



¿Para la Constitución de 1823, existía la verdad judicial?

▶ MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ



Túpac Amaru (Siglo XX)
Óleo sobre lienzo de Teodoro Núñez Ureta
Colección del Museo Central. Banco Central de Reserva del Perú



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 5, n.º 8, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 3028-9076 (Impresa) / ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2023.v5n8.04



¿Para la Constitución de 1823, existía la verdad judicial?

Did judicial truth exist for the constitution of 1823?

Manuel Estuardo Luján Túpez*

Poder Judicial
(Lima, Perú)

mlujan@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5322-4639>

Resumen: De un tiempo a esta parte, somos espectadores de la exigida verdad jurisdiccional. Por ello, la tarea judicial ha perdido su norte y sentido primitivo de recinto para solucionar conflictos en un laboratorio de ficción. Como esto es imposible, incluso para quienes defienden tercamente esta

* Doctor en Derecho y en Administración de la Educación, Maestro en Derecho constitucional y administrativo, Docente universitario, Juez Supremo Titular de la Sala Penal Permanente y Coordinador Nacional del Sistema especializado de Extinción de Dominio de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú e integrante del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura.

postura, este ensayo pretende reavivar el debate y proponer el reconocimiento de que la tarea jurisdiccional posee un gran porcentaje de fe, una dosis de información dogmática y solo una pizca de hallazgo científico. Por lo tanto, la prueba no es la finalidad del proceso, sino solo un instrumento, un vehículo para alcanzar ese fin que es la pacificación de un problema llevado a juicio. Este y no la verdad judicial fue el motor inspirador de la primera Constitución de la República de 1823, como se aprecia desde su preámbulo hasta sus reglas de proscripción jurisdiccional.

Palabras clave: Justicia, regla Marshall, jurisdicción, prueba y verdad

Abstract: For some time now, we are spectators of the required jurisdictional truth. For this reason, the judicial task has lost its north and primitive sense of enclosure to solve conflicts in a fictional laboratory. Since this is impossible, even for those who stubbornly defend this position, this essay intends to revive the debate and propose the recognition that the jurisdictional task has a large percentage of faith, a dose of dogmatic information and only a bit of scientific discovery. Therefore, the test is not the purpose of the process but only an instrument, a vehicle to achieve that end which is the pacification of a problem brought to trial. This and not the judicial truth was the inspiring engine of the first Constitution of the Republic of 1823, as can be seen from its preamble to its rules of jurisdictional proscription.

Key words: Justice, Marshall rule, jurisdiction, proof and truth

RECIBIDO: 29/07/2023

REVISADO/ARBITRADO: 7/11/2023

APROBADO: 7/11/2023

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio.

Albert Einstein

1. Introducción

No existe un bien máspreciado que la posesión de la verdad. No solo por razones evangélicas: «la verdad os hará libres», sino porque en el moderno sistema de posesiones: la tierra cedió su lugar a la industria y esta, al conocimiento. Quien conoce más, está en mejor posición por la posesión intelectual que detenta. Por lo que alcanzar la verdad no es ahora solo un artículo de lujo, sino el anhelo de todo ser humano exitoso. Pero no es solo el hecho de que la verdad nos sea esquiva (en algunos casos más que en otros), sino fundamentalmente porque necesitamos una dosis de realismo y hasta un acto de humildad para obtenerla. Parafraseando las palabras del gran Ronald Dworkin (1988), alcanzar la verdad es una tarea de Hércules si lo pretendemos en el plano judicial. Lo curioso: como reza la lapidaria frase socrática, solo quien es capaz de reconocerse ignorante puede alcanzar la verdad; y no le falta razón, pues quien diga saberlo todo, no tiene nada que aprender, luego, cerrado al conocimiento por voluntad propia, no sabría distinguir la verdad del error, aunque pasara frente a él, del tamaño de un elefante.

De otro lado, la sentencia aristotélica que fue recogida por la escolástica: si la verdad fuese múltiple, entonces dos verdades o son idénticas o son diferentes; si son iguales, una de ellas es innecesaria por redundante; pero si son diferentes, significa

que ambas se complementan, es decir que se necesitan, y si se necesitan, la verdad es la unión de ambas. Luego, en ambos casos la verdad es una sola (Aristóteles, 1994). Y aunque esta tesis evidencia un aserto de perogrullo, lo cierto es que todos reconocemos que, como nos resulta difícil llegar a la única verdad (tal vez cuando muramos será fácil saberlo), entonces nos inventamos una taxonomía de la verdad, como si su tipología pudiera brindarnos la seguridad que necesitamos para confiar en la validez de nuestras decisiones.

No obstante, si la verdad es una sola, y aunque podamos alcanzarla, no podemos estar seguros de ella. A lo mucho, como sostiene Popper (2008), podemos estar seguros de que nuestro riguroso hallazgo es la respuesta menos falsa. Esta respuesta, sin embargo, por muy científica y válida, es peligrosa en el mundo jurídico, puesto que entonces: ¿cómo es que llegamos a declarar la seguridad de la cosa juzgada?, ¿en qué reposa? En el campo penal, esto es más complicado aún, pues la respuesta y la decisión hace que una persona pierda uno de los bienes más preciados que el hombre posee: su libertad. Sin libertad, el mismo pacto social es ilusión, la sociedad se perdería en la barbarie y el único lazo que nos une como individuos se volvería vano. Por ello, aunque sea utópico e incluso onírico, es preferible reconocer la ilusión de que el juicio permite alcanzar la verdad y, por ello, la tipología de la verdad se convierte en una alternativa.

Iluminado por los conceptos judiciales de la Constitución de 1823, propongo el reconocimiento del criterio sobre la verdad bajo el teorema siguiente: aunque la verdad es una, el propósito del juicio no es alcanzarla, sino aproximarse al criterio más seguro sobre ella, que, de no ser absoluto, debe ser relativamente máximo, que convierte al juzgado en un

laboratorio y al proceso en un procedimiento científico, sin perder de vista que la finalidad de la jurisdicción no es el hallazgo de la verdad. Y aunque la prueba es el instrumento para brindar seguridad jurídica a la respuesta judicial, la decisión se convierte en la más segura (o menos falsa) en un determinado caso, cumplidas por cierto las reglas de la inferencia crítica válida (valoración científica, lógica, máximas de experiencia, lo notorio o lo público) que deben ser obedecidas no por la inerrancia jurisdiccional, reconociendo la limitación humana, sino porque, frente a la alternativa de la justicia por propia mano, la guerra y el conflicto permanente, es el modo en que, como nación, hemos admitido que sean resueltos los conflictos.

Bajo este teorema, es de obligatorio reconocimiento la Regla Marshall, la función democrática de la justificación del razonamiento judicial, la función instrumental de la prueba y el afincamiento de la decisión en razones prácticas, siendo la función técnica de la justificación motivadora una consecuencia de la función democrática, y el respeto a la decisión judicial por razones de seguridad jurídica una consecuencia del reconocimiento de la Regla Marshall como regla de convivencia, más que como producto de la inerrancia judicial. Así pues, como lo señala el profesor Igartua (2009), «en un régimen democrático, la obligación de motivar es el medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente (el pueblo) de la que se deriva su investidura» (p. 15); o también la profesora Añón (2010): «en un Estado de Derecho el legislador cuenta con una legitimidad de origen por haber sido elegido, mientras que el Juez sólo se legitima a través del ejercicio adecuado de su poder» (p. 22).

En un afán premonitorio, muy lejano de estas latitudes, los próceres de la República naciente, vaticinando lo que nos esperaba, propusieron una justicia de pacificación más que una justicia de descubrimiento. Es verdad, la inspiración primordial era el derecho natural y el reconocimiento del hombre como imagen del Dios que es amor, tal como señalaba Pierre Teilhard de Chardin (2004), la felicidad humana solo puede colmarse en sintonía con el creador, de allí que todas sus peripecias se frustran si ignoramos esta naciente justicia natural; por lo que cualquier empeño distractor, como averiguar la verdad por la verdad misma, alejada de su esencia de amor, se vuelve un esfuerzo herculino, una carga insoportable. Pero, si giramos la brújula, y la verdad se busca porque nos alcanza la pacificación social, donde la justicia más valiosa es la que, disolviendo el conflicto, logra alcanzar la felicidad del mayor número de integrantes de la sociedad, entonces cobran sentido el preámbulo, los artículos 14, 104 y 114 de la Constitución Política de la República peruana de 1823. Sobre ese empeño y la necesidad de revitalizar estas ideas versan las páginas siguientes.

2. La verdad es una

Cuando Aristóteles escribió la *Metafísica*, pretendía demostrar que el «ser» es uno (solo lo que existe puede ser), es bueno (es apetecible) y es verdadero (puede ser conocido). Aunque dicho teorema fue enfatizado con mayor fuerza en la baja Edad media por San Anselmo de Canterbury, en su *Proslogion* (cuya mayor virtud, por cierto, es llegar a la unidad de la verdad por ser revelada, ya que demuestra la existencia de Dios); la tesis aristotélica es igualmente válida en este caso. Si la mente puede llegar a pensar en un entendimiento superior

a ella, o es porque existe o es porque la mente es capaz de alcanzar una mayor perfección a sí misma. Si resulta que no existe, pero que la mente puede llegar a pensar en una mayor perfección, entonces es absurdo que no exista, ya que entonces la mente podría generar la idea de un pensamiento superior al pensamiento que la piensa (San Anselmo, 2003, *passim*).

El teorema sigue siendo válido, incluso si quisiéramos sacar a Dios de la ecuación, como lo defendió en su momento Hegel. Si la mente humana puede llegar a la verdad, o es porque la verdad existe o porque la mente es capaz de pensar en un producto que es superior a ella. Si esto es así, partiendo del argumento de reducción al absurdo, suponiendo que no exista pero que la mente es capaz de pensar en algo que la sobrepasa, entonces es absurdo que no exista, porque entonces un producto superior a la mente humana no podría ser sostenido por heurística (fantasía), ya que no es superior a la mente humana, a menos que pueda materializarse, lo que sigue siendo fantástico sin un Ser superior. Por ello, la verdad no puede ser un ente de razón, sino que debe ser una entidad independiente de la mente humana (independiente en tanto puede existir fuera de ella), que es posible alcanzar. El problema es que no tendremos la seguridad de haberla alcanzado, a menos que, como soñaba Caspar Rudolph Von Ihering (1993), tras morir, podamos comprobar que nuestro razonamiento no era equívoco, cuando hemos alcanzado el cielo de los conceptos jurídicos.

Por cierto, reconocer que no somos capaces de comprender que hemos alcanzado la verdad, aunque ello es posible (conste que utilizo el presente «es») nuestra seguridad del hallazgo radica no tanto en la certeza del descubrimiento, sino en

un acto de fe humano. Estamos convencidos que la hemos alcanzado, aunque de hecho no sabemos que ello ocurrió. Y por eso, ese reconocimiento es el acto más humano que existe, es el reconocimiento de nuestra limitación. Un acto de humildad que nos permite crecer.

En el derecho, la verdad es constitutiva de la seguridad jurídica, en particular en el proceso penal, puesto que partir de lo contrario (que no es posible saber si hemos llegado a la verdad) no permitiría ejecutar los fallos, como los que ordenan la pérdida de la libertad u otros bienes preciados del hombre. No obstante, no estoy proponiendo un soterrado agnosticismo. Todo lo contrario. No niego que algún ser humano sea capaz de alcanzar la plena certeza de que la información que posee es la verdad. La historia está repleta de ejemplos: Thales de Mileto, Heráclito de Éfeso, Galileo Galilei, Giordano Bruno, Albert Einstein, Jocelyn Bell, César Vallejo; para no consignar por razones obvias a Jesús de Nazareth. Pero no se trata de genios, ni el proceso judicial está reservado a iluminados o seres superdotados. Nos hemos dedicado a realzar la formalidad y divinizar el instrumento, al punto que nos creamos en todos los tiempos reglas de prueba (un solo testigo es inválido, si el testigo de referencia no revela su fuente su testimonio decae, si dos peritos dicen distinto sobre una misma observación deben debatir para ponerse de acuerdo, una prueba científica vale más que una prueba personal, etcétera), pese a que incluso ahora preconizamos la libertad probatoria.

Mi propuesta es mucho más simple, partir del reconocimiento de nuestra limitación y fragilidad humana y del hecho de que los jueces no son iluminados, para luego admitir que acatamos sus fallos porque es una simple y llana

regla de convivencia: hemos acordado que así se solucionan los conflictos sociales. Es como el semáforo o los impuestos: no poseen una explicación científica, pero convenimos en respetarlos, no porque sean objetivos sino porque traen orden y paz. De hecho, los colores del semáforo no sirven para los daltónicos y los impuestos siempre serán una carga confiscatoria equivalente al antiguo diezmo bíblico, para los que no ganan pingues dividendos, le demos o no el aparejo que consideremos, los cumplimos porque así lo hemos convenido.

3. El relativismo cognitivo

La relatividad de las conclusiones cognitivas, como sustento de la verdad, parte del dinamismo del fenómeno y se basa mucho en fe (no se pone en duda que el agua hierva a cien grados, pero no es que se haya experimentado directamente, luego se confía, se «tiene fe» en que ello es así y no de otro modo); y, especialmente, porque, dependiendo de la aprehensión cognitiva, se puede establecer que no siempre puede conocerse todo sobre los fenómenos, principalmente, si se trata de relaciones o hechos, como en los litigios. Luego la única posibilidad de aceptar un conocimiento como verdadero es confiar, considerando que la información es relativa, variable, mutable en el tiempo y en el espacio, al ser una interpretación de la realidad.

Si se viajara a una velocidad determinada en el espacio y se regresara al mismo punto de partida, un tiempo después, se descubrirá que lo que fuera entonces conocido ha cambiado, de tal manera que se ha hecho relativo, mientras que para el viajero las cosas permanecen (Einstein, 1985). Esta teoría establecida por Albert Einstein pudiera parecer

desequilibrante y hasta desconcertar a las personas, quienes pudieran sumirse en un manto de incertidumbre, pues sabrían que, aunque conocen lo que aprehenden, esto puede variar.

No se trata de incertidumbre caótica. Es más bien el reconocimiento de que pueden existir diversas versiones (comprensiones o interpretaciones) sobre un mismo hecho. Por tanto, la contingencia de nuestras afirmaciones y la posibilidad de variación de nuestras conclusiones deben expresarse, en principio, solo como probables. La verdad absoluta de las cosas solo podremos obtenerla cuando hayamos aprehendido todo—en todas sus posibles variaciones, incluso—, por lo que las afirmaciones que hacemos son relativas, sin que ello signifique que el conocimiento sea errado; ya que relativo significa únicamente que vale en tanto los fenómenos, en idénticas circunstancias y con la influencia de idénticos factores, produzcan las mismas variables y las mismas conclusiones, pues el conocimiento aprehendido es el mismo. Pero, si las variables y las circunstancias cambian, el conocimiento producido cambia.

Ayuda mucho al respecto un ensayo escrito por uno de los más importantes representantes del estudio social del conocimiento científico, seguidor de Kuhn en el intento por reforzar la idea de un estudio social de la ciencia: Steve Woolgar. Siempre se ha definido dos campos: ciencia natural para los hechos y ciencia social para las relaciones intersubjetivas, considerando a la primera exacta e inequívoca. Pero se nos olvida que esa es una afirmación dogmática, un axioma, que da por cierto que el conocimiento científico es absoluto, lo cual es no científico (Woolgar, 1991).

Bajo el espectro de Woolgar (1991), reflexionemos que la ciencia se basa en elementos tomados de la cultura y el agente científico se convierte, junto con sus representaciones, en objetos de estudio; por tanto, se justifica una sociología del conocimiento científico. Entonces se abre esa «caja negra» — como él la llama— que es la ciencia (la natural especialmente), a la cual se le consideraba absoluta, para estudiarla como producto social y, por tanto, relativo, justificando en toda la obra el relativismo como postura frente al conocimiento científico.

Así, pues, si comprendemos que la ciencia es falible, con mayor razón lo serán los conocimientos del mundo de lo jurídico, y ello impacta directamente en el argumento usado al demandar, al contradecir y al resolver.

No obstante, tanto los descubrimientos como los resultados científicos, se dan en un contexto social. A Colón le costó mucho demostrar la existencia del objeto, solo su viaje a las «Indias occidentales» lo demostró y aun entonces ni él mismo supo que había llegado a América. Es más, muchos dudan que fuera el primero. Y hasta Colón murió sin saberlo. Y a pesar que el descubrimiento fuera de Colón, se llamó América por Vespucio y eso se debe no al objeto sino a la representación del cartógrafo: su interpretación de la realidad.

Antony Hewish, Jocelyn Bell Burnell y otros tres radioastrónomos de Cambridge publicaron, el 24 de febrero de 1968, el descubrimiento de fenómenos que hoy conocemos como púlsares. Así pues, en 1975, Hewish, al recibir el nobel de física, despertó el malestar de la Dra. Bell y los otros, conociéndose la verdad. Los púlsares se vieron registrados

en julio de 1967 pero se creyeron defectos, interferencias y se mantuvo oculto. Luego, el 28 de noviembre de 1967, después de varias pruebas se descartó interferencia y se les bautizó como LGM1 (Little Green Men, «Pequeño hombrecito verde»), LGM2, etc., porque se creía que era una comunicación estelar, lo cual los volvió más herméticos y celosos con su trabajo. Posteriormente, descartaron vida extraterrestre, pero siguieron sin publicarlo por el temor al ridículo o a que se robaran el trabajo. Irónicamente, Antony Hewish, como financista y director del proyecto, recibió en 1974 el Premio Nobel de física por el descubrimiento del LGM1. Posteriormente, la Dra. Jocelyn Bell Burnell publicó su trabajo sobre el descubrimiento de los púlsares, pero a ella no le dieron el galardón ni siquiera una mención, puesto que habría supuesto reconocer que la Real Academia de Ciencias se equivocó.

Partiendo del hecho de que la ciencia es un hecho social —lo mismo que el Derecho— y, como tal, incomprensible fuera de ese contexto, reviste, como todo hecho social, dos características: relativismo y subjetividad. Por ejemplo, para tener una idea, se puede comparar el sistema planetario ptolemaico con el copernicano. El primero, que partía del geocentrismo, consideraba que el movimiento del sistema planetario de la Tierra era organización de epiciclos complicados, con la tierra al centro. El segundo, a partir del heliocentrismo, descubrió que la traslación planetaria es elíptica y el sol su núcleo. No obstante, en tiempo de Ptolomeo a nadie se le ocurría poner en duda el geocentrismo, toda la literatura científica y no científica se basaba en ese dato, así pues, la ciencia se sustenta en un paradigma, un conocimiento fiable, que desprecia cualquier otra modalidad de conocimiento y se va a sobrevalorar el alcance y las posibilidades del

conocimiento científico en función de este paradigma que se origina en la comunidad científica, de modo convencional y arbitrariamente.

El profesor Kuhn (1989) parte de la premisa de que la verdad es un dato alcanzable, pero es inalcanzable saber que ha sido tal. Por tanto, aplicando esta premisa al derecho judicial, tendríamos que decir que los fallos judiciales no pueden irrogarse la posición de ser absolutos (inquebrantables) o que la certeza judicial es la verdad, sino solo que existen casos en los cuales nuestra certeza se ha aproximado a la verdad, y que en tanto no se demuestre lo contrario esa es la respuesta provocada en el proceso a partir de los elementos proporcionados por las partes, además de los producidos por el propio juzgador, cuya valía consiste, por tanto, en disolver un conflicto. Por ende, a partir de estas premisas, las condenas penales firmes se cumplen, no tanto por la verdad aprehendida, sino por un acto convencional: la Regla Marshall. No las cumplimos por la inerrancia judicial, sino porque hemos convenido que es la forma constitucional de resolver los conflictos que exigen una respuesta también retributiva. Ya que la Constitución es un acto de autodeterminación fundamental de una comunidad —el pacto sobre todo pacto—, mediante el cual, los miembros de aquella, de forma libre, unilateral y democrática deciden constituirse en comunidad política soberana y adoptar las reglas de convivencia esenciales para regular la organización de sus poderes y para administrar sus conflictos, a fin de trocarlos en pacífica convivencia (Roldán, 2002).

4. La Regla Marshall

La convicción de que el estándar probatorio, la prueba e incluso el proceso en sí mismo, no es sino una «convención» fundada

en el «paradigma» del Estado como producto del pacto social, nos conduce irremediabilmente a admitir la existencia y la preponderancia de la Regla Marshall.

En la septuagésima octava edición del *Federalist Papers*¹, el patriota estadounidense Alexander Hamilton escribió un ensayo sobre los alcances y el poder de la administración de justicia, bajo el título «El departamento judicial» y, tal como lo ha señalado Bickel (1986), de todos los ensayos, este es el más citado por los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La frase completa más singular es:

The courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. (Hamilton y Madison, 1787)

Y su traducción vernácula y más difundida citada tantas veces por el eminente John Marshall en varios de sus casos (Cfr. *Marbury vs. Madison*, *Fletcher vs. Peck*, *McCulloch vs. Maryland*, *Cohens vs. Virginia*, entre otros) es:

1 Papeles de la Federación o el Federalista. Alexander Hamilton «Publius», James Madison y John Jay, publican esta colección de 85 artículos y ensayos, el año de 1787, para promover la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos.

Los tribunales fueron diseñados para ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con el fin, entre otras cosas, de mantener a este último dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la provincia adecuada y peculiar de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental. Es, por lo tanto, de ellos la virtud de determinar su significado, así como el significado de cualquier acto particular que procede del cuerpo legislativo. Si debe pasar a ser una variación irreconciliable entre los dos, él tiene la obligación y validez superiores, por supuesto, para preferir su decisión frente a todas; o, en otras palabras, porque es la razón de nuestra existencia que la Constitución deba preferirse a la ley, y la intención de las personas a la intención de sus agentes.²

La inquisición fundamental debería ser encontrar las razones por las que los Estados Unidos, Inglaterra y casi toda Europa han admitido esta doctrina como motor de la institucionalidad judicial, mientras que los demás países vivimos aún en la utopía veritativa y, como consecuencia de ello, en la decadencia de la legitimación judicial.

Así pues, las frases del juez estadounidense se han convertido —sobre todo en su primera parte— en lo que la doctrina constitucional y política conoce como la Regla Marshall, que se relaciona con la validez o legitimidad de las sentencias judiciales y que con breve fórmula se puede definir de este modo: «Cualquier Juez o Tribunal de Justicia puede emitir sentencias acertadas o sentencias equivocadas, pero las sentencias no se cumplen porque sean acertadas sino porque las emite un Juez cuya función ha sido fijada en la

2 Traducción propia.

Constitución, como la de Administrar Justicia a nombre del pueblo» (Luján, 2014, p. 18).

Desde Rousseau hasta Rawls, contractualistas y neocontractualistas, incluso quienes no lo son admiten la premisa roussoniana como válida: «Convengamos, pues, en que la fuerza no constituye derecho, y que únicamente se está obligado a obedecer a los poderes legítimos» (Rousseau, 1762, p. 89). Esa es la base de una sociedad racional y educada: vivimos juntos porque nos necesitamos, pero como es imposible compatibilizar todos los intereses, bajo el ejercicio ilimitado de cualquier derecho, es que hemos convenido, según unos; hemos aceptado sin remedio, según otros; o hemos llegado a la conclusión racional de que es la mejor solución en el juego, según los funcionalistas, con los que simpatizo.

A esto suelo llamar como el milagro del primer venado. Para ello, necesitamos un poco de imaginación con una gran dosis de inteligencia. Si nos ponemos en el caso de que los primeros humanos sobre el planeta necesitaban alimentarse y uno de todos los cazadores logra atrapar el primer venado, uno del Pleistoceno, con algo de más de media tonelada de peso, la imaginación de los contractualistas sería que la horda lo cazó, pero eso supondría una previa convención (el acuerdo de cazar) y, entonces, estaríamos en un círculo sin fin pues tendríamos que explicar cómo se llegó a ese acuerdo. Los positivistas son más prácticos: el más fuerte puso sus reglas; pero la tiranía exige un requisito previo: el temor al tirano, como nadie nace con temor, sino que este se adquiere con la experiencia, se necesitaría recrear la primera visión o el temor primario, antes que se asuma que el orden nació por coacción y temor. Lo que nos lleva a descartar ambas posturas y encontrar otra: la posición del primer venado.

En los albores de la humanidad, todos (varones y mujeres) tuvieron las mismas posibilidades de cazar, al menos hasta el embarazo, no porque no pudieran cazar las embarazadas, sino porque, coincidiendo con Marvin Harris (1977, p.172), «al nacer los críos, lloraban esto o ahuyentaba a las presas o atraía a las fieras, por lo tanto, la única solución lógica es que los críos no fueran a la caza, y lo más lógico es que sus madres se quedaran con ellos». Uno de ellos, por azar, suerte, inventiva, convicción, etc., logra cazar al venado. Empieza aquí la historia. Media tonelada de peso³ no es fácil de transportar y tiene otros cazadores al acecho, humanos y no humanos. Lo más probable, es que sea egoísta, y que se construya una guarida alrededor de la presa, no hay problema en que incluso pensemos que lo fracciona. Aun así, es imposible que lo pueda consumir todo en pocos días antes que se malogre, y, por tanto, sería presa de las fieras carroñeras, pedestres y aéreas. Así que solo le quedan dos cosas, o pacta con los demás cazadores para obtener la mejor ganancia (yo te doy de mi venado y cuando tú captures uno, me compartes el tuyo —respuesta de Rousseau—) o pone sus propias reglas (respuesta de Austin, Comte o Kelsen). El asunto con la imposición de reglas es que pronto necesita logística de policía para subyugar a los rebeldes, quienes podrían llegar a la misma o mejor conclusión de caza que aquel primer cazador. Por ello, la inteligencia dicta que en la teoría de los juegos la solución más eficaz haya sido el pacto, ambos perdemos algo.

3 Según el paleontólogo británico LISTER, Adrian (1987): «*European megafauna*». *Monsters We Met*. Londres: BBC. el Megaloceros Giganteus era el cérvido más abundante desde Irlanda hasta China, vivió hasta la última era de hielo; medía 2,3 metros de altura, tenía 3,65 metros de amplitud en sus cornamentas y pesaba no menos de 1,000 Kg. Y considero que el Megaloceros pudiera ser el primer animal cazado, pues era el más pequeño de los herbívoros de esa era.

El primer cazador renuncia a comerse todo el venado (que además no es una posibilidad lógica) y los demás cazadores renuncian a enfrentarse en una lucha por conseguir al venado cazado (que tampoco es una respuesta lógica, pues si uno solo pudo con un venado de 500 kg, podría vencer fácilmente a 10 humanos de 50 kg cada uno).⁴

Puestas las reglas, al primer pacto podemos llamarlo el Primer Estado, tal como lo imaginó Aristóteles (1948), todo lo demás nació casi del mismo modo, el cerebro humano generó una solución lógica ante las necesidades: «La obediencia al pacto me genera más beneficios que perjuicios». La base social de las naciones como la peruana, no es muy diferente a aquella primitiva. Lo que sí es un problema es que los paradigmas decimonónicos se han impregnado tanto en las conciencias de los pueblos de Latinoamérica que es imposible salir del marasmo, a menos que se admita un cambio de paradigma. Entonces, seguimos creyendo equivocadamente que mientras más dividimos venceremos y que solo la lucha es la partera del cambio que tanto necesitamos, entonces precitada nuestra racionalidad, creemos que es imposible pactar, ser lógicos o respetar la autoridad de las sentencias judiciales.

En el sistema civilista (*civil law*), el principio rector es el de legalidad, todos los actos libres o las consecuencias de los mismos deben estar previamente previstos en las leyes escritas (la Constitución, si se prefiere, es la primera ley). Si aparecen errores o defectos, se cambia la ley. Y si hay algún otro problema intermedio, se encuentra un culpable, se corta cabezas, se regenera el Estado. El problema es la premisa errada: «las leyes son perfectas». Incluso los más románticos

4 Según el mismo profesor Adrián Lister, el Homo Heilderbengensis que podría ser el humano contemporáneo al Megaloceros medía 1,83 metros y pesaba 61 kg.

señalan: «son perfectibles, pero por ahora es lo mejor que hemos podido encontrar». Cuando en realidad el problema ontológico no tiene nada que ver con el ordenamiento jurídico. Así pues, un ordenamiento jurídico no es bueno o malo, justo o injusto, es solo la manera que hemos encontrado de solucionar el reparto de la riqueza (venado), el control del daño (guerra por el venado) y la convivencia sin amenazas intempestivas o descontroladas (todo lo demás a causa del venado).

Y por ello, cuando estos tres pilares caen, la sociedad sucumbe ante el temor, el pánico se apodera de las sociedades, y surgen grupos que ofrecen la misma solución con métodos paralelos en contra del sistema. Para alcanzar el reparto de la riqueza, todos esperan que este sea equitativo, pero es imposible incluso actualmente; es como pretender repartir el peso del venado en partes iguales, es inevitable que a algunos les toque el hueso, cuyo peso es idéntico a quien le toca músculo; este último lo aprovechará mejor, el primero lo consideraría una injusticia o verá la forma de aprovechar el hueso.

Por ello, la premisa inicial debe cambiar. Las leyes no son perfectas, son solo eso, leyes, una forma de organización que hemos ideado para mejorar las cosas, una «convención», una «regla de convivencia» y, por eso, los políticos no deberían aferrarse tanto a sus programas políticos o a sus teorías jurídicas —y está bien que las tengan—, lo que no quita que sean vehementes, porque ahora existen y mañana probablemente ya no. Y por eso mismo, como no son verdades absolutas y mucho menos inmutables no deberían imponerse a fuerza de penas severas en caso de incumplimiento. Ya hace mucho tiempo que el castigo no ha solucionado cosa alguna, ya el incremento de las penas no arredra a los criminales. Por el

contrario, se han vuelto más sofisticados; las cárceles y la restricción de la libertad ya no son una solución. Ya va siendo hora de que pensemos en otra técnica, como el trabajo como retribución del daño, por ejemplo.

Recapitulemos la historia: en el Estado teocrático las decisiones judiciales eran legítimas porque su decisión estaba respaldada por Dios, sirva de ejemplo las ordalías, donde la validez del juicio radicaba en la confirmación divina.⁵ Aquí en Perú, el museo de la inquisición exhibe una imagen de Cristo crucificado, con la cabeza móvil, que asentía o negaba, a voluntad, cuando se emitía un juicio. En el Estado absolutista, la validez de la sentencia y su legitimidad radicaba en su apego a la voluntad real, bajo pena de muerte. El caso más emblemático es el de Tomas Moro, juez de negocios civiles y abogado, decapitado por no prestar el juramento antipapista y no aceptar el acta de supremacía, pero, especialmente, por no reconocer que la voluntad del rey era inequívoca. En el Estado de Derecho, la sentencia judicial posee validez por ser conforme a ley o bien legalmente justificada. Y aunque mantenemos las mismas consecuencias del siglo XVIII, la validez legalista posee una premisa equívoca: la ley es perfecta e inexorable.⁶ Se considera que las leyes son infalibles —como

5 Los juicios de Salem por brujería aluden a un famoso episodio del período de colonización de los Estados Unidos en 1692 en la aldea de Salem (actual estado de Massachusetts). En el mes de enero, Betty Parris, la hija del pastor Samuel Parris y Abigail, sobrina del religioso, presentaron un caso de extraña conducta, con gritos, arrojando cosas, poniéndose en extrañas posiciones y hablando en jergonza. Otra chica, llamada Ann Putnam, proveniente de la familia más influyente del pueblo, también presentó el mismo comportamiento. Se empiezan a celebrar juicios con el argumento de que «el diablo usa a los malos para dañar a los buenos y para defender a sus agentes creaba espectros de ellos, de modo que mientras los malos atacaban, se veían imágenes en otras partes efectuando labores inocentes».

6 *Dura lex sed lex*. La ley es dura, pero es la ley. Por cierto, incluso un apotegma romano que con el tiempo fue sacado de contexto.

la ley de gravedad o como si fueran leyes naturales— como si todos los casos judiciales estuvieran previamente contenidos en la ley. Y, por lo tanto, el juez sea solo la boca de la ley, en la fórmula montesquiana.

Pero, si la respuesta fuera tan simple, entonces qué impide que, en vez de jueces libres y autónomos —por cierto, estos son los principios rectores de la jurisdicción—, estos sean reemplazados por computadoras u ordenadores, que dotados de un excelente *software* que contenga todas las leyes y si se quiere todas las decisiones anteriores, emitan sentencia, ¿no sería más perfecto? Serían incorruptibles. Tal vez el mayor problema serían los *hackers*. Y conste que ya en el periodo de José Dellepiane Massa y la reforma judicial peruana de los 90 se había intentado esta propuesta, que no fue admitida por Vladimiro Montesinos que requería jueces sometidos a su voluntad, por lo que esa idea no solo fue descartada, sino que le costó el puesto.⁷ Pero las preguntas más importantes son: ¿habría resultados?, ¿es posible reemplazar a los jueces por ordenadores computarizados? Por supuesto que la respuesta es negativa.

Ahora bien, en el Estado Constitucional de Derecho, la validez radica en que la sentencia se emite conforme a la Constitución, y aunque ello es en parte correcto, no es una

7 El texto oficial tomado por el Congreso corresponde al video n.º 884, filmado el 5 de mayo de 1998: «MONTESINOS... Mire, lo llamo para una cosa, para mí no grata, por la amistad, pero las obligaciones están por encima de las cosas. Tengo el ingrato encargo de transmitirle la dimisión para que deje usted el cargo... Y a su vez ofrecerle la alternativa a dónde quiere usted ir, me comunica el jefe a dónde quiere usted escoger un cargo en el extranjero... DELLEPIANE. ¿Alguna razón especial? MONTESINOS. Ninguna, sino simplemente son razones de reajustes que el jefe decide y dispone, y entonces esto tiene que producirse hoy día. Yo ya tengo las resoluciones firmadas, pero he hecho dos alternativas: para mí la que debe jugar es aceptando la renuncia, que creo que es lo más saludable...»

verdad lineal. Supongamos que una Constitución en el futuro deroga todos los derechos fundamentales y genera cláusulas arbitrarias, como, por ejemplo, la licitud de la apropiación ilegítima, o la convalidación de la ley de talión, o peor aún que cualquier persona tiene el derecho de hacer suyo todo lo que pueda quitarles a otros, por cualquier medio. Entonces, cualquier juez de la República, ¿estaría sujeto a esa Constitución? Me parece que usted, apreciado lector, coincidirá conmigo que no.

Entonces el contenido y validez de la sentencia no está solo en la ley, ni solo en la Constitución como ley superior, sino en el contenido humanitario fundamental que posee en las cláusulas que reconocen a la persona y a su dignidad como superiores y anteriores al Estado. Por ende, si el juez no parte de la ley como verdad inmutable, sus decisiones reposan en una opinión —por cierto, técnica y con contenido jurídico— sobre un asunto traído ante él, que, si bien tiene como fundamento la norma jurídica, es una decisión mediadora o arbitral que se fundamenta en el conocimiento del caso y no en el conocimiento del hecho, es por cierto un juicio connotativo, si se quiere epistemológico, no ontológico. Así las cosas, una decisión judicial puede ser con el tiempo diferente, pues el contexto varía, y el contenido de valor que pudiera tener dependerá más de la cultura ética imperante para el juez y para la sociedad, incluso del paradigma dominante. Por ejemplo, permitir la adopción por padres de un mismo sexo hace unos siglos sería éticamente despreciable; actualmente negar la adopción a dichos sujetos jurídicos sería un acto de discriminación y éticamente repudiable. Los actuales derechos fundamentales poseen una dimensión axiológica que afirma el valor supremo de la dignidad humana (Chanamé, 2019).

Esta noción general está presente en casi todas las doctrinas, en especial en las positivistas. Pongamos solo como ejemplo el artículo 1 de la misma Constitución Política del Perú: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Su aplicación en un caso determinado dependerá de lo que el juez considere entitativa y axiológicamente: defensa, respeto, dignidad e incluso persona humana; pues dependiendo de la tendencia filosófica que posea el juez, las sentencias podrían ser muy diferentes.

Tal como lo señalaba el profesor Karl Larenz (1994, pp. 203-205): No se trata de enunciados cualesquiera, sino de prescripciones que han de obedecerse, de pautas de juicio prescritas, brevemente: de normas. El legislador que promulga una ley, o más exactamente que pretende regular un determinado sector de vida por medio de normas, se deja guiar al respecto por ciertas intenciones reguladoras y por consideraciones de justicia o de oportunidad... al «aplicar» la norma se trata siempre de una valoración es algo que ciertamente no se manifiesta como el supuesto de hecho de la norma que está formulado en conceptos fácticos libres de valoración, bajo los cuales puede ser «subsumido» el hecho enjuiciable mediante un procedimiento lógico. Un tal procedimiento requiere la comprobación... que todas las notas distintivas que forman el concepto han de encontrarse en el hecho enjuiciable. Si esta comprobación puede lograrse, entonces se sigue de ello, conforme a las reglas de la Lógica, que el hecho cae dentro del concepto. Más para poder lograr esta comprobación, la mayoría de las veces se precisa una serie de juicios intermedios auxiliares.

Y concretamente, sobre la labor judicial, el mismo profesor Larenz afirma, en lo tocante a este ensayo y comprobando la hipótesis:

[Al juez] se le exige, por tanto, un juicio referente a la experiencia, y un juicio de este tipo es de por sí raramente «exacto». En otros casos ha de enjuiciar una conducta humana, por ejemplo: si en ella se expresa una determinada intención de consecuencia jurídica. Un tal juicio no es una pura constatación de hechos, [ni una mera subsunción en la ley] sino que exige una interpretación [puesto que] en modo alguno están conceptualmente configurados todos los supuestos de hecho legales... O bien contiene una pauta de valoración «que precisa ser llenada de contenido» y que sólo [sic] en su «aplicación» al caso particular puede ser plenamente «concretizada». En ambos casos no se trata simplemente de una «aplicación» de la norma, sino de realizar una valoración que esté de acuerdo con la norma o la pauta «tenida en cuenta». Una tal «concordancia», que no puede significar equiparación como en la realización de una subsunción, precisa, para ser convincente, múltiples mediaciones. (Larenz, 1994, pp. 206-207)

Es posible que el argumento en contrario, es decir, que en efecto los jueces puedan encontrar lo que alguna vez llamé la piedra filosofal del derecho, es decir el hallazgo de una fórmula lógica, a la que sea posible aplicar cualquier caso de la realidad, siempre nos conducirá a la respuesta correcta, que fue la tesis del círculo de Viena⁸ y del positivismo jurídico

8 Organismo científico y filosófico formado por Moritz Schlick (Alemania) en Viena, Austria, en el año 1922 y disuelto definitivamente en 1936. Este movimiento, con el nombre original de Círculo de Viena para la concepción científica del mundo, se ocupa principalmente de la lógica de la ciencia, considerando la filosofía como una disciplina encargada de distinguir entre lo que es ciencia y lo que no, y de la elaboración de un lenguaje común a todas las ciencias, bajo la premisa que todo conocimiento puede ser simplificado formalmente

radical o logicista representado Ludwig Wittgenstein con la publicación en 1922 de su *Tractatus Logico-philosophicus*, que influyó en los trabajos del Círculo, y por Ulrich Klug, discípulo pertinaz de Hans Kelsen, que con su *Lógica Jurídica* publicada en 1951. Incluso, aunque el descubrimiento de tal teorema aún no se haya revelado, los intentos tanto de positivistas como de los que no los son han estado encaminados a ello.

Por mi parte considero que, como lo he anunciado citando al profesor Larenz, a medida que las leyes vengan en el mismo código de comunicación humano necesitarán cuando menos ser decodificadas para ser aplicadas. Siendo la ley el propósito de tal decodificación es esencial, que antes de aplicarla se interprete, incluso *in claris*, pues de lo contrario la ley no se cumpliría. De allí que el mismo Karl Larenz sostenga:

En países con Derecho codificado esta tarea resulta... que las leyes no sólo [sic] precisan ser continuamente interpretados, sino que precisan ‘colmar lagunas’ y adecuarse a las variables situaciones... aun cuando el juez y el funcionario administrativo saben también que las máximas, conforme a las cuales resuelven un caso, tienen que pretender validez para todos los casos similares. (Larenz, 1994, pp. 226-227)

Así pues, la decisión jurisdiccional no puede ser sino un acto humano mediador (interpretativo en cuanto a la ley, y valorativo en cuanto a la prueba) entre dos posiciones igualmente válidas, muchas veces, y como quiera que sea una opción, y hasta un juicio de valor, debe ser respetada por sí misma y no por la referencia ontológica que la soporta. Es

por medio de una fórmula única de decodificación. Entre sus integrantes están también: Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waismann, Hans Hahn, Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Alfred Tarski, Alfred Jules Ayer, Charles Morris, Felix Kaufmann, Victor Kraft, Otto Weininger y Carl Hempel.

decir, el reconocimiento de la validez de la Regla Marshall, como una regla de convivencia.

Si esto es así, la impugnación no sería la regla, sino una excepción solo para quien es condenado penalmente, tal como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos, no para todos los casos; y en el lado civil, solo para dos casos: cuando se acredite vulneración de un derecho fundamental, en cuyo caso el revisor no reenvía, sino que decide inimpugnablemente; y para cuando se decide en contra de la doctrina jurisprudencial (no toda, sino solo los *leading case* declarados como tales, en cuyo caso le correspondería la decisión a la Corte de Casación). En todos los demás casos, la decisión de primera instancia debería ser la única decisión (Luján, 2014).

5. Existía la verdad judicial como finalidad procesal en la Constitución de 1823

Si he logrado, como pretendía, que me sigan en el hecho de que en realidad la tan ansiada verdad judicial es más una entelequia que una probabilidad tangible, no por inexistencia de la verdad sino por la naturaleza falible del hombre para alcanzarla y porque aun cuando la hubiéramos alcanzado no sabríamos que estamos frente a ella, al modo de la aporía de Gorgias sobre las gafas del espectador (Volquin, 1964, p. 26). Así pues, frente a un árbol caben tres espectadores, según Aristóteles (1982): primero, el realista, a quien si le preguntamos qué ve, nos dirá que un árbol; segundo, el visionario, quien vería una fuente de oxígeno (si es ambientalista) o una fuente de riqueza (si es talador o comerciante de madera), ambos actuarían en consecuencia, solo que los efectos no serían iguales para el árbol; y, por último, el heurístico nos diría que

ve a Dafne convertida para escapar de los amores de Apolo. ¿De los tres, quién yerra y quién acierta?

La solución pacífica de los conflictos, por otro lado, no niega que el proceso sirva para alcanzar la verdad, pero aquella que es más probable con los medios que se tiene al alcance, y que el respeto de la decisión no es por inerrancia sino porque ese es el modo convencional, mejor aún constitucional, como hemos decidido acabar con los problemas litigiosos. De una lectura cabal de todas las Constituciones peruanas, incluso considerando el iniciado constitucionalismo peruano, de marcada influencia liberal, merced a la Constitución de Cádiz de 1812, en cuya deliberación participaron diputados peruanos y que fue jurada en territorio que sería del Perú, como afirma el extinto profesor Ramos Núñez (2018); ha sido la Constitución de 1823, la primera que intenta solucionar el problema de la justicia a nombre de la Nación (artículo 110), sin desconocer el intento primordial que aparecía en el Estatuto Provisional de 1821 dado por don José de San Martín, que solo se reserva las funciones legislativos y ejecutivas, pero crea la alta cámara y los juzgados subalternos para la administración de justicia (Chanamé, 2019).

No obstante, es la primera constitución peruana la que cierra el problema de la inerrancia con la existencia de tres instancias (artículo 113), aun cuando solo lo extiende — expresamente— al juicio de residencia de todo empleado público que esté sujeto a ello por disposición de las leyes (artículo 100, inciso 5). De hecho, siendo la instrucción de primera instancia de las Cortes Superiores, la nulidad de la Corte Suprema solo alcanza al juicio de revisión y al recurso de nulidad sobre la responsabilidad criminal.

Así pues, fundamentalmente, la Constitución de 1823 opta por un modelo de solución de conflicto por vía convencional y, aunque admite la heterocomposición judicial, su vocación de solución del conflicto se impone como lo revelan con profundidad dos institutos jurídicos que proclama: la asunción del cargo vitalicio de la judicatura, siempre que su conducta no diese motivo para lo contrario (Toribio Pacheco en Ramos, 2018, p. 21) y el establecimiento de los jurados, de un lado. Y la formulación de la corporación judicial, de otro lado, reconociendo: primero, que la justicia de la causa es vehículo de paz; segundo, que no existe un recurso infinito hasta alcanzar la verdad (*V. gr.* pluralidad de la instancia); y tercero, que la primera opción de justicia es la autocomposición del conflicto. Y es esta, lo afirmo sin temor a errar que es la mayor virtud histórica de la Constitución de 1823; puesto que solo una justicia realmente autónoma e independiente, en todo sentido, es capaz de dar verdadera paz al Perú.

Sobre la eliminación del recurso infinito, como elemento normativo revelador de que los primeros constituyentes nacionales prefirieron la solución del conflicto al hallazgo de la verdad como eliminación de la inerrancia judicial, aparece en los artículos antes mencionados (artículo 100, inciso 5, y artículos 110 y 113), quepa insistir que la inexistente «pluralidad de instancia»⁹, como se ha venido a denominar en la actual Constitución, solo es un pretexto para aniquilar o invisibilizar el derecho al plazo razonable y al reconocimiento no soberbio de nuestra falibilidad y limitación humana para obtener plena certeza de todas las cosas; de hecho, la respuesta más racional

9 Aunque para algunos procesalistas, como el profesor Nelson Ramírez Jiménez, la pluralidad debe entenderse eufemísticamente, como el derecho a que el recurso sea resuelto por un Colegiado compuesto por más de una persona. Una versión un poco forzada, pero no cabe duda, inteligente salida del paso.

que existe, puesto que reconoce también que los seres humanos somos capaces de pensar con lógica y sentido común, reconociendo que es preferible respetar la decisión judicial no porque no se equivoque, sino porque hemos convenido que los conflictos se resuelvan heterocompositivamente de ese modo y no como animales. Aun cuando, como San Anselmo de Canterbury (2019), debo reconocer que todo ser humano es capaz de alcanzar la verdad, no es menos cierto admitir que nuestras limitaciones conllevan, dependiendo de las circunstancias, determinar la certeza o no de tal hallazgo depende mucho de los elementos al alcance del descubridor, tal cual lo afirmaba Gorgias (Copleston, 2011), que podemos llegar a alcanzar la verdad es indudable, pero no sabremos que hemos llegado a alcanzarla; pero no podemos sostener el razonamiento judicial en ese axiomático paradigma.

No será novedad enfatizar mi predilección por la Regla Marshall, de cuyo apego no voy a reiterar, solo diré que es un inefable recurso a la solución de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. Pues resulta un valiosísimo aliado del plazo razonable, de la legitimidad de las decisiones judiciales y, por si fuera poco, del respeto a la independencia y autonomía del Poder Judicial. Precisamente por ello, y bajo esa línea principista, la Constitución peruana de 1823, reconoce en el preámbulo constitucional, que la justicia es ante todo sabiduría: «En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades y cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores», lo que significa que si bien puede haber para cada caso soluciones inteligentes o más profusas en perjuicio de los plazos razonables so pretexto de la búsqueda de la verdad, que muchas veces se torna inalcanzable; olvidamos, ante todo, que la finalidad del proceso se vincula a razones

axiológicas que le brindan su contenido como lo revela la exigencia del respeto a los oficios de justicia natural, el primero de todos, la pacífica convivencia, inescindiblemente unida a los valores de dignidad humana, amor a la patria, decoro nacional, el cumplimiento del deber; tal como lo unifica el artículo 14, cuando prescribe: «Los oficios prescritos por la justicia natural, son obligaciones que muy particularmente debe llenar todo peruano, habiéndose indigno de este nombre el que no sea religioso, el que no ame a la Patria, el que no sea justo o benéfico, el que falte el decoro nacional, el que no cumpla con lo que se debe a sí mismo». Es una constitución que «trata de hacer de cada ciudadano un ejemplo cívico viviente», no se trata de un moralismo confundido con política (Pareja-Paz en Ramos, 2005), ni una exageración roussoniana (Alzamora en Ramos, 2005), es ni más ni menos, revelar la esencia del peruano y peruana, que nunca como hoy merecemos y necesitados: un ser humano moral, porque solo quien hace lo que dice, dice lo que piensa y piensa como debe (Ingenieros, 2003); es capaz de forjar su futuro en libertad, porque no existirá cadena alguna que lo pueda aprisionar. Después de todo, es imprescindible reconocer, como lo afirma el profesor Chanamé Orbe, que «históricamente la norma nación en correspondencia con la moral, ella era la expresión del consentimiento colectivo en sociedades gregarias y homogéneas» (Chanamé, 2019, p. 30).

Así pues, al sentenciar que la falta de respeto al oficio de justicia natural, entre los demás valores antes mencionados, ocasiona la indignidad de ser peruano, puesto que: «no [es] justo o benéfico». Nótese que el constituyente de 1823 hace equivalente el valor benevolencia con el valor justicia. La benevolencia posee muchos enfoques, desde la conmiseración de Francesco Carnelutti (2017) en sus

Misérias del Proceso Penal hasta la contracultural y distópica de Douglas Couplan (1994) en su *Generación X*, en que se la amalgama a la conmisericordia. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, la justicia supone más bien guardar armonía con actos de nobleza, el primero de ellos es que la solución del conflicto sea pacífica y en caso de no serlo, pese al esfuerzo desplegado, la solución judicial sea la que permita disolver el conflicto, apelando a su legitimación convencional.

Asimismo, la preeminencia del plazo razonable, frente a la exigencia epistemológica, aparece en el artículo 104, cuando prescribe: «Habrán jueces de derecho con sus juzgados respectivos en todas las provincias, arreglándose su número en cada una de ellas, según lo exija la pronta administración de justicia». En ese sentido, para que la justicia sea pronta, significa que debe privilegiarse las soluciones tempranas, en primer orden; y si esto no fuera posible, los procesos deben durar el tiempo razonable, para que siga siendo pronta. La pesquisa suficiente de la verdad no debería ser exigible más allá de la información epistemológica al alcance del órgano jurisdiccional, siempre que se aprecie una actuación diligente, leal y de buena fe en los sujetos procesales. No se trata por cierto de una verdad aparente o una menos verdad, sino la preeminencia que la finalidad del proceso es la solución del conflicto y la recuperación de la paz social. Incluso esta conclusión se ratifica con la prescripción del artículo 114: «Queda abolido el recurso de injusticia notoria»; lo que significa que no se trata de erigir a los jueces como centinelas de la verdad, sino curadores de la pacífica convivencia.

Esto no significa, ni en la época de don José Bernardo de Torre Tagle ni ahora, que se niegue la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales alcancen la verdad o que por

activismo judicial se exija la verdad a toda costa, incluso de una justicia tardía, sino que el órgano jurisdiccional debe privilegiar la solución del conflicto con todos los medios suficientes para decidir, salvo que se acreditase que la información a su alcance fuese precaria. No voy a negar que la mayoría de estudiosos e historiadores, Toribio Pacheco, Luis Felipe Villarán, Lizardo Alzamora o José María de Pando consideran a la Constitución de 1823, un absurdo documento de la retórica congresal, no solo por su efímera existencia, sino también por su nula aplicación siquiera en los departamentos representados en el congreso de ese año, causado por el inminente arribo del libertador Simón Bolívar y su acendrada convicción de no consentir en la erección de un gobierno nacional, lo que consiguió cuando le cedieron todas las magistraturas (Ramos, 2018). Sin embargo, no es posible negar el esfuerzo que significó su elaboración y la diáfana lucidez plasmada en sus renglones, nos «descubre la honrada intención e inspiración de los legisladores que la elaboraron»¹⁰; en particular, en lo que a justicia se refiere. Permítaseme insistir: el pensamiento del fin de la justicia peruana en los albores de la República, es un llamado a repensar la finalidad de los órganos jurisdiccionales, tal vez reconociendo este primer pensamiento sobre la finalidad procesal de la justicia, encontremos una mejor solución para el irresoluble problema de la carga procesal.

Un país de tantos contrastes, requiere una solución de encuentros y pacífica convivencia, aunque la solución que se propone exige una gran dosis de madurez intelectual y emocional; este ensayo pretende comenzar un debate

10 Frase de Rosa Domingo (1920). En Ramos, C. (2018). *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones del Perú*. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, p. 19.

abrigando la esperanza que somos capaces de ello, por nosotros y por quienes recibirán el legado del Perú de hoy.

6. Conclusión

La verdad siempre ha sido y será un bien inmarcesible, disputada por todos, en particular, por quienes se proclaman científicos. Pero la existencia de la administración de justicia, y la proclamación del proceso judicial como vehículo para llegar a una decisión sobre un hecho litigado son ante todo una convención; alternativa necesaria, frente a la justicia de propia mano que desataría la zozobra colectiva y la barbarie.

La judicatura procesal no puede pretender ser inerrante, tampoco puede considerarse el hallazgo de la verdad como fin del proceso, puesto que no habría manera en cada caso concreto de asegurarlo inexorablemente, con la certeza que el objeto epistemológico exige.

Admitir, por convención social, que las decisiones judiciales son definitivas, es admitir la realidad del proceso, no solo como contradictorio y de libertad probatoria, democrático, incluso para admitir convenciones procesales sobre un determinado valor que a una prueba no actuada pueda darse. Sino que, además, proclama la realidad en sí misma, es decir, que el juzgado no es un laboratorio, y técnicamente el juez no es el laboratorista ante quien se repiten las pruebas las veces que sean necesarias, hasta alcanzar la verdad.

Un salto inteligente, de este tamaño no es fácil, empieza con el reconocimiento de la limitación humana, pero aproxima el resultado judicial a una pacífica y mutua convivencia, lo que exigiereconocer que lajurisdicción disuelve la incertidumbre o el conflicto litigioso, no por inerrancia, sino por convencionalidad

constitucional, tal como los valores constitutivos fijados en el artículo 14 de la Constitución de 1823 así lo prevé.

El juez es humano y, como tal, falible. No obstante, sus decisiones deben ser definitivas por mandato constitucional. Pues, así como no existe explicación científica que justifique los colores del semáforo o fórmula matemática que explique por qué a un recurso le brindamos cinco días, y a otro, tres días para impugnar; así también, por más que nos esforcemos, no hay manera de demostrar que una decisión judicial es infalible. Pero la aceptamos —tenemos que aceptarla— porque es el único modo de disolver el conflicto sin mantener la justicia de mano propia o la guerra o la satisfacción del litigante, como alternativas de solución. Digamos que es el modo civilizado de resolver nuestras diferencias. Mientras más nos convenzamos de ello, menos desilusiones judiciales nos llevaremos. El Perú de tantos contrastes, necesita 200 años después de la primera Constitución, volver a su origen, refundar la República en valores superiores, este ensayo solo brinda una alternativa para empezar a conversar.

Referencias

- Añón, M. (2010). Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44). UGR.
- Aristóteles. (1948). *Constitución de Atenas*. Edición, traducción y notas con estudio preliminar por Antonio Tovar (reimp. 1970). Instituto de Estudios Políticos (en la actualidad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)
- Aristóteles. (1994) *Metafísica*, traducción Tomás Calvo Martínez. Editorial Gedisa.
- Bickel, A. (1986). *El Poder menos peligroso*. 2nd Edition. University Press.
- Copleston, F. (2011) *Historia de la Filosofía*. (Tomo I). De la Grecia antigua al mundo cristiano, traductores Juan Carlos García Borrón, Juan Manuel García de la Mora. Editorial Ariel.
- Chanamé, R. (2019). *Tratado de Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. (Trad. Claudia Ferrari). Editorial Gedisa.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. (Trad. de M. Guastavino, Quinta reimpresión). Ariel.
- Einstein, A. (1985). *El significado de la relatividad*. Trad. Miguel Paredes L. México: R.B.A. Proyectos Editoriales, / Editorial Artemisa S.A. Planeta – Origen, Co edición.
- Hamilton, A. «*Publius*»; Madison, J. & J., J. (1787). The Federalist Papers, 25, cap. IV.

- Harris, M. (1977). *Caníbales y reyes: los orígenes de las culturas*. Longman.
- Igartua, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Colección Pensamiento jurídico contemporáneo. Palestra – Temis.
- Ihering, R. (1993). *La lucha por el derecho*. Editorial Civitas S.A.
- Ingenieros, J. (2003). *Las fuerzas morales*. Biblioteca virtual universal, consultado en <https://biblioteca.org.ar/libros/88978.pdf>
- Kuhn, T. (1986). *La estructura de las revoluciones científicas*. Ed. Fondo de Cultura Económica
- Kuhn, T. (1989). *¿Qué son las revoluciones científicas?* Editorial Paidós.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A.
- Luján, M. (2014). La validez de la Regla Marshall en el Perú del siglo XXI. *Revista de Derecho de la Universidad César Vallejo*, (3). Editorial Vallejiana.
- Luján, M. (2014). El certiorari decissum. *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, 147, Trujillo: CALL.
- Popper, S. K. R. (2008). *La lógica de la investigación científica*. (Trad. Víctor Sánchez de Zavala, 5.ª reimpresión). Tecnos.
- Ramos, Ca. (2018). *La letra de la Ley*. Historia de las Constituciones del Perú. Lima: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales
- Roldán, A. (2002). *El Derecho constitucional y la Constitución*, en De La Mata Amaya, José; Abadía Bull, Maite; Ortega,

Eduardo (Coordinador); Aníbal Medrano, Claudio; Gil, Domingo; Ciprián, Rafael; Cruceta, José Alberto; y otros (2002) Curso de garantías constitucionales, Proyecto del Fortalecimiento del Poder Judicial, República Dominicana: Suprema Corte de Justicia, Escuela Nacional de la Judicatura, Consejo General del Poder Judicial, Cooperación española.

Rousseau, J. J. (1762). *Du Contrat social; ou, principes du droit politique* [El contrato social; o los principios del derecho político], Amsterdam: Marc Michel Rey

San Anselmo De Canterbury. (2003) *Proslogion*. (Trad. por Manuel Fuentes Benot, 5.ª Edición) Aguilar - Biblioteca virtual universal.

San Anselmo De Canterbury. (2019) *De veritate*, Edición bilingüe de Eduardo Otero - Epílogo de Miguel García-Baró, (1.ª ed.) Ediciones Sígueme.

Teilhard, P. (2004). *El himno del Universo*. Editorial Trotta.

Voilquin, J. (1964). *Penseurs grecs avant Socrate, de Thalès de Milet à Prodicos*. GF Flammarion.

Wittgenstein, L. (1973). *Tractatus logico-philosophicus*. (Trad. por E. T Galván). Alianza Editorial

Woolgar, S. (1991). *The very idea*. Trad. «Ciencia: Abriendo la caja negra». (Trad. Eduardo Aibar). Edit. Anthropos.