

EL PODER JUDICIAL DE PERÚ Y EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Susana Ynes Castañeda Otsu (*)

Sumario: Introducción. 1. Regulación constitucional del Poder Judicial: Principios, funciones y organización. 2. Propuesta de reforma constitucional del Poder Judicial. 2.1. Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional. 2.2. Jueces militares. Competencia especializada del Poder Judicial. 2.3. De las funciones de los órganos jurisdiccionales. 2.4. Zonas exentas de control judicial. 2.5. Derechos de los Jueces. 2.6. Requisitos para ser juez de la Corte Suprema. 2.7. ¿Control disciplinario interno o externo de los magistrados? 2.8. Órgano de Gobierno del Poder Judicial. 2.9. Autonomía económica, administrativa y normativa. 3. Aspectos que deben ser considerados en una nueva Constitución o en una reforma parcial de la Constitución. 4. A modo de conclusión.

Introducción

Para abordar el tema del Poder Judicial y el Proceso de Reforma Constitucional, es necesario recordar que con fecha 5 de abril de 1992, el Ex Presi-

(*) Magíster en Derecho, Mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Especialista en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Academia de la Magistratura y de la Escuela de PostGrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal de Lima. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lima.

dente Alberto Fujimori, «disolvió» el Congreso de la República del Perú, intervino el Poder Judicial, cesando a numerosos jueces y fiscales, el Tribunal de Garantías Constitucionales, y otras acciones que fueron rechazados por los países miembros de la Organización de Estados Americanos por afectar la institucionalidad democrática del país. Una situación política de este tipo no podía continuar, motivo por el cual el Ex Presidente Fujimori, en la reunión convocada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en mayo de 1992 en las Bahamas, asumió el compromiso del retorno a la democracia en el país.

Una de esas medidas, consistió en la elección de los miembros del «Congreso Constituyente Democrático» (CCD), que asumieron funciones propias del Poder Legislativo y a la vez de Poder Constituyente, pues se encargaron de redactar un nuevo texto constitucional para reemplazar la Constitución Política de 1979. Como es lógico suponer, la Constitución elaborada por los miembros del CCD, y que resulta ser la Constitución que desde 1993 rige en nuestro país, ha sido cuestionada por diversos sectores, que consideran que sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, y que en su origen no puede ser considerada un documento legítimo.

Por esta razón, durante el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, mediante el Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, designándose a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.º 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001, la que nombró como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, al entonces Ministro de Justicia Diego García Sayán, y el reconocido constitucionalista Domingo García Belaunde⁽¹⁾. La Comisión presentó su propuesta el 15 de julio del mismo año, en base a la cual se publi-

⁽¹⁾ La Comisión estuvo integrada además por distinguidos constitucionalistas, miembros de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional: Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Enrique Bernales Ballesteros, Ernesto Blume Fortini, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Magdiel González Ojeda, César Landa Arroyo, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, César Valega García; y otros destacados profesionales y miembros del Congreso. Tuvo como finalidad proponer tres puntos concretos: a) Las normas constitucionales que podrían ser reformadas; b) Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas; y, c) El procedimiento para desarrollar los reformas constitucionales propuestas.

có el texto denominado Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (texto para el debate), publicado el 5 de abril de 2002.

Asimismo, mediante Ley 27600 del 15 de diciembre del 2001, se encargó a la Comisión de Constitución del Congreso de la República, la elaboración del Proyecto de Ley de reforma integral de la Constitución Política del Estado, el que se elaboró a partir del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución antes indicado, siendo publicado conjuntamente con tres tomos del debate público realizado. Encontrándose el Congreso en pleno debate de los artículos que debían ser aprobados, decidió no continuar con este proceso, pese a que el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 21 de enero del 2002, publicada en mayo del presente año, declaró infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cuzco.

Es necesario indicar, que de conformidad con el artículo 203 de nuestra Constitución Política, los Colegios profesionales están legitimados para interponer acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. El Colegio de Abogados del Cuzco desde un inicio cuestionó la Ley 27600, tomando como uno de sus cuestionamientos centrales que su artículo 2, establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, tarea que le corresponde a una Asamblea Constituyente, y no aun poder constituido. Es por ello, que en uso de la legitimación activa conferida interpusieron la acción, por considerar que la citada Ley contravenía la Constitución tanto en su aspecto formal como material.

No obstante que el Congreso por el mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional podía llevar a cabo una reforma integral de la Constitución vigente, lo que en efecto venía haciendo, decidió suspender el debate por razones de oportunidad política. Efectuamos esta afirmación, toda vez que conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, el Proyecto a aprobarse debería de basarse en la Constitución histórica del país, implícitamente debería restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979, y además el proceso debería culminar con el referéndum ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución, consulta ciudadana que dado el momento que se vivía permitía vislumbrar un resultado negativo, con el costo político que dicha repuesta representaría para un Poder elegido por el propio pueblo.⁽²⁾

⁽²⁾ Sobre la sentencia en mención, ver: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: "Análisis crítico de la sentencia emitida sobre la Ley de Reforma Total de la Constitución". En:

Teniendo en cuenta el Proyecto y Anteproyecto antes indicados, el contexto en el cual se suspendió el proceso de reforma constitucional, el planteamiento del actual Presidente del Poder Judicial, doctor Hugo Sivina Hurtado en su discurso de Apertura del año judicial sobre la necesidad de refundar el Poder Judicial, y las propuestas del Poder Ejecutivo enunciadas el 28 de julio del año en curso, en el discurso a la Nación, es que se analizará lo relativo al Poder Judicial y el Proceso de reforma constitucional, ya que al haberse paralizado este proceso se alzan nuevas voces, en el sentido de que debe procederse a una reforma parcial de la Constitución, en lo concerniente al Poder Judicial y sus relaciones con el denominado Sistema de Administración de Justicia.

1. Regulación constitucional del Poder Judicial: Principios, funciones y organización

La vigente Constitución regula lo relativo al Poder Judicial en los artículos 138 al 149. De manera suscinta se enunciará lo que estos dispositivos contienen, con la única finalidad de que se comprenda la manera como el denominado Congreso Constituyente concibió a este Poder del Estado. Luego al analizar las propuestas contenidas tanto en el Proyecto de Ley de reforma integral de la Constitución Política del Estado, como del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (en adelante Proyecto y Anteproyecto respectivamente), estaremos en condiciones de afirmar si son positivas o no, a la vez que indicaremos los aspectos que deben ser considerados en una nueva Constitución o en una reforma parcial de la misma.

El artículo 138 contiene la clásica fórmula de que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos, los que tienen una estructura jerárquica, potestad que se debe de ejercer de conformidad con los dispositivos constitucionales y las leyes. Artículo que debe ser concordado con los numerales 143 y 144, que establecen como máximo órgano jurisdiccional a la Corte Suprema de Justicia, integrada por los Vocales Supremos que reunidos en Sala Plena, constituye el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.

El segundo párrafo del artículo 138, consagra el control difuso de constitucionalidad, basado en dos grandes principios que la Constitución establece en el artículo 51: Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. En Perú, siguiendo a nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde, tiene un Submodelo de control de constitucionalidad, que él denomina Dual o Paralelo, lo que significa que la fórmula por la que hemos optado, toma de los dos modelos imperantes de control de constitucionalidad originarios: el norteamericano o difuso, encargado a todos los jueces; y el europeo o concentrado, encargado a un órgano especializado, *ad hoc*, que en la mayoría de países que han optado por este sistema reciben la denominación de Tribunales o Cortes Constitucionales.

El artículo 139 contiene un largo enunciado, de los denominados Principios y derechos de la función jurisdiccional, entre ellos: unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la publicidad de los procesos, la motivación escrita de las resoluciones, la pluralidad de la instancia, el derecho de defensa, la cosa juzgada, entre otros, muchos de los cuales se encontraban consagrados en el artículo 233 de la Constitución de 1979, bajo la denominación de Garantías de la Administración de Justicia.

Es preciso hacer mención, que el artículo 233 de la indicada Constitución, tomó como base lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra un listado de derechos humanos que se hacen valer en el ámbito judicial, de allí el rótulo que tienen en este tratado: Garantías judiciales. Sin embargo, debido al gran avance de los derechos humanos, y a la doctrina emitida por los dos órganos supranacionales de protección del sistema interamericano, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, las denominadas garantías judiciales, se hacen extensivas a todo tipo de procesos, en los cuales haya afectación de derechos, y deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

En el artículo 140 se regula lo relativo a la pena de muerte⁽³⁾, pena máxima en nuestro ordenamiento, que sólo puede aplicarse por el delito de tra-

⁽³⁾ En nuestro Constitucionalismo, la pena de muerte ha tenido un tratamiento que no ha sido uniforme. Así, las Constituciones de 1856 (art. 16) y de 1867 (art. 15) prohibieron la

ción a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada. Respecto a este artículo, se debe precisar que desde que se promulgó la Constitución vigente, no se ha dado la ley de desarrollo constitucional, y solo se ha aplicado como pena máxima la cadena perpetua. Por el contrario, respecto a este dispositivo constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva OC 14/94 del 9 de diciembre de 1994, referida a la interpretación del artículo 4 párrafo 2 *in fine* y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽⁴⁾, estableciendo lo siguiente:

- La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.
- El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.⁽⁵⁾

pena de muerte, a la vez que proclamaron la inviolabilidad de la vida humana. Como ejemplo de modelo restrictivo podemos citar a la Constitución de 1869 (art. 16) que la aceptó solo para el caso de homicidio calificado; y la de 1920 (art. 21) que la extendió además del delito de homicidio calificado para el delito de traición a la patria en los casos que determine la ley. La Constitución de 1933 instauró un modelo que permitió extender la pena de muerte a cualquier delito, pues el art. 54 establecía: "*La pena de muerte se impondrá por los delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley*". La Constitución de 1979 (art. 235) vuelve al modelo restrictivo, pues quedó limitada a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Esta es la razón por la cual, el Código penal vigente (de 1991) no consigna la pena capital en el listado de penas a imponer.

⁽⁴⁾ Ante la solicitud formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 8 de noviembre de 1993.

⁽⁵⁾ Resultando evidente que el artículo 140 de la Constitución contravenía lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: "*En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente*".

El artículo 141, establece que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley, máximo órgano jurisdiccional, que también es competente para conocer en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones del artículo 173, con lo cual esta facultad sólo queda limitada a los casos en que la jurisdicción militar imponga la pena de muerte, lo que implica que es una disposición que no podrá efectivizarse, teniendo en cuenta la opinión consultiva antes mencionada. Esta situación genera indefensión en algunos condenados por la jurisdicción militar, toda vez que lo resuelto por ésta no podrá ser casado por la jurisdicción ordinaria, pese al gran elenco de penas que establece el Código de Justicia Militar en el artículo 26, en contraposición a otros ordenamientos jurídicos que admiten que toda sentencia final emitida por los jueces militares debe ser apelable ante la jurisdicción ordinaria.

El artículo 142 establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces. Sin embargo, el Poder Judicial ha admitido acciones de amparo en contra del segundo órgano constitucional y en vía de recurso extraordinario⁽⁶⁾, el Tribunal Constitucional inclusive ha declarado fundadas algunas de éstas.

El artículo 145 regula en forma incipiente lo relativo a la autonomía económica del Poder Judicial. En efecto, este artículo dispone: ‘*El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso*’; a diferencia de lo regulado en el artículo 79, que otorga autonomía económica al Congreso.⁽⁷⁾ En realidad, uno de los mayores problemas por los que atraviesa el Poder Judicial, es la falta de recursos, carencia que determina un inadecuado número de Magistrados y personal auxiliar con la consecuencia del retardo en la tramitación de los procesos, infraestructura obsoleta, etc., cons-

⁽⁶⁾ De conformidad con la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo; y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en primera y segunda instancia conoce de las acciones de garantía que consagra la Constitución, el Poder Judicial; y en recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional.

⁽⁷⁾ Art. 79 de la Constitución Política de 1993: ‘*Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto*’.

tituyendo uno de los reclamos permanentes por parte de los integrantes de este Poder del Estado; y que los diferentes gobiernos no han resuelto pese a los justos reclamos de la colectividad por una justicia pronta y eficaz.

Por su parte el artículo 146, regula los derechos e incompatibilidades de los magistrados, mientras que el artículo 147 establece los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema. El artículo 148, se refiere a la acción contencioso administrativa, estableciéndose que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de esta acción ante el Poder Judicial, acción que se encuentra regulada por la Ley 27584, de fecha 07 de diciembre del 2001.⁽⁸⁾ Finalmente, el artículo 149 otorga función jurisdiccional a las Comunidades Campesinas y nativas, conforme a las reglas del derecho consuetudinario, con la condición de que no violen los derechos fundamentales de la persona. Se deja a la ley respectiva, la regulación de las formas de coordinación de esta jurisdicción con los Juzgados de Paz.

2. Propuesta de reforma constitucional del Poder Judicial

Frente a la regulación constitucional del Poder Judicial antes mencionada, el Proyecto de Ley de reforma integral de la Constitución Política del Estado así como el Anteproyecto respectivo, contemplan una regulación que a nuestro criterio contiene aspectos positivos en comparación a la Constitución vigente, conforme veremos a continuación.

2.1. Unidad y Exclusividad de la Función Jurisdiccional

Si bien ambos documentos, empiezan el Capítulo relativo al Poder Judicial con el enunciado ‘*La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial...*’, es preciso acotar que el Anteproyecto consagra esta función en forma exclusiva al Poder Judicial, mientras que el Proyecto agrega ‘...y por aquellos organismos que la Constitución faculta, de conformidad con esta, sus leyes orgánicas y demás leyes ...’⁽⁹⁾

⁽⁸⁾ Ver: RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito: *Manual del Proceso Contencioso Administrativo*, Grijley, Lima, 2002.

⁽⁹⁾ Ver artículos 189 y 214 del Proyecto y Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución respectivamente.

La segunda opción es la correcta, pues resulta evidente que al haberse consagrado en nuestro ordenamiento, los dos modelos de control de constitucionalidad: el difuso y el concentrado, además del Poder Judicial, el otro órgano que ejerce jurisdicción y dice el derecho con carácter de cosa juzgada, resulta ser el Tribunal Constitucional. Y es que ambos sistemas coexisten en forma independiente, situación que se presenta desde 1979, pues la Constitución de dicho año, inauguró el sistema de control concentrado de la constitucionalidad y elevó a rango constitucional el control difuso, tendencia que continúa en la vigente Constitución, según lo dispuesto en los artículos 138 y 201; y que continuará según los dos documentos que se analizan.

Además, resulta pertinente que en ambos documentos, luego de establecer la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, se reconozca la aplicación del derecho consuetudinario por parte de las comunidades y rondas campesinas, repitiéndose la fórmula prevista en la vigente Constitución, de que ésta se aplica en la medida en que se respeten los derechos fundamentales.

En conexión con la potestad de impartir justicia, aparecen los artículos 200 y 226 del Proyecto y Anteproyecto, que otorgan un reconocimiento constitucional a las formas no jurisdiccionales de solución de conflictos, como la conciliación, la negociación y el arbitraje. De este modo, se trata de corregir la incongruencia que aparece en el actual Texto Constitucional, que establece en el artículo 139, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pero en el párrafo siguiente consagra como excepciones, la jurisdicción militar y la arbitral. Es quizás en el tema de la jurisdicción militar, donde se presenta una innovación, que estimamos muy positiva, como veremos a continuación.

2.2. Jueces Militares.- Competencia especializada del Poder Judicial

Si bien el artículo 139 inc. 1 de la Constitución vigente, otorga un reconocimiento excepcional a la jurisdicción militar, el artículo 173 establece que su competencia se extiende a los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en caso de delito de función. La citada disposición hace mención “al fuero respectivo”; y que sus miembros, se rigen por el Código de Justicia de Militar. Esto implica que cada instituto armado tiene su propia “Zona Judicial”, y en algunos casos el proceso puede culminar ante el único órgano

jurisdiccional de instancia superior: El Consejo Supremo de Justicia Militar⁽¹⁰⁾. Norma que establece como excepción, que esta jurisdicción es competente para sancionar a los civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en los casos que la ley determine. La norma habilita también la competencia de la jurisdicción militar para el caso de civiles que infrinjan el servicio militar obligatorio, servicio que a la fecha es parcialmente voluntario.

Como quiera que el artículo 173, nos dice “En caso de delito de función”, estamos ante una fórmula abierta, que debiera haber sido adecuadamente desarrollada por el legislador ordinario, lo que hasta la fecha no ha ocurrido. En tal sentido, para determinar si se trata de un delito de función, se tiene que recurrir al Código de Justicia Militar, norma vigente pero pre-constitucional, ya que fue aprobado por Decreto Ley N° 23214, del 26 de julio de 1980^l. En su artículo 2 establece que se consideran delitos y faltas las infracciones previstas en este Código, norma que para ser debidamente entendida requiere ser concordada con otras del citado texto, entre ellas el artículo 320 que establece: *“Por razón del delito, la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y, en general de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentra al servicio del Estado, por infracciones en este Código”*.

Como se advierte, las dos disposiciones establecen un criterio formal, que no aportan ningún criterio sustantivo, más aun si varios delitos que se tipifican en el Código de Justicia Militar y pueden ser cometidos por militares, también se encuentran previstos en el Código Penal. Por ello, habrá que recurrir además al artículo 324, que establece un criterio personal, en el cual el elemento que define el delito de función es la condición de militar o policía. Si bien se requiere que el delito se cometa en acto de servicio, este concepto ha sido al que se ha recurrido en muchas oportunidades por la jurisdicción ordinaria para determinar la competencia de los jueces de la jurisdicción militar. Otra norma a la que se recurre es el artículo 326, que establece el criterio “Por razón del lugar”,

⁽¹⁰⁾ Sobre este tema, ver: ETO CRUZ, Gerardo, LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”. En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997, págs. 353 a 463.

por el cual se limita la competencia de la jurisdicción militar a los delitos que se cometen en lugares estrictamente militares. Y finalmente, recurrimos al artículo 327, que establece el criterio “Por razón del estado de guerra”.

Con criterios de este tipo, que no establecen en forma adecuada el concepto de delito de función, era de esperarse que se suscitaran conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Un ejemplo lo constituye la Ley N° 26926 que incorporó al Código Penal vigente, el Título XIV-A denominados Delitos contra la Humanidad, en el cual se tipifica en los artículos 321 y 322, el delito de tortura⁽¹¹⁾. Norma que además de la tipificación de estos delitos que afectan gravemente los derechos humanos, también contiene aspectos procesales. Así el artículo 5 establece que el delito de tortura, debe ser tratado en la vía del proceso ordinario, lo que determina que se trata de un delito común cuya competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria. Empero, no obstante esta disposición, los jueces militar en diversos casos han asumido una competencia que no les corresponde⁽¹²⁾, iniciándose dos procesos paralelos en ambas jurisdicciones, lo que genera diversos problemas, como pedidos de remisión de actuados de los Fiscales Provinciales a los jueces militares, pedidos de declinatoria de jurisdicción, y otros; y que trae como consecuencia la afectación a los derechos que integran el debido proceso.

Problemas que se suscitan porque como ya hemos referido, en el Código de Justicia Militar, actos que constituyen verdaderas violaciones a los derechos humanos y que se encuentran tipificados como “Delitos contra la Humanidad” en el Código penal, aparecen tipificados como Delitos contra los deberes de función y de las infracciones en el ejercicio de mando o autoridad⁽¹³⁾,

⁽¹¹⁾ En el Código penal español de 1995, también se encuentra tipificado el delito de tortura, así como el trato degradante, en el Título VII denominado “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En tal sentido, el legislador español teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 15 de su Constitución ha tipificado tanto la tortura como los tratos degradantes, con la finalidad de brindar una protección efectiva a los atentados contra la integridad física y moral de las personas. Al respecto ver: QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ra. Edición, J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996.

⁽¹²⁾ Como ejemplo se cita el caso Burt Howard Chavarri Castillo, en que el Juzgado Permanente del Ejército de la II Zona Judicial de Lima, abrió proceso contra el Subteniente EP Carlos Miñope Raffo, por el delito de abuso de autoridad.

⁽¹³⁾ Ver artículos 180 y 181 del Código de Justicia Militar.

(Sección VI del Título I denominado “Del abuso de autoridad”); y porque no hay una clara la definición de lo que se debe entender por “delito de función”.

En tal sentido, las propuestas del Proyecto y Anteproyecto de Reforma, contenidas en los artículos 201 y 227, constituyen una innovación positiva, pues ambos de manera similar, establecen que los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, se encuentra bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. Además restringen de manera absoluta su competencia a los civiles; y establecen que corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares.

Mientras no se reforme la Constitución en este aspecto, o se modifique el Código de Justicia Militar, y no se interprete en forma restrictiva sus disposiciones, proponemos se opte por una definición restrictiva de delito de función, con la finalidad de evitar conflictos innecesarios entre las dos jurisdicciones, y en especial respetar los derechos de los justiciables y de este modo la vigencia del Estado de Derecho.

Para ello recurrimos a la doctrina y la jurisprudencia de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos. En cuanto a la primera, citamos a Bidart Campos, para quien “... delitos militares son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales⁽¹⁴⁾. Fernández Segado, partiendo de un análisis de la Constitución española y de la doctrina del Tribunal Constitucional español, sostiene que la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de los delitos estrictamente castrenses, concepto que debe tener en cuenta la naturaleza del delito cometido; bien jurídico a los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y condición militar del sujeto activo del delito⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ BIDART CAMPOS, Germán. “El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina”. En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997, págs. 37 a 58, en concreto pág. 49.

⁽¹⁵⁾ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”. En: BIDART CAMPOS, Germán

En nuestro medio, César San Martín sostiene una tesis parecida: “La índole del deber violado es, pues, central para determinar su un comportamiento determinado es común o militar. Si el deber es común o genérico, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección”⁽¹⁶⁾, agregando que “... las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Éstas se encuentran precisadas en los arts. 165°, 166°, 168° y 170° de la Constitución”

Apreciaciones correctas y que además encuentran sustento en la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional supranacional que respecto a los tribunales militares ha sostenido:

“... en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁽¹⁷⁾.

Por otro lado, esta es la tendencia que viene asumiendo el Tribunal Constitucional al considerar que se trata de una justicia de excepción, y como tal debe aplicarse en forma restrictiva a los militares en actividad que cometan delitos que afecten bienes jurídicos castrenses⁽¹⁸⁾, tendencia que se evidencia aun más en lo resuelto por el órgano de control de la Constitu-

y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997, págs. 131 a 232, en concreto pág. 158.

⁽¹⁶⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Grijley, Lima, 1999, págs. 104-105.

⁽¹⁷⁾ Caso Durand y Ugarte contra Perú, párrafo 117; y Caso Cantoral Benavides contra Perú, párrafo 113.

⁽¹⁸⁾ Ver sentencias recaídas en los Expedientes. Nos. 757-1999-HC/TC, N° 2302-2002-HC/TC, 0028-2003-HC/TC y 1154-2002-HC/TC. Y numeral 151 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29 de setiembre de 1999. Caso Cesti Hurtado contra Perú.

ción, en la sentencia del 31 de enero del 2003, recaída en la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra los Decretos Leyes que regulan la materia antiterrorista, en la cual teniendo en cuenta los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sienta su posición en lo relativo al juzgamiento de civiles por los jueces militares, en los términos siguientes:

Numeral 102.- “*El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural*”.

Agregando en el numeral 107.- “*Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermenéutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173º de la Constitución a la referida Convención*”.

2.3. De las funciones de los órganos jurisdiccionales

Los dos textos que se vienen analizando, consagran en seis incisos las funciones de los órganos jurisdiccionales (artículos 191 del Proyecto y 217 del Anteproyecto), que en realidad son las que actualmente desempeñan los Jueces del Perú, pero en esta oportunidad de manera sistemática se consignan con rango constitucional. Para entender el tema es preciso consignarlas:

- La tutela de los derechos fundamentales.
- La tutela de los derechos subjetivos.
- El control de las conductas punibles.
- El control de la legalidad de la actuación administrativa.
- El control de la potestad reglamentaria.
- El control difuso de la constitucionalidad de las normas.

En cuanto a la tutela de los derechos subjetivos y el control de las conductas punibles, se trata de las clásicas funciones que ha cumplido y cumple el Poder Judicial; sin embargo, en el tema de la tutela de los derechos fundamentales es preciso indicar que fue la libertad personal, la primera en encontrar tutela a través del Hábeas Corpus, tarea que desde un primer instante se asignó a los jueces como corresponde, al ser éstos los primeros garantes de la

libertad. En efecto este mecanismo procesal de defensa de la libertad y derechos conexos, ingresó a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley del 21 de octubre de 1987, adquiriendo rango constitucional en 1920.⁽¹⁹⁾

Los otros mecanismos procesales de la libertad, han tenido un desarrollo distinto, así el Amparo fue introducido en la Constitución de 1979 y el Hábeas Data en la Constitución de 1993, encargándose desde un inicio a los miembros del Poder Judicial la tramitación de estos procesos y por ende la defensa de los derechos fundamentales. Al introducirse en la Constitución de 1979 el Tribunal de Garantías Constitucionales, –denominado Tribunal Constitucional en la Constitución vigente–, se establece una jurisdicción compartida entre el Poder Judicial y este órgano constitucional, resultando competentes los jueces del Poder Judicial para conocer en primera y segunda instancia lo relativo a los procesos que tutelan los derechos fundamentales; y al Tribunal Constitucional en recurso extraordinario, si la pretensión es desfavorable al accionante. Con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se agota la vía interna, quedando expedita la vía de la jurisdicción supranacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 205 de la Constitución.⁽²⁰⁾

El control de la legalidad de la actuación administrativa, la efectúa el Poder Judicial a través del proceso contencioso-administrativo, mientras que el control de la potestad reglamentaria la realiza a través de la acción popular. Fue la Constitución de 1933, la que consagró un control de constitucionalidad de normas con menor rango de ley, en forma concentrada, en el artículo 133:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad

⁽¹⁹⁾ La Ley del 24 de octubre de 1897 reglamentó el artículo 18 de la Constitución de 1860. En la Constitución de 1920, fue regulado en el artículo 24, último párrafo. Sobre el tema del Hábeas Corpus consultar las dos obras de GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El Habeas Corpus interpretado* (1971) y *El Habeas Corpus en el Perú* (1979); y los diversos artículos que sobre este mecanismo procesal ha escrito en revistas peruanas y extranjeras.

⁽²⁰⁾ Sobre el artículo 205, Ver. VALLE RIESTRA, Javier: *La Jurisdicción Supranacional*, Editorial Arte Gráfica J.V.G., 2da. Ed. Lima, 2000; y CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes: “Jurisdicción Supranacional”. En: *Derecho Procesal Constitucional*, Susana Castañeda Otsu, Coordinadora, Jurista Editores, Lima, 2003, págs. 481 a 533.

política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

Disposición constitucional que fue desarrollada a través del Decreto Ley N° 14605 del 25 de julio de 1963, Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 7º del siguiente modo:

“La acción que concede el art. 133º de la Constitución se ejercitara ante el Poder Judicial y se substanciará por la vía ordinaria como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado”.

La acción popular desde 1933 hasta el año en curso, continúa siendo una atribución exclusiva del Poder Judicial, conforme lo estableció el artículo 295 de la Constitución de 1979 y el artículo 200 inc. 5 de la Constitución vigente. La Ley 24968, Ley Procesal de la Acción Popular, del 20 de diciembre de 1988 regula esta acción, advirtiéndose que al igual que la Ley 23506, que regula el Hábeas Corpus y el Amparo, constituyen normas pre constitucionales, por la omisión del legislador de regular un aspecto tan importante como el control de la constitucionalidad y legalidad de normas infraconstitucionales y la defensa de los derechos fundamentales.

Constituye un mecanismo importante de control de constitucionalidad y de legalidad de las normas con menor rango de ley y de control de las facultades normativas, especialmente del Poder Ejecutivo, pues la Constitución en el artículo 118 inc. 8 otorga al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Pese a la diversidad de normas infralegales incompatibles con la Constitución o con las leyes, tanto en el aspecto material como formal, y la amplia legitimación procesal activa concedida, no es utilizada frecuentemente.

Finalmente, otra de las funciones que se encarga a los órganos jurisdiccionales es el control difuso de la constitucionalidad de las normas. El artículo 198 del Proyecto, así como el artículo 223 del Anteproyecto, nuevamente inciden sobre este control judicial, repitiendo la fórmula del artículo 138 segundo párrafo de la Constitución vigente. Sobre este control, debemos considerar que el artículo 10 de la Constitución de 1856, estableció: *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes”*. El Código Civil de 1936 recogió en términos similares esta función de inaplicación de las normas por parte de los miembros del

Poder Judicial. Así el artículo XXII establecía: “*Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera*”, norma que fue desarrollada por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605.

Tema que a nivel constitucional nuevamente fue retomado por los Asambleístas de 1978-79. Inicialmente, la Subcomisión del Poder Judicial había aprobado el siguiente texto: “*Cuando un Juez o Tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional*”. Se establecía de este modo la figura del control de constitucionalidad en vía indirecta o de excepción, que realizan algunos Tribunales Constitucionales en Europa, donde el Juez no está facultado para inaplicar en un caso concreto una norma tachada de inconstitucional, como es el caso de España, en que presentada una incidencia en que se discute la constitucionalidad de una norma de cuya validez depende el fallo, las partes pueden deducir una cuestión de inconstitucionalidad, tarea que también le compete al propio Juez de oficio.

No se optó por esta figura, correspondiendo al asambleísta Javier Valle Riestra, la propuesta en el sentido de que debía mantenerse la norma que un juez debe preferir la norma constitucional a la legal ⁽²¹⁾. Propuesta que fue la que finalmente se incorpora en la Constitución de 1979 en el artículo 236, que consagra el control difuso, que faculta a los jueces a inaplicar una norma por causal de inconstitucionalidad o ilegalidad con la siguiente fórmula:

“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

Disposición que en términos similares se mantiene en el artículo 138 de la Constitución vigente y en los dos textos ya mencionados⁽²²⁾. Este control de constitucionalidad otorgado a los jueces, ciertamente no es muy utilizado, motivo por el cual son cuestionados; y en algunas oportunidades en que ha

⁽²¹⁾ COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). Diario de Debates, Lima, Editora Atlántida S.A., 1985, Tomo III, pág. 243.

⁽²²⁾ Sobre el tema, ver: BLUME FORTINI, Ernesto: “El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 50, Lima, diciembre de 1996.

sido aplicado, la respuesta de los otros Poderes del Estado e inclusive del superior jerárquico ha sido negativa. Un ejemplo lo constituye la inaplicación vía control difuso del artículo primero de la Ley 26479⁽²³⁾ que concedió amnistía general al Personal Militar, Policial y Civil que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado y condenado por delitos comunes o militares en los Fueros Común o Privativo Militar respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieren haber sido cometidos en forma individual o en grupo, desde mayo de mil novecientos ochenta hasta la fecha de la promulgación de Ley.

Resolución que por mayoría fue declarada nula y en consecuencia aplicable el artículo primero de la citada Ley, y en la cual se ordenó remitir copias de los folios pertinentes al Organismo respectivo, a efecto de que se determine la responsabilidad de la Juez, pues a criterio del Colegiado había hecho citas erradas que no correspondían al texto de donde afirmó emanaban, dejando constancia la Vocal que emitió el voto minoritario, que no resultaba claro si se trataba de la comisión de un delito o de una responsabilidad funcional en el desempeño de las funciones de la *a quo*.⁽²⁴⁾ Al declarar la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, infundada la queja interpuesta por los agraviados, recurrieron al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, emitiéndose sentencia contra el Estado peruano⁽²⁵⁾.

2.4. Zonas exentas de control judicial

Luego de enumerar las funciones de los órganos jurisdiccionales, el Proyecto en un párrafo siguiente, agrega “*Sólo quedan fuera del control jurisdiccional las materias y competencias que la Constitución así lo disponga*”. En cambio el Antepro-

⁽²³⁾ Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Exp. N° 9395, Lima, 16 de junio de 1995, emitida por la Juez Antonia Saquicuray Sánchez.

⁽²⁴⁾ Resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. 424-95, del 14 de julio de 1995. Voto mayoritario de los Vocales Castillo Dávila y Hurtado Herrera; y minoritario de la Vocal Luisa Napa Lévano.

⁽²⁵⁾ Queja N° 1234-95, resolución del 13 de octubre de 1995. Sala Penal integrada por los Vocales Supremos Iberico Mas, Montes de Oca Begazo, Almenara Bryson, Sánchez Palacios Paiva y Villafuerte Bayes. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de noviembre de 2001, Caso Chumbipuma Aguirre contra Perú (Caso Barrios Altos).

yecto regula en el artículo 225, esta temática en los mismos términos, bajo el rubro de materias no justiciables. Sobre este tema, la tendencia en ambos documentos, es establecer zonas exentas de control judicial tratándose del nombramiento de jueces y fiscales por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 216 inc. 1, y 242 inc. 1); y de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (artículos 236 y 265 respectivamente). De este modo sigue en forma parcial lo establecido en el artículo 142 de la Constitución vigente, con la diferencia que ya no se menciona el proceso de ratificación de jueces.

Estas exclusión obedece a que en ambos documentos, ya no se contempla como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, la ratificación de jueces y fiscales, prevista en el artículo 154 inc. 2 de la vigente Constitución. Según esta norma, cada 7 años el citado Consejo ratificará a los jueces y fiscales de todos los niveles, estableciéndose que los no ratificados, no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Efectuando una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales, podemos concluir que esta norma colisiona con la prevista en el artículo 146 de la Constitución, que garantiza la permanencia de los jueces en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de la función.

A nuestro criterio constituye un aspecto positivo la eliminación del proceso de ratificación de magistrados, compartiendo la fórmula adoptada por el Proyecto y Anteproyecto, en el sentido de que el control disciplinario de los magistrados corresponderá al Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 216 y 242 inciso 2 de ambos textos), fórmula que resulta congruente con el derecho de los magistrados a permanecer en el cargo, más aun si se articula un amparo directo ante el Tribunal Constitucional si se produce la afectación a la tutela procesal efectiva o al debido proceso, en el proceso administrativo disciplinario sancionador a cargo de este órgano constitucional autónomo.

2.5. Derechos de los Jueces

Resulta indiscutible el rol que dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho corresponde desempeñar al Juez, como garante de la libertad y de los derechos que la Constitución enuncia y garantiza, Juez que solo debe estar sometido a la Constitución y a la ley, siempre y cuanto ésta se ajuste a los principios y valores que inspiran la Norma Fundamental del Estado. Por tanto, la sujeción a la Constitución y a la ley es un imperativo para los Magistra-

dos del Poder Judicial y del Ministerio Público, y para lograrlo la independencia es un requisito esencial. Por ello, Claus Roxin, sostiene que “El cargo de custodio de la ley del Ministerio Público y, con ese límite, como el juez, su exclusiva orientación al valor jurídico, tienen por consecuencia que los fiscales tengan la misma independencia que le corresponde también al juez”⁽²⁶⁾.

Independencia que requiere de una serie de medidas, como: a) Condiciones necesarias para el ejercicio de la función, b) incapacidades, c) incompatibilidades, d) prohibiciones, e) inamovilidad⁽²⁷⁾; y, f) establecimiento de sus derechos para hacer frente a las ingerencias internas –no sumisión a tribunales superiores–; y externas –no sumisión a entidad alguna–.

En cuanto a los derechos de los jueces, tanto el Proyecto como el Anteproyecto, han denominado garantías a los que en realidad constituyen derechos de los jueces. En forma similar establecen como tales, la independencia en el desempeño de la función jurisdiccional, la inamovilidad en sus cargos, la permanencia en el servicio, sin perjuicio de la pérdida del cargo por razones penales o disciplinarias, una remuneración que les asegura un nivel de vida digno de su misión y jerarquía; y mantener la especialidad jurídica en el desempeño de su función.

Los cuatro primeros derechos ya se encuentran consagrados en el artículo 146 de la Constitución que nos rige, y la innovación lo constituye lo relativo a la especialidad, derecho último que con los primeros se encuentran establecidos en los artículos 186 y 190 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resultando conveniente que continúen en la Norma Fundamental, pues de este modo los jueces podrán recurrir a los mecanismos procesales previstos en la Constitución, específicamente el amparo, en caso de violación de los derechos consagrados en ella.

Si bien se establece como derecho la permanencia en el cargo, es necesario que a nivel constitucional, se fije como límite setenta años de edad. Pro-

⁽²⁶⁾ ROXIN, Claus: “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”. En: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Compilador Julio B. J. Maier, 1era. Ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 49.

⁽²⁷⁾ Consistente en el derecho de los magistrados a no ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados sino por alguna de las causas prevista en la ley; y con sujeción a un debido proceso.

puesta que tiene como sustento el trato discriminatorio que se viene dando actualmente, pues en mérito a lo dispuesto por la Octava Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623, algunos Magistrados Supremos pueden permanecer en el cargo hasta los 75 años⁽²⁸⁾. Posteriormente se dio la Ley N° 27367, cuya Segunda Disposición Final establece: “*Los Vocales Supremos y Fiscales Supremos cesan definitivamente al cumplir los setenta años. Esta disposición se aplicará a los magistrados que ingresen al Poder Judicial y al Ministerio Público con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley*”. Lo que significa que en el Poder Judicial hay un grupo de Vocales Supremos que cesarán a los 75 años y otros que cesarán a los 70 años, que serán aquellos que ingresaron a partir del 07 de noviembre de 2000. Y en el caso de los grados inferiores, aplicando el artículo 245 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el Decreto Legislativo N° 276, los Magistrados permanecen en el cargo hasta los 70 años.

Además, se garantiza cualquier tipo de interferencia de parte de los otros Poderes del Estado, o de conveniencia política de los gobiernos de turno. En el país se han dado casos de interferencia, recurriendo a criterios como los de la edad o procesos de ratificación, efectuados por las más altas jerarquías de la Institución. Es más, recientemente se ha presentado el Proyecto de Ley N° 7815, que establece la edad máxima para el cese definitivo de los Jueces, Fiscales y Miembros del Consejo de la Magistratura en sesentacincos años, consignándose como uno de sus fundamentos en la Exposición de Motivos, que forma parte de la estrategia de la reforma del Estado orientada a garantizar una administración moderna, ágil, laboriosa, eficiente y eficaz, objetivo que requiere de un dinamismo que lamentablemente, se dificulta más allá de cierta edad. Ciertamente, huelgan los comentarios respecto a esta propuesta, pero que pone de manifiesto los riesgos de no consagrar con rango constitucional el límite de edad de los jueces.

⁽²⁸⁾ Octava Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623: “*Los Vocales Supremos y Fiscales Supremos cesan definitivamente al cumplir setenta y cinco años de edad. La incorporación o reincorporación sólo podrá, hacerse hasta los sesenta años de edad*”, disposición que fue posteriormente modificada por el Artículo Único de la Ley N° 27175 del 22 de septiembre de 1999, en los términos siguientes: “*Los Vocales Supremos y Fiscales Supremos, cesan definitivamente al cumplir setenta y cinco años de edad. La incorporación o reincorporación sólo podrá hacerse hasta los sesenta años de edad, salvo el caso de los Magistrados Superiores Titulares en actividad..»*

2.6. Requisitos para ser Juez de la Corte Suprema

Respecto a los requisitos, se encuentran previstos en el artículo 195 del Proyecto y 220 del Anteproyecto. En relación a la Constitución vigente, se adiciona el requisito de: Tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos humanos⁽²⁹⁾. La diferencia entre ambos documentos, es que el Proyecto deja a la ley la regulación de los otros requisitos que deben reunir los magistrados, según la instancia a la que pertenecerán, optando el Anteproyecto por una fórmula similar a la previsto en el artículo 147 de la actual Constitución.

Consideramos que resulta conveniente que los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema estén consagrados en la Constitución. Sin embargo, no compartimos el criterio establecido en cuanto al requisito: *'Haber sido juez del grado inmediatamente inferior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años'*, que también establece el artículo 147 de la actual Constitución. Discrepamos con esta disposición, porque resulta irrazonable e injusta, y en su aplicación se han producido situaciones desfavorables, resultando que en mejores condiciones se encontraría un abogado o un profesor universitario con solo 15 años de ejercicio, respecto de un magistrado que por ejemplo, puede tener 12 años de abogado en ejercicio o de docencia universitaria y 14 años de magistrado, –sumando sus años de desempeño de Juez y Vocal Superior–, es decir, 26 años como abogado según su colegiatura, pero que no cumplen con los dos requisitos que son excluyentes.

Asimismo, esta disposición es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad establecido en la Constitución vigente en el artículo 2 inc. 2, toda vez que para los niveles de primera y segunda instancia, la Ley Orgánica del Poder Judicial permite acumular los años de magistrado a los de abogado, siempre y cuando no se hayan ejercido en forma simultánea. Para ello inclusivo el texto de la Ley fue modificado, incorporándose el artículo 180-A por Ley N° 26717, del 27 de diciembre de 1996.

Por tanto, el requisito esencial para ser magistrado es el ser abogado, pues en nuestro país solo a los abogados les es permitido acceder a la carrera Judi-

⁽²⁹⁾ Requisito que además se exige a los miembros del Tribunal Constitucional, conforme a los artículos 215 y 233 del Proyecto y Anteproyecto respectivamente.

cial o Fiscal, debiendo considerarse que el desempeño del cargo de magistrado es una forma de ejercer la abogacía y que éste jamás pierde su calidad de abogado. Por ello resulta pertinente lo expresado por Roberto Dromi, en el sentido de que “Solo tendremos jueces verdaderos si formamos abogados verdaderos”⁽³⁰⁾

Conectado al tema de los requisitos, debe hacerse mención al rol de la Academia de la Magistratura. Conforme a lo dispuesto por el artículo 151 de la Constitución de 1993, forma parte del Poder Judicial y se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección y también para los efectos del ascenso. El artículo 217 del Proyecto y 245 del Anteproyecto, la regulan en el Capítulo denominado: De las Relaciones entre el Poder Judicial y los demás órganos vinculados a la impartición de justicia, estableciendo que se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales, sin mencionar lo relacionado con la selección y ascenso de magistrados, lo que estimamos sería regulado por Ley Orgánica.

La Academia de la Magistratura para cumplir con el mandato constitucional y su Ley Orgánica, N° 26335, implementó 3 Programas a efectos de la selección y ascenso de los Magistrados: Programa de Formación de Aspirantes, Programa de Formación para el Ascenso y Programa de Actualización y Perfeccionamiento. Los cursos de los 3 Programas se han venido dictando, pero se suscitaron problemas, ya que con el objeto de poner fin a la provisionalidad, mediante Ley N° 27368 del 07 de noviembre de 2000, se dispuso que para efectos del Concurso Nacional para cubrir vacantes en todos los niveles del Poder Judicial y del Ministerio Público, se considere cumplido el requisito si el postulante acredita haber aprobado satisfactoriamente un año de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público; y además se dispuso dictar un curso especial de formación de aspirantes con una duración no mayor de 60 días.

Posteriormente, el Poder Legislativo, sin mayores explicaciones, mediante Ley N° 27466 del 30 de mayo de 2001, derogó las dos disposiciones anteriores, disponiendo: ‘*Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquellos postulantes, que*

⁽³⁰⁾ DROMÍ, Roberto. *Los Jueces ¿Es la justicia un tercio del poder?*, 2da. Ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1993, pág. 245.

hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido", disposición que ha traído como consecuencia una situación discriminatoria para los magistrados de carrera en las Convocatorias para el Concurso Nacional para cubrir vacantes de Jueces y Fiscales en el Poder Judicial y Ministerio Público, pues el Consejo Nacional de la Magistratura ha desestimado su postulación entre tanto no hayan cumplido con el Curso de Ascenso, mientras que los abogados independientes pueden postular sin necesidad de haber cursado estudios previos en la Academia de la Magistratura..

Siguiendo la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, y sin desconocer la autonomía funcional de la Academia de la Magistratura, ésta debe formar parte del Consejo Nacional de la Magistratura y que no se consideren los estudios cursados en ella como requisito previo para acceder a la judicatura⁽³¹⁾. De este modo, la labor de la Academia estará orientada a reforzar la formación de quienes ya han sido seleccionados como Magistrados y a su perfeccionamiento constante, propuesta que resulta razonable, pues no debe invertirse en la formación de discípulos, que quizás nunca tengan la oportunidad de ingresar a la carrera judicial.

2.7. ¿Control disciplinario interno o externo de los Magistrados?

Respecto a la autonomía disciplinaria de los miembros del Poder Judicial, no existe consenso en los sectores relacionados al Poder Judicial y al interior del mismo, sobre el tema. Así, un sector sostiene que es conveniente que el control disciplinario se mantenga al interior del Poder Judicial, porque es una manifestación de la autonomía que se pretende consagrar con rango constitucional, y porque además un control externo le resta poder. En tal sentido, se replantea la composición, funciones y fines del ente encargado del control disciplinario, a cargo de la Oficina de Control de la Magistratura. (OCMA).

La Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 102 al 107, establece el sistema de control, que incluye a los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales. Es dirigida por un Vocal de la Corte Suprema, e integrada por Vocales Superiores y Jueces Especializadas o Mixtos, a dedicación exclusiva. Como se

⁽³¹⁾ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Lima, 2001, pág. 68.

trata de un sistema interno de control, se plantea como cambios la creación de un Tribunal Supremo de Control, integrado por dos Magistrados y un representante de la sociedad civil.

Otra posición, considera que el control disciplinario debe ser externo⁽³²⁾, pues de este modo se mejora la calidad de la imagen, tanto de la Institución como del Juez, al existir críticas en el sentido de que quien controla no puede controlarse asimismo. Se propone, que el Consejo Nacional de la Magistratura sea la entidad que controle a los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; y de este modo, se eliminaría de la Norma Fundamental el proceso de ratificación. En conclusión, esta posición considera que lo más adecuado, dadas las críticas vigentes al sistema de control, que éste sea externo al Poder Judicial, pero con una reestructuración del Consejo Nacional de la Magistratura⁽³³⁾, órgano constitucional que en su nueva estructura debe estar integrado por otro miembro del Poder Judicial, asignándosele el personal administrativo que se requiera para esta nueva función, teniendo en cuenta que se trata de un órgano centralizado, y la tarea de control debe abarcar a todos los Distritos Judiciales del país.

2.8. Órgano de Gobierno del Poder Judicial

En el tema del órgano de gobierno del Poder Judicial, es necesario tener en cuenta las tendencias actuales del Derecho Comparado respecto al autogobierno del Poder Judicial que se ha venido interpretando como una

⁽³²⁾ En el Derecho Constitucional comparado, hay una tendencia de que el control disciplinario sea externo. Como ejemplo tenemos el caso de la Reforma Constitucional argentina de 1994, que siguiendo el modelo español ha conferido el poder disciplinario sobre los Jueces al Consejo de la Magistratura, al igual que la selección (art. 114 inc. 1 y 4), Consejo que según el mandato constitucional será integrado periódicamente, de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, abogados y personas del ámbito académico y científico.

⁽³³⁾ Los miembros de la Comisión sobre la Reforma de la Constitución Política del Estado, designados por el Presidente de este Poder del Estado, doctor Hugo Sivina Hurtado, propusieron que el Consejo Nacional de la Magistratura esté integrado por siete miembros, todos ellos vinculados al Derecho, reforzando la cuota de Vocales Supremos que se eleva a dos. Se tomó como fundamento, la necesidad de contar con un órgano técnico, altamente calificado en materia jurídica, pues a su función de evaluación y selección de jueces y magistrados, tendrá la del control disciplinario.

derivación necesaria del principio de independencia que lo equipara a los otros Poderes del Estado.⁽³⁴⁾ Si bien se habla de autogobierno, la posición mayoritaria entiende que no significa que los órganos de gobierno están conformados en su totalidad por jueces, sino que por el contrario en su conformación hay representantes de los otros Poderes del Estado. Es el caso del Poder Judicial de Italia, cuyo órgano de gobierno está integrado por un total de 30 miembros electivos, de ellos 20 elegidos por la totalidad de los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diversas categorías, y 10 por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras entre catedráticos titulares de universidad en materias jurídicas y abogados con 15 años de ejercicio. Junto a los miembros electivos, forman este órgano, como miembros natos, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo; y preside el Consejo el Presidente de la República.

En la otra tendencia puede citarse el modelo mexicano, que establece en la composición del órgano de gobierno un Consejo de la Judicatura Federal compuesto por 7 miembros: Uno será el Presidente de la Suprema Corte quien también lo será del Consejo; un magistrado de los Tribunales colegiados del circuito, un magistrado de los Tribunales unitarios del circuito y un juez de distrito. Composición de tal Consejo en que no se da ninguna intervención a representante alguno de las asociaciones de abogados y de las facultades y escuelas de Derecho del país, y que es criticada porque se excluye, lo que podría llamarse según el constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa “la democracia profesional y académica”⁽³⁵⁾.

En la Constitución que nos rige, no se encuentra establecido el órgano de gobierno del Poder Judicial, encontrándose regulado en el artículo 81 de la Ley Orgánica respectiva, bajo la denominación de Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, cuyo número de integrantes es inferior a los dos ejemplos antes citados, lo cual encontraría explicación, en que estos órganos de gobierno, tienen como funciones además de la administración, la formación, perfeccionamiento y nombramiento de jueces; y el régimen disciplinario. Situación que

⁽³⁴⁾ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, Madrid 1992 pág 793.

⁽³⁵⁾ BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, México D.F., 2001, pág. 885.

no ocurre en nuestro país, pues la formación y perfeccionamiento de jueces está a cargo de la Academia de la Magistratura; y el nombramiento, a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura.

No obstante lo consignado, el Proyecto y Anteproyecto difieren notablemente en este tema de singular importancia, sobre todo si existe un movimiento que reclama mayor participación de la sociedad civil en el gobierno del Poder Judicial. El Proyecto en el artículo 193, establece la conformación de un Consejo de gobierno presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia e integrado por Magistrados de los diferentes niveles y por un decano o ex decano, elegido por los colegios de abogados del país, optando por una fórmula similar a la establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cambio, el artículo 218 del Anteproyecto, contempla un Consejo de Gobierno del Poder Judicial, integrado por un mayor número de miembros, presidido por el Presidente de la Corte Suprema, un juez de cada nivel jerárquico (supremo, superior y de primera instancia), un representante de los colegios de abogados del país, y dos profesores principales elegidos por los rectores de las universidades públicas y privadas que tengan Facultad de Derecho.

Consideramos que el tema del órgano de gobierno del Poder Judicial es una materia que debe regularse a nivel constitucional, pero al momento de desarrollar las disposiciones de la Constitución relativas al Poder Judicial, el legislador deberá precisar adecuadamente las funciones que le corresponden al órgano de gobierno, al presidente del Poder Judicial y a la Sala Plena de la Corte Suprema de la República, con la finalidad de cada uno de ellos ejerza sus funciones correctamente y sin interferencias.

2.9. Autonomía económica, administrativa y normativa

Lo relativo a la autonomía económica es fundamental, pues con un presupuesto adecuado, el Poder Judicial podrá asumir los retos que ha planteado el Presidente de este Poder del Estado, doctor Hugo Sivina Hurtado, exigiendo mayores recursos para poner en marcha los cambios urgentes que se requieren. Pero advertimos, que por un lado el Poder Ejecutivo ha expresado su intención de dotar al Poder Judicial de mayores recursos; y sin embargo, el Proyecto de Ley de Presupuesto para el 2002, enviado por el Ministerio de Economía y Finanzas al Congreso el 30 de agosto, le asigna al Poder Judicial solo 553.6 millones de nuevos soles, lo que significa el 1.25% del presupuesto nacional.

El Proyecto y Anteproyecto en relación a lo establecido en el artículo 145 de la actual Constitución contienen un aspecto positivo en la regulación del presupuesto económico del Poder Judicial. Ambos documentos, establecen que el proyecto de presupuesto será aprobado en sus propios términos por el Poder Ejecutivo y no será menor al tres por ciento (0.3%) de los gastos corrientes del Presupuesto General de la República

Siguiendo la propuesta de la Comisión de la Reforma de la Constitución Política del Estado designada por la Presidencia del Poder Judicial, el porcentaje que se asigne no debe ser respecto de los gastos corrientes, sino del porcentaje del monto total del Presupuesto General de la República, el que no debe ser observado, salvo que exceda del 4%.

Si bien no se establece la autonomía administrativa y normativa, consideramos que también debe ser consagrada en la Constitución, si pretendemos contar con un Poder Judicial autónomo.

3. Aspectos que deben ser considerados en una nueva Constitución o en una reforma parcial de la Constitución

1. Para lograr la tan ansiada autonomía del Poder Judicial, se requiere que ésta comprenda el aspecto económico, administrativo y normativo. Con ella se pretende evitar cualquier tipo de injerencia externa. En un proceso de reforma parcial o en una nueva Constitución, debe asignarse al Poder Judicial sin posibilidad de observación, hasta el 4% del monto total del Presupuesto General de la República.

En cuanto a la autonomía normativa sólo la Constitución, y luego la Ley Orgánica, con los reglamentos que dicte el Poder Judicial, serán la base normativa que debe regir a este Poder del Estado.

2. Es conveniente que el órgano de gobierno del Poder Judicial se encuentre regulado en la Constitución, en el cual el mayor número de integrantes deben ser los jueces de las distintas jerarquías, con participación de los estamentos de la sociedad civil, pero limitada al sistema de impartición de justicia. Además, en la Ley de desarrollo constitucional, deberá determinarse adecuadamente las funciones que le competen a este órgano, al Presidente del Poder Judicial y la Sala Plena de la Corte Suprema de la República.

3. Previa a la enumeración de las funciones de los órganos jurisdiccionales debe consignarse lo relativo a los derechos de los jueces. Teniendo en cuenta la experiencia vivida, es necesario que a nivel constitucional se fije la edad máxima de los magistrados en setenta años. De este modo se evitan tratos discriminatorios, que afectan además el principio de igualdad, uniformizando la edad establecida en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Y sobre todo, evitar que mediante una modificatoria a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se rebaje o aumente la edad, a criterio de las opciones políticas y conveniencias de los gobiernos de turno.
4. Es necesario establecer en la Constitución, conforme lo ha planteado la Comisión sobre la Reforma de la Constitución Política del Estado designada por el Presidente del Poder Judicial, que los jueces se diferencian entre sí sólo por la diversidad de funciones y que sus remuneraciones serán fijadas con una diferencia no mayor al diez por ciento entre uno y otro nivel de la carrera. Disposición que si bien se encuentra en términos parecidos en la vigente Ley Orgánica, desde que ésta fue promulgada nunca ha sido cumplida.
5. Debe eliminarse el proceso de ratificación de jueces por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, ya que atenta contra el derecho a permanecer en el cargo entretanto no se cometa delito y se observe una conducta e idoneidad propias del cargo. En cambio, debe estructurarse un nuevo sistema de control disciplinario.
6. Establecidos los derechos de jueces en la Constitución, la ley de desarrollo deberá implementar una verdadera carrera judicial, que no sólo tome en cuenta el sistema de selección –en el que se debe ponerse especial cuidado en regular los requisitos, incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades–, sino también la capacitación permanente, estricto cumplimiento al cuadro de antigüedad y de méritos y un sistema que garantice de manera efectiva sus derechos.
7. Teniendo en cuenta que compete al Consejo Nacional de la Magistratura, tareas fundamentales que tienen estrecha vinculación con los jueces del Poder Judicial, como son su selección y nombramiento; y, eventualmente, el control disciplinario, resulta necesario una nueva composición de este órgano constitucional. Para ello, debe repontenciarse la cuota de

representantes del Poder Judicial y del Ministerio Público, del Colegio de Abogados y de los Consejos Universitarios de la universidades públicas que tengan Facultad de Derecho, entre sus profesores principales, a dos miembros cada uno.

No consideramos adecuada la redacción del artículo 155 de la Constitución vigente, en cuanto deja abierta la posibilidad de que el número de Consejeros sea ampliado de 7 a 9, entre las listas que formularán las instituciones representativas del sector laboral y empresarial.

8. La Academia de la Magistratura debe estar dirigida por el Consejo Nacional de la Magistratura, pues es este órgano constitucional, quien diseña la prueba de conocimiento; y por lo tanto será quien determine los planes de estudio. Además, su Consejo Directivo debe estar integrado por un mayor número de miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público.
9. Resulta adecuado separar las funciones de los órganos jurisdiccionales de lo que constituyen verdaderos derechos de los justiciables. En tal sentido, resulta correcto que varios de los considerados derechos y principios de la función jurisdiccional se enuncien en el capítulo de los Derechos Fundamentales, específicamente en el debido proceso. No obstante que se trata de una cláusula abierta, deberán integrarse a él, los derechos que se encuentran establecidos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además se deberán integrar dos derechos de los justiciables, que han alcanzado gran desarrollo jurisprudencial, pasando a tener la calidad de derechos explícitos: Prohibición de la reforma en peor –*reformatio in peius*–; y de la persecución penal múltiple –*Ne bis in idem*–.
10. Resulta pertinente que los jueces militares se incorporen al Poder Judicial, constituyendo una competencia especializada; y que sus resoluciones sean casadas por la Corte Suprema de Justicia de la República. Entretanto no se reforme el artículo 173 de la Constitución, las disposiciones legales que atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción militar deben ser interpretadas restrictivamente y de conformidad con el ordenamiento jurídico a partir de la Norma Constitucional, jurisdicción que no debe estar exenta de control constitucional.
11. La pena de muerte no debe estar regulada dentro del Capítulo del Poder Judicial, sino en el artículo correspondiente al derecho a la vida. Ya sea

que optemos por su abolición o su permanencia, este es el espacio que sistemáticamente le corresponde, conforme aparece regulado en los tratados de Derechos Humanos: Convenio Europeo de Derechos Humanos, (art. 2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4).

4. A modo de conclusión

La autonomía del Poder Judicial y la independencia de los jueces, es una aspiración de la sociedad que reclama una justicia pronta y eficaz, y solo se logrará con el pleno respeto de los otros Poderes del Estado. En esta tarea de consolidar un Poder Judicial autónomo con jueces independientes, los propios integrantes de este Poder del Estado tenemos una cuota de responsabilidad, y para tal fin debemos generar al interior del mismo, una corriente que nos legitime frente a la sociedad, rechazando cualquier tipo de injerencias, externas o internas, con fallos oportunos y debidamente motivados, sustentados en la Constitución, la ley y los tratados de derechos humanos; y exigiendo el respeto de nuestros derechos.