una ciencia útil para la solución de nuestros problemas. Un derecho «**con alcance social efectivo**» como alude Tullio Ascarelli. Un derecho nativo que sea «creación heroica», como hubiera querido nues-

tro José Carlos Mariátegui para sus ideas:

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar las condiciones en que hasta la fecha -a casi un año de su vigencia- se viene aplicando el Código Procesal Civil. Aunque parezca insólito, aún no se ha nombrado un solo juez civil, a pesar que el nuevo proceso lo exige casi como condición esencial para su vigencia. Tampoco se han construido locales idóneos para esta nueva forma de hacer proceso, a pesar que las audiencias que sustentan el nuevo Código no se pueden realizar en los cubículos en donde se viene juzgando desde hace decenas de años. Finalmente, los sueldos que vienen percibiendo los jueces y sus auxiliares siguen siendo igual de miserables que antes de la vigencia del Código, a pesar que su responsabilidad ha aumentado considerablemente. Es una lástima que los gobernantes no estén a la altura de las urgencias sociales de la hora actual.

Sin embargo, la entrega, dedicación y amor que casi todos los funcionarios le han puesto a su trabajo no tiene explicación y tal vez no interese encontrarla. Para ellos y para todos los que se vienen involucrando en consolidar esta propuesta jurídica, nos interesa recordarle que lo trascendente de forjar un destino mejor está en que, como protagonistas del cambio, somos dueños de la aventura y del sueño que aguarda al final de ésta, para que -alguna vez- nuestros hijos sean dueños de los resultados. Por lo demás, quien no tiene un sueño no se merece a Dios, de quien tal vez sólo seamos un sueño, con algunas pesadillas.