

CRITICA A LA “TUTELA ABSTENIDA”

Un caminar cultural del horizonte de Desconfianza de un Estado Legislativo a la Independencia Constitucional de los Jueces

David Percy Quispe Salsavilca[∞]

*“Para los que temen, porque son ellos
los que cargan la esperanza”.*
Claudia Llosa Bueno

1. Composición de una Alegoría Cinematográfica del proceso de Reforma Judicial.

La riqueza y profundidad de la obra de arte que se constituye en un “monumento”¹, en un “envío del ser”², nos expresa en un lenguaje más originario, trascendiendo las limitaciones del argumento lógico deductivo, el horizonte cultural de una época, la circunstancia del ser en sus coordenadas espacio temporales expresando sus posibilidades en una forma artística que como una carta requiere ser abierta para poder ser comprendida en su sentido más pleno para mejor autocomprensión y actuar del hombre en su medio, en su sociedad en su mundo.

En este sentido reconocemos en la obra cinematográfica de Claudia Llosa “La Teta Asustada” la naturaleza de un monumento artístico de nuestra actual circunstancia en la que recreando simbólicamente a los personajes de la realidad peruana en el contexto post violencia de guerra y terror interna, un simbolismo profundo que al presentarse sobre el elemento de la violencia del conflicto también es sugerente en cuanto al máximo órgano de solución de conflictos que racionaliza el empleo legítimo de la violencia esto es el poder judicial.

Ciertamente se ha escrito artículos interpretando el sentido de la obra cinematográfica, pero con el presente ensayamos una interpretación inédita vinculándola con una percibida limitación -enfermedad en un sentido metafórico- de nuestro Poder Judicial.

[∞] Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima

¹ Es decir en su concepto hermenéutico: “Un monumento mantiene lo que se representa en él en una actualidad específica que es completamente distinta de la de la conciencia estética. No vive solo de la capacidad autónoma de hablar de la imagen.” (Véase Gadamer, 2007:p. 199).

² El concepto de “envío del ser” se encuentra en Heidegger “solo en cuanto la iluminación del ser se apropia y acontece, se entrega en propiedad al ser del hombre. Pero el que el En, la iluminación como verdad del ser mismo, se acontezca y apropie es el envío del ser mismo” (Heidegger, 1959:p. 34).

2. El antecedente histórico de violencia y el terror.

El antecedente de la enfermedad en la “Teta Asustada” es también una herencia, un pasado que aunque no muy remoto es coexistente a la situación de embrión de la protagonista, el de su origen, el de su formación pre-natal, es la violación a la madre que en medio de la amenaza fue obligada a comer el genital de su esposo muerto y entendemos padre de la nonata. El símil con el Poder Judicial alude también a la misma formación de una importante generación de Jueces designados en el contexto de una dictadura en medio de la defenestración del Tribunal Constitucional, de la designación de jueces ad hoc, y de favores si no de entrega de dinero abierto a magistrados por el poder político.

En un sentido más remoto e histórico ambas imágenes se juntan y recuerdan la fractura de la formación del Perú como pueblo o nación, es el país nacido de una conquista, con la separación subsecuente entre vencedores y vencidos³, que pese a ello tuvieron que convivir, mezclarse en una dinámica de convivencia, discriminación, resentimiento, lucha, violencia e integración permanente e inacabable, la literatura y arte en general testimonian muy bien ello como las obras de Vallejo⁴, Arguedas⁵, y Yuyachkani⁶.

³ Situación que se presentó desde los inicios de la presencia europea en el terminal Tahuantinsuyo, como consecuencia de la presencia exclusiva de varones vencedores en una campaña de conquista, así por ejemplo es emblemático lo sucedido con Francisco Pizarro e Inés Huaylas Yupanqui, ñusta que habiendo sido esposa secundaria de Atahualpa fue entregada por éste para ser compañera del Marqués, Inés conocería al poco tiempo de ello la muerte del Inca por obra de Pizarro y obligada a convivir con el conquistador le daría hijos, al maduro Marqués, quien habituado al duro batallar, “privado del calor familiar” encontraría en su convivencia con ella y sus hijos “un florecimiento de ternura y afecto” (Léase Rostoworowski, 2003:p.21).

⁴ Toda la obra poética de Vallejo está teñida de una sensibilidad profunda por lo humano, no como la proveniente del sujeto individualista triunfante, sino de la conciencia de ser en un mundo incomprensible, donde habita el sufrimiento, la posibilidad de la muerte y la compasión. Se ha hablado de ella como la obra nacida de una sensibilidad “indígena” o “mestiza”, a la que debe paralelamente adicionarse su obra narrativa donde recreativamente se manifiesta y testimonia una lucha inacabable de un país fragmentado como “El Tungsteno” (1930-1931) y “Paco Yunque” (1931).

⁵ Especialmente “Todas Las Sangres” escrita en 1964, describe un país desintegrado culturalmente en lucha permanente entre indios comuneros, mestizos, cholos, gamonales místicos, empresarios nacionales progresistas que no comprenden lo indígena, Compañías transnacionales, obreros alcohólicos o sindicalistas, etc. Muy revelador es la gran diferencia entre los dos hermanos Bruno (gamonal místico) y Fermín Aragón de Peralta (empresario nacional) maldecidos por su padre así como la relación con Rendón Wilka (obrero sindicalista de raigambre indígena). La desintegración y confrontación de grupos culturales en la obra se trasladó de la ficción a la realidad cuando en la Mesa Redonda del 23 de Junio de 1965 la obra fue duramente criticada por la intelectualidad progresista peruana (Véase Rochabrun, 2000).

⁶ El tema es reiterativo hasta el exceso y la obsesión de imágenes como en las obras “Santiago”, o “Corazón”, particularmente en este la imagen de un Cristo Indígena lampiño danzando las tijeras y retando al Cristo barbudo más occidental un duelo de danza, no aceptado por éste generándose una lucha violenta entre ambos, con el llanto de mujeres que presencian la lucha.

3. El Juez del Estado Legislativo y el Juez del Estado Constitucional.

Zagrebelsky, recogiendo la tipología de Estados de Carl Schmitt⁷, ante la circunstancia posterior a Auschwitz⁸ y la segunda guerra mundial, advierte en la transformación de los ordenamientos jurídicos occidentales el renacimiento de los derechos del hombre, manifestado en su reconocimiento por los textos constitucionales e internacionales, apreciando aunado a ello un cambio estructural que se sintetiza en la incorporación de *principios dúctiles*⁹, es decir, de normas jurídicas de rango superior que, no obstante ello, a diferencia de las *reglas* tienen la novedosa particularidad de no comprender supuestos de hecho en su estructura, estableciéndose por consiguiente mandatos de optimización y no consecuencias jurídicas fijas determinadas previamente en la hipótesis abstracta de la regla legal.

El nuevo paradigma de derecho occidental concibe correlativa y subsecuentemente a ello la pérdida de la supremacía y unicidad del dogma de la soberanía, como del predominio de la legalidad sustituyéndola por un pluralismo con hegemonía de la constitucionalidad, entendida no como la estimativa de un único valor sino de múltiples valores en coexistencia.

Se diferencia así el derecho propio del Estado Legislativo donde predominaba el razonamiento lógico deductivo del Juez sometido a reglas establecidas por el hegemónico Poder Legislativo determinante de un Juez constituido metafóricamente en simple “boca de la ley”, del derecho propio del Estado Constitucional, donde al insuficiente razonamiento lógico deductivo del Juez, se adiciona una racionalidad sustantiva existencial, al constatarse la predominancia de principios constitucionales frente a las reglas, la consecuencia es un sustantivo protagonismo judicial con el correlativo costo de afectación al valor predictibilidad, resultando con ello un derecho dúctil.

⁷ Schmitt desarrolló en su tipología además del Estado Legislativo, el Estado Jurisdiccional, el Estado Gubernativo y el Estado Administrativo. Definiendo a la primera como aquella comunidad política en donde se ve la expresión suprema de la voluntad común en normas abstractas, generales es decir leyes separadas del caso concreto, la consecuencia es el imperio de la ley y no de los hombres. En su tipología el Estado jurisdiccional alude a los Estados del Common Law en donde la última palabra no es de la ley impersonal sino la del juez.

⁸ Este es el evento que removió la conciencia occidental, la evidencia que la razón no es una diosa inocente que nos guía al inexorable destino interno de la historia del sujeto absoluto, sino que ella es también brutal y apocalíptica, pues Auschwitz no fue un hecho irracional sino la realización de una racionalidad instrumental planificada, ¿cómo después de Auschwitz seguir sosteniendo un Juez meramente técnico reducido a boca de la ley que no se pregunta sobre las premisas, sobre los principios, sobre los propósitos existenciales últimos del hombre?. La realización de la posibilidad de un Juez con las atribuciones estimadas de un Estado Constitucional llegó a Europa después de Auschwitz, en nuestro país ¿sucederá ello después de una década de terror y guerra interna, con una economía en expansión y conciencia mundial favorable a la realización del Estado Constitucional?.

⁹ En esto seguimos a Gustavo Zagrebelsky “El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia”.

Se distingue así entre Juez del Estado Legislativo y el Juez del Estado Constitucional, es decir, entre el juez boca de la ley sometido a reglas fijas y el juez creador que, aún cuando ciertamente las tomará en cuenta, define fundamentalmente su actuación por su adhesión a los principios constitucionales.

4. Cultura Jurídica Nacional y Horizontes Posibles.

La cultura jurídica nacional puede ser interpretada como el pase de nuestra cultura propia de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional¹⁰. Podemos desde esta tipología ideal, crítica de la realidad existente, construir un proyecto de reforma del poder judicial, contrastar la realidad de los fallos judiciales con el ideal del Estado Constitucional y concluir en buena medida que pese a encontrarnos con una normatividad propia de un Estado Constitucional los fallos judiciales nos revelan aún la predominancia del formalismo.

Es precisamente en esta constatación, concebida como premisa, que el tipo ideal de “tutela abstenida” construido en este ensayo propone una perspectiva de respuesta a la pregunta del ¿por qué pese a encontrarnos dentro de una normatividad propia de un Estado Constitucional continuamos con la predominancia de un formalismo, propio de un Estado Legislativo?.

Se dibuja así una estructura tejida por actitudes de desconfianza y posibilidad, sin que se anuncie el devenir de un Estado Constitucional inexorable, escrito en la linealidad de la dialéctica de la historia, sino se advierte una posibilidad real que deviene del sentido más profundo del ser pero que puede o no concretarse en la realidad histórica.

5. Fausta la Elegida.

Puede ser paradójico contrastar desde la variable salud a Fausta con sus primas. Fausta es la enferma, la débil, la que sangra, requiere una operación quirúrgica y padece tal melancolía que se le ha robado el alma, sus primas son mujeres saludables, expresivas, adaptadas a su entorno que muestran alegría y vida social normal.

Desde una perspectiva de adaptación limitadamente liberal y de mercado, el horizonte de Fausta es alcanzar las actitudes y modo de vida que sus primas manifiestan, este es su futuro y toda la subjetividad de Fausta es un atraso, una tara que debe ser superada.

¹⁰ Este es el enfoque que se encuentra más o menos explícita en la obra de Gorki: “La frágil conformación de las garantías para el ejercicio profesional del magistrado a través del sistema de carrera judicial es una expresión de lo dicho -se refiere a la tradición autoritaria del siglo XX, con matices intensos en la década del noventa, que están presentes aún en la cultura política del país-. Se trata de un problema que viene del pasado republicano y que ha persistido más allá de las formas.” (Véase Gorki González Mantilla “Los Jueces”. Palestra Editores. Lima 2009. página 582).

No obstante, tal percepción olvida la riqueza de la subjetividad de la protagonista manifestada en sus composiciones musicales; por eso desde otra perspectiva Fausta es la más consciente de la condición humana, la mujer que antes de nacer percibió la misma muerte, reconoce por ello la transitoriedad del mundo¹¹ y en su búsqueda de lo esencial se conserva pura, por eso su propio lenguaje excluye toda superficialidad, su habla se restringe a lo necesario, es el prototipo de la humanidad que por dialogar con el ser se aleja del ente y del mundo, por eso en su silencio que es cercanía con el ser habita, la fuente de la inspiración donde brotan sus composiciones musicales.

Fausta es así lo humano en un sentido más radical, pero tal condición no puede ignorar la relación real con los otros y tras la experiencia traumática temprana con el otro, agravada físicamente por las consecuencias de su decisión, de introducirse una papa en la vagina, padece una crisis, una enfermedad que la coloca al abismo de la muerte.

Fausta desde esta perspectiva es el Juez o ser humano con vocación de Juez, que por su mayor cercanía al ser, es capaz de ver la realidad desde múltiples horizontes personales y culturales, crea así en vez de bellas composiciones musicales, con el previo escuchar y comprender a las partes en conflicto: sentencias, decisiones justificadas en reglas y principios, pero que por su desconfianza con la sociedad civil pese a todas sus posibilidades, se sitúa en una actitud defensiva limitativa, que le impide cantarlas públicamente, alcanzar su desarrollo y su consecuente integración.

6. Teta Asustada y Tutela Abstenida.

Por “tutela abstenida” no entendemos ni un valor ni un anti-valor, sino un “tipo ideal” al estilo weberiano¹², que se presenta como una construcción edificada sobre el opuesto contrafáctico del valor “tutela judicial efectiva”. El nombre “abstenida” alude a su sentido lingüístico de privarse de algo que en relación a la justicia es privarse de su propia esencia de su propia razón de ser que es impartir justicia.

En símbolos alegóricos la “tutela judicial efectiva” se representa por una mujer con vendas en los ojos, una espada en la mano y en la otra una balanza; por el contrario, a la tutela abstenida sugerimos representarla sin espada ciertamente

¹¹ La experiencia de Fausta es la experiencia descrita por Heidegger de la existencia auténtica del Da-sein (Ser-allí), el concepto de la angustia ante la Nada, el descubrimiento que el hombre es un ser para la muerte.

¹² Los “tipos ideales” contruidos y empleados por Max Weber fueron concebidos como construcción conceptual que encuentra su material paradigmático esencialmente en las realidades de la acción social a partir de las cuales crea conceptos generalizantes puros, con el propósito de utilidad para la imputación causal histórica de los fenómenos culturalmente importantes, sin que coincida plenamente con una realidad histórica determinada sino que permita comprenderla empleando eventualmente para su comprensión más de un tipo ideal. Lo expresado es un parafraseo casi textual de Weber, 1984:p.16.

con vendas en los ojos, una balanza en la mano izquierda y vacía en la derecha luego de haberse colocado la papa en la vagina.

El tubérculo como representación no de poder sino de potencial fecundo (que en la labor jurisdiccional debe entenderse el propio juicio, el propio criterio sustentado en la razón y la voluntad propia comprensiva de los valores constitucionales) que sin embargo se emplea como contrapoder, como autocontrol sobre sí misma a punto de privarse de su propia razón de ser, de su aspecto más fecundo y fértil, porque precisamente el Juez cuando se encuadra dentro del tipo ideal de la tutela abstenida renuncia a asumir su propio criterio, por temor a ser sancionado, elige la opción interpretativa más cómoda, la que ignora los principios constitucionales, satisfaciendo con ello un requerimiento evidente de la sociedad civil: el de mayor productividad en el menor tiempo posible¹³, porque la interpretación formalista ciertamente requiere una fundamentación menos elaborada, más sencilla, más masificante, más encuadrada, escasamente humana y nada heroica, pero menos sospechosa de “corrupta” lo cual dentro de un imaginario de desconfianza de la sociedad civil se convierte en el valor fáctico más realizable y accesible.

Desde una lectura de posibilidades Fausta no solo tiene el talento para ser muy creadora, sino lo es, ocultamente ha compuesto bellas composiciones musicales, pero éstas no dan a luz, el mundo las ignora por decisión propia de ella misma, y desconfiando de él solo las canta para sí.

7. La Decisión de la Papa.

Al igual que Perpetua (madre de Fausta) persigue la “pureza” de su hija, protegerla de los malos hombres, del dolor que ella padeció en carne propia y por el que deseó morir; en el tipo ideal de la “tutela abstenida” el propósito de la

¹³ Productividad que puede ser asumida incluso como meramente formal sin que en el fondo signifique una solución judicial al conflicto, es lo que sucede cuando el factor determinante en la formación de la voluntad decisoria del Juez, no es su comprensión objetiva de los valores del ordenamiento constitucional vigente, sino la búsqueda estratégica –la carga termina afectando el deber de imparcialidad- de decisiones inhibitorias de su despacho como la interpretación de la improcedencia. Ciertamente a la larga significará mayor demora de la institución, pero en términos individuales de producción del magistrado tal actitud puede significar mayor producción individual y menor carga para el despacho. Este fenómeno difícil de constatar, es más perceptible si advertimos solo a modo de ejemplo la sentencia expedida nada menos por nuestro propio supremo intérprete de la Constitución, conocida como Sentencia 1417-2005-AA/TC o como Sentencia Anicama, donde el Tribunal Constitucional variando radicalmente su línea jurisprudencial sobre su competencia en materia de amparos pensionarios, restringió su ámbito competencial, pero concediendo a tal regla procesal su aplicación inmediata incluso para los procesos en trámite, tal decisión singular, que no aplicó la técnica del Overruling prospectivo, sin duda se encontró afectado por la actitud de buscar productividad, reducir la carga del despacho del Tribunal, pero a costa de alargar los procesos concretos en materia previsional (cuyos justiciables eran además personas en edad avanzada) sino afectando también el principio de Juez Natural. Al respecto véase el artículo de Héctor Lama More: “Los Dramáticos Efectos de una Sentencia Vinculante”, en Quispe Salsavilca/Lama More/... , 2008: p.119 y siguientes.

sociedad civil organizada políticamente es alcanzar una justicia de calidad, garantizar una pureza de la función judicial sin contaminación, pero ante la percepción de un ambiente social de abogados y partes, familiares, amigos entorno social que en general el imaginario social entiende como “corrupto”, la consecuencia es la obsesión por la pureza al costo de establecer una serie de mecanismos contralores exagerados, como la que entiende como conducta con responsabilidad disciplinaria y grave el apartarse de un precedente del Tribunal Constitucional aunque sea motivado¹⁴, aplicar reiteradamente en los procedimientos disciplinarios la medida cautelar de “abstención” o “suspensión” sin que ello lleve consigo retribución alguna, la mención expresa en los titulares de la mass media como un escándalo judicial, la exigencia de motivación debida de las resoluciones judiciales por encima del histórico aunado a un control de la productividad y de rapidez en la emisión de la resolución, o las reglas que casi convierten una nueva evaluación la ratificación trasladando el acopio de información al propio magistrado, tendientes a un nivel de exigencia irrazonable.

Más aún, para Fausta el temor es el temor a ser atacada por los violadores¹⁵, de equivocarse de establecer vínculos de amistades falsas y malintencionadas y, en un ambiente de desconfianza que pretende espantar a los corruptos con el espanto mismo, la misma Fausta se abstiene de entablar toda relación amical con el sexo opuesto, su cuerpo se endurece e interiorizando una paranoia alcanza ir más lejos que los consejos de su madre al decidir, consecuente con los mismos, introducirse una papa en la vagina.

¹⁴ Esta actitud es apreciable cuando se emitió por el Tribunal Constitucional la sentencia 006-2006-PC/TC en un proceso competencial donde no solo se anuló sentencias con la calidad de cosa juzgada sino que se enfatizó en su Fundamento 44 que “frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138 de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía”; resolviendo finalmente: “Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMa/PJ”. Felizmente y esto es precisamente un indicador de esperanza, como en lo sugerido en la obra cinematográfica, tal decisión ha sido objeto de críticas por la comunidad jurídica nacional, como cuando se ha dicho: “Anular sentencias judiciales sobre las cuales ha recaído la autoridad de cosa juzgada es un error gravísimo cuyas consecuencias solo han pasado desapercibidas debido a la enorme desconfianza social que soporta el Poder Judicial a nivel nacional. Se ha violado la independencia judicial” Monroy Gálvez, 2008: p.214. y más adelante “No se puede impartir justicia teniendo un cancerbero que actúa como una máquina demoníaca, guillotinando y tirando al vacío a quien lo contradice. Está en juego la posibilidad de juzgar en libertad, ni más ni menos. Si el Poder Judicial cede a esta imposición, que es también una afrenta, habrá perdido no solo la posibilidad de su reivindicación histórica con la sociedad sino la opción de seguir llamándose Poder.” Monroy Gálvez, 2008: p.215.

¹⁵ El discurso justificativo de Fausta es el siguiente: *“Una vecina lo hizo, me contó mi mamá, con el terrorismo para que ni uno ni otro la violen. Y fue la única que nadie tocaron. Daba asco dicen. A mí me pareció que la más inteligente era ella. Después ya se casó bien y tuvo cuatro hijos, no tuvo que convivir con violador ni nada”*. (Véase Llosa, 2010:p.30-31).

Tal método para mantenerse en tal estado, sin duda irracional, recuerda en nuestra historia a Santa Rosa de Lima, quien aún siendo laica estuvo protegida por una toca y una corona de espinas en la cabeza; ambas sufren desmayos, pero a diferencia de la santa de origen criollo -que dedicaba sus noches a la oración mística y sus momentos de vigilia a los hermanos enfermos, hasta morir tempranamente- la andina Fausta se refugia en un apego por la madre (mama pacha) y débil no se advierte en ella fortaleza para dedicarla a los hermanos más débiles, sino solo a la madre enferma y muerta; y si bien ingresa a una crisis que la pone al borde de la muerte a diferencia de la santa, Fausta vive.

Si Santa Rosa fue la representación de la misericordia en la colonia, muerta tempranamente, Fausta es la representación de la justicia en la república del siglo XXI que vive como posibilidad latente su realización como justicia independiente y constitucional.

8. El horizonte de Desconfianza.

La cultura de desconfianza a los jueces es predominante en nuestra cultura jurídica actual. Ello, aún cuando se pregone un Estado Constitucional, es propio de un Estado Legislativo, lo fue durante la revolución francesa cuando la joven república trataba con desconfianza a los jueces vinculados con la nobleza y el antiguo régimen.

En nuestra actual cultura jurídica tal desconfianza nos ata al Estado Legislativo. En tal horizonte se anida y desenvuelve la "tutela abstenida" entendida como tipo ideal que relaciona dos posiciones correlativas de acción y reacción, que se refuerzan mutuamente, por un lado la posición de la sociedad civil exigente de pureza y productividad en la función judicial y del otro la posición judicial que ante la obsesiva sospecha de su inidoneidad entendida como falta al deber de independencia e imparcialidad, percibe con temor asumir un criterio constitucional para la toma de sus decisiones por significar mayor dosis de argumentación, labor que afecta fácticamente su productividad.

La "tutela abstenida" se presenta así como el tipo ideal de una enfermedad judicial producida por los continuos ataques a su independencia. De manera análoga a como la "teta asustada" es el símil de la extraña enfermedad que transmite el miedo y el sufrimiento de madres ultrajadas a hijos a través de la leche materna, el cuerpo social en materia judicial tiende a reproducir el trauma de la desconfianza al criterio propio del Juez trauma sucedido por continuas afectaciones a la independencia judicial.

9. Los pactos fáusticos.

El nombre "Fausta" es sugerente: sugiere "fiesta", lo que para el mundo andino es el centro de la vida social, pública, pero también el nombre del "Fausto" de la leyenda medioeval recogida por Goethe, esto es, angustia humana al límite,

de modo que Fausta es el femenino del hombre que por un momento de placer o mejor aún de fiesta vende su alma al demonio.

Si queremos vincular a Fausta con un tipo ideal de juez el nombre Fausta sugiere en la teoría política al sujeto contractual hobbesiano del pacto social, el súbdito que transfiere sus cualidades de actor político al Leviatán (el Estado) para obtener seguridad. En el caso del magistrado, ciudadano cualificado, su ejercicio de decidir jurídicamente le permite experimentar la felicidad en el espacio público¹⁶ (fiesta en el sentido andino) lo cual es alcanzado a expensas de aceptar las reglas de la sujeción disciplinaria y la ratificación.

La película sugiere otro pacto: el pacto de la Sirena con el músico¹⁷. La sirena es la diosa del mar, es la fuente de la inspiración, es la voz de la justicia, es el envío del ser perceptible solo por seres especiales: los músicos (hombres con vocación de jueces), que tienen la audacia de acercarse al mar, a la sirena, dialogar con ella y celebrar un pacto, con el cual se vuelven aparentemente creadores, pero la realidad es que son solo transmitientes de la voz de la sirena.

El juez, así, es el ciudadano que se acerca al texto constitucional escuchando la voz actual del pueblo, más aún del ser, extrae de ese oír sucedido en el silencio la respuesta correcta al caso concreto dándole forma de sentencia empleando en vez de las notas de un pentagrama las palabras tejidas en argumentos construyendo la parte expositiva, considerativa y resolutive de la resolución judicial.

Los jueces con vocación son así los músicos que reciben el don, pero a cambio de granos de quinua, cada grano significa un lapso de tiempo, un año que pueden ser siete (el del periodo de la ratificación) que no es sino el tiempo

¹⁶ Acá el concepto de “felicidad pública” es el recogido por Arendt, cuando comenta que ello fue de uso frecuente en la literatura política de la revolución de la independencia americana y alude de manera inequívoca al hecho que el ejercicio de la libertad pública es necesaria para la concreción de la felicidad humana: “El hecho de que la palabra “felicidad” fuese elegida para fundar la pretensión a participar en el poder público indica, sin lugar a dudas, que existía en el país, con anterioridad a la revolución, algo parecido a la “felicidad pública” y que esos hombres sabían que no podían ser completamente felices si su felicidad estaba localizada en la vida privada, única esfera en la que podía gozarse de ella”. (Arendt, 1967:p.137).

¹⁷ “En mi pueblo dicen que los músicos,/ y los que tienen voz para cantar,/ hacen un contrato/ con una sirena./ Así le llaman,/ pero es un demonio,/ bien bonito, dicen./ Los músicos le ruegan,/ le lloran por sus instrumentos/ y su voz/ para que canten más bonito./ Y la sirena les concede su deseo./ Pero para saber/ cuántos años/ les dura el trato/ la sirena/ les hace coger/ un puñado de quinua/ del campo./ Cada granito es un grano, dice./ Ella se queda con el puñado/ y empieza a contar/ grano por grano/ año por año./ Cuando acaba/ de contar los granos,/ arrastra al músico al agua/ y lo ahoga./...Pero mi madre dice/ que la quinua,/ difícil de contar es,/ porque se dispersa con el viento/ y a veces la sirena confundida/ tiene que empezar a contar de nuevo./ Si pasa eso, el músico puede/ vivir mucho tiempo/ con su don./ Y a veces nunca se lo llevan al mar.” (Llosa Bueno, 2010:p.91-93).

dedicado a la actividad que cuantificado simultáneamente en frutos es también su productividad, pero el ser que es atemporal sabe muy poco de números y se puede equivocar en contar por el simple soplar del viento, de allí que el músico pueda terminar quedándose con el don para toda la vida.

Desde otro punto de vista la sirena, que también es Fausta, es el Juez de la tutela abstenida, que desconfía de todo aquél que sabe algo de música, de derecho, de las partes, de los abogados, de la sociedad civil en general y que pese a ello resulta engañada al menos por uno de ellos, precisamente por alguien quien ejerce poder ante ella. Es lo que le sucedió a Fausta, compositora cauta, con Aída.

Fausta se protege de los violadores espantándolos con la papa o con sus actitudes melancólicas, pero ignora qué mecanismo utilizar para protegerse de su ama, Aída, la burguesa empleadora que supervigila su trabajo. Esta también es compositora, música, pero su saber es meramente técnico, su talento esencial, si alguna vez lo tuvo, parece haberlo perdido en medio de la erudición y las exigencias sociales, ciertamente, a diferencia de Fausta, Aída se encuentra totalmente integrada a su ámbito social, pero contrariamente se halla seca de inspiración, y obsesionada no por su pureza sino por las consecuencias de la inspiración (el éxito, el clamor del auditorio, el quantum de la productividad y el número, el costo y la ganancia).

Aída es la representación de un modelo de la sociedad civil contralora de los jueces desde el tipo ideal de la "Tutela Abstenida", obsesionada por el aplauso inmediato del público, llena de saber técnico pero seca en inspiración y en reconocer como ser humano al magistrado que compone en el día a día sentencias, resoluciones judiciales.

10. La Decisión de la Cura.

La decisión de la cura surge del dolor y las ganas de vivir, Fausta no se suicida ante la muerte de su madre, ni ante la actitud decepcionante de Aída, ni la imposibilidad de enterrar a su madre en provincia¹⁸. Fausta, sin abandonar su cercanía con el ser, consiente en la operación quirúrgica y entrega a su madre difunta al mar. Dos personas, curiosamente hombres y no músicos -a diferencia de Aída- ignorantes de su cualidad compositora, la comprenden e influyen en su proceso de "cura". Su tío (lazo de parentesco), quien nunca aprobó su método de proteger su pureza y el jardinero con quien mantuvo diálogos en quechua (lazo lingüístico).

La película termina cuando Fausta recibe, sorpresivamente, una papa muy pequeña mostrando una flor blanca dentro de un macetero muy colorido con el

¹⁸ Estos hechos nos revelan que el suicidio en el film fue una posibilidad real, de este modo la realización de la libertad no es un destino necesario, lo mismo en nuestra sugerida alegoría y construcción del tipo ideal de la "tutela abstenida" nada nos asegura la realización real de los jueces propios de un Estado Constitucional, en su dinámica de esta estructura de acción y reacción habita tal posibilidad pero nada asegura que ello ocurra.

mensaje que es el epígrafe de este artículo: *“Para los que temen, porque son ellos los que cargan la esperanza”*.

Un mensaje que revela la comprensión de un ser humano (el jardinero) a otro (Fausta); que en nuestra simbología puede significar la necesidad de cuidar y valorar concretamente por la sociedad civil y los propios magistrados el valor independencia e imparcialidad, no restringirlo a un sentido formal sino concreto predicable en hombres de carne y hueso, pues no es sino tal actitud la que permite el desarrollo de la independencia constitucional de los jueces, como la flor nacida del tubérculo, solo ello potencia la comprensión independiente de los principios como fecunda y no establece argumentaciones estratégicas de contrapoder o de mera productividad a costo de la independencia.

Por ello no está demás comparar la actitud de Aída con la del jardinero, pues aún cuando Aída sea la única que conoce la labor creadora de Fausta, la cosifica para obtener utilidad, ello puede ser paradójico pero es un indicador que la comprensión de lo que es independencia e imparcialidad, lo que es la defensa de la “respuesta correcta” no se limita al argumento lógico deductivo, por lo que quizás el cuidado de tales principios pueda ser comprendido mejor por personas menos eruditas, pero más abiertas a diversos espacios culturales (la naturaleza bilingüe del jardinero es un símbolo).

De este modo, un visible corolario de todo ello es la formación de la flor nacida del tubérculo, fruto lento pero seguro que nos transmite la imagen que lo duradero y hermoso, como lo es una corriente jurisprudencial sólida que realmente realice los principios constitucionales, no puede ser el resultado de precedentes establecidos con la amenaza del despido (Aída) sino con el argumento lógico y persuasivo nacido y formado en diálogo consensual, siempre abierto al diálogo permanente y solo razonablemente impuesto históricamente en la comunidad jurídica de argumentantes.

Se propone así un camino de integración de la comprensión de los principios constitucionales, integrando el ser al mundo, los principios a las sentencias sin el temor a la natural desconfianza donde el hombre con vocación de magistrado se va abriendo camino hasta alcanzar la realización del Estado Constitucional.

11. Ritual del Mar y significación de Mitos Prehispánicos.

El texto del film describe a Fausta, después de la operación exitosa viajando en taxi con su Tío y sus primos trasladando el cadáver de su madre, maquillada con sombrero y anteojos como si estuviera viva, a su lugar de origen. Se describe una conversación banal entre los primos con el taxista, cuando súbitamente Fausta, después de encontrarse semidormida, interrumpe el viaje con un intempestivo “Tío, ¡para! ¡Para!” baja improvisadamente del taxi, caminando al desierto en dirección del mar cargando el cadáver de su madre, hasta que divisando el mar, la arena se levanta por el viento cubriendo el cadáver de la madre colocado en posición fetal, Fausta dice en quechua “¡Mira

el mar Mamá! Mira el mar./ El cuerpo de la madre se empieza a llenar de la arena que levanta el viento, mientras Fausta observa el Océano Pacífico”¹⁹.

La imagen descrita del relato está llena de simbolismo multisignificativo y se vuelve más sugerente si se entreteje con los mitos ancestrales de las culturas prehispánicas.

El mar es la pakarina prehispánica que coincide con el hábitat de la enigmática sirena, pero sobre todo es el lugar que Fausta entrega simbólicamente a su madre al colocarla en posición fetal (como los entierros de las culturas prehispánicas) frente al océano Pacífico. El relato no nos especifica en qué lugar del Océano Pacífico Fausta realiza este ceremonial espontáneo pero lleno de autenticidad nacida de su actitud de permanecer abierta a los envíos del ser, describe únicamente que es en el intervalo de un viaje de Lima a la Tierra de su Madre (ubicada en la sierra sur posiblemente Ayacucho), por ello se infiere que el ritual acontece en algún lugar de las playas del sur de Lima, en aquellas costas desérticas, dentro de las cuales habita el Santuario Prehispánico de Pachacamac (Kilómetro 30 de la Panamericana Sur)²⁰. El ritual espontáneo rememora así los mitos ancestrales que giran alrededor de Pachacamac.

¹⁹ Llosa Bueno, 2010:p.127.

²⁰ Un dato indirecto es la presencia de un túnel en la Panamericana Sur inmediatamente antes de la ubicación del lugar físico del ritual, pero ello entendemos es más un símbolo, que una descripción física de la geografía del lugar de dónde ocurren los hechos. El túnel simboliza la oscuridad del vientre materno o la oscuridad de la muerte donde los tiempos de vida antes del nacimiento y muerte se identifican por ello el transcurrir del taxi en el túnel reproduce el transcurso a-temporal ubicado fuera del tiempo, ubicación a-temporal del acto ritual espontáneo que rememora la enigmática e ignorada ritualidad pre hispánica; así como la esperanza y re-nacimiento por advertirse “La Luz del final del túnel” (Llosa, 2010:p.126).

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDDT, Hannah. *Sobre la Revolución*. Traducción de Pedro Bravo. España. 1967 Ediciones de la Revista de Occidente.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. España. Ediciones Sígueme.
- GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra 2009 Editores. Lima Perú.
- HEIDEGGER, Martín. *Carta sobre el Humanismo*. Taurus Ediciones, S.A. Madrid 1959 España. Versión española de Rafael Gutiérrez Girardot.
- LLOSA BUENO, Claudia. *La Teta Asustada*. Guión Escrito. Incluye Dossier Crítico. 2010 Grupo Editorial Norma. Lima Perú.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional*. En Revista 2008 Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 10, julio-diciembre. Página 157-216.
- QUISPE SALSAVILCA, David / LAMA MORE, Héctor / YAYA ZUMAETA, Ulises / 2008 AMPUERO GODÓ, Saúl / MEJÍA COPACONDORI, Jesús / INOCENTE TORRES, Enver. *El proceso Contencioso Administrativo. Reflexiones y praxis desde la toga*. 1º ed. Lima: Cultural Cuzco.
- ROCHABRUN Guillermo “*La Mesa Redonda Sobre Todas las Sangres del 23 de Junio 2000 de 1965*”. Rochabrún Editor. Participantes de la Mesa Redonda: José María Arguedas, Jorge Bravo Bresani, Alberto Escobar, Henri Favre, José Matos Mar, José Miguel Oviedo, Aníbal Quijano, Sebastián Salazar Bondy. Segunda Edición 2000. Instituto de Estudios Peruanos.
- ROSTOWOROSKI, María. *Doña Francisca Pizarro. Una Ilustre Mestiza 1534-1598*. 2003 Instituto de Estudios Peruanos. Tercera Edición. Serie Historia Andina/ 14.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. Séptima 1984 reimpresión.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. 1997 Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. España.