

Marcial Rubio Correa

**ESTUDIO
DE LA
CONSTITUCIÓN
POLÍTICA
DE 1993**

Tome 5



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1999

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

**ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993**

TOMO V



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1999**

Primera edición: abril de 1999

Cubierta: AVA Diseños

Cuidado de la edición: Miguel Angel Rodríguez Rea

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V

Copyright © por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Tlfs. 460-0872, 460-2291; 460-2870, Anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-122-8 (Colección)

ISBN 9972-42-126-0 (Tomo V)

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

INDICE

233.	TITULO IV, CAPITULO VIII: PODER JUDICIAL	11
	233.1. La Administración de Justicia en la Constitución	12
	233.2. La reorganización del sistema de administración de justicia	12
	233.3. Otros cambios importantes de la Constitución de 1993 sobre el tema de administración de justicia	19
234.	Artículo 138	20
235.	Artículo 139	27
236.	Artículo 139 inciso 1	30
237.	Artículo 139 inciso 2	36
238.	Artículo 139 inciso 3	47
	238.1 El debido proceso	54
	238.2 La tutela jurisdiccional	63
	238.3 La jurisdicción predeterminada	65
239.	Artículo 139 inciso 4	69
240.	Artículo 139 inciso 5	73
241.	Artículo 139 inciso 6	79
242.	Artículo 139 inciso 7	87
243.	Artículo 139 inciso 8	93
244.	Artículo 139 inciso 9	102
245.	Artículo 139 inciso 10	108
246.	Artículo 139 inciso 11	110
247.	Artículo 139 inciso 12	115

248. Artículo 139 inciso 13	119
249. Artículo 139 inciso 14	122
250. Artículo 139 inciso 15	131
251. Artículo 139 inciso 16	132
252. Artículo 139 inciso 17	135
253. Artículo 139 inciso 18	137
254. Artículo 139 inciso 19	138
255. Artículo 139 inciso 20	141
256. Artículo 139 inciso 21	143
257. Artículo 139 inciso 22	144
258. Artículo 140	148
259. Artículo 141	156
260. Artículo 142	169
261. Artículo 143	172
262. Artículo 144	182
263. Artículo 145	184
264. Artículo 146	186
265. Artículo 147	192
266. Artículo 148	195
267. Artículo 149	199
267.1. Las normas internacionales	199
267.2. El pluralismo jurídico	201
267.3. Las rondas campesinas y el pluralismo jurídico	214
267.4. Coordinación de la jurisdicción consuetudinaria y la estatal.	224
268. TITULO IV, CAPITULO IX: CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	227
269. Artículo 150	228
270. Artículo 151	234
271. Artículo 152	237
272. Artículo 153	243
273. Artículo 154	245
274. Artículo 155	253
275. Artículo 156	256
276. Artículo 157	258
277. TITULO IV, CAPÍTULO X: MINISTERIO PUBLICO	261
278. Artículo 158	262
279. Artículo 159	270
280. Artículo 159 inciso 1	272

281. Artículo 159 inciso 2	274
282. Artículo 159 inciso 3	275
283. Artículo 159 inciso 4	276
284. Artículo 159 inciso 5	277
285. Artículo 159 inciso 6	278
286. Artículo 159 inciso 7	279
287. Artículo 160	280
288. TITULO IV, CAPITULO XI: DEFENSORIA DEL PUEBLO	281
289. Artículo 161	288
290. Artículo 162	296
291. TITULO IV, CAPITULO XII: SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL	309
292. Artículo 163	311
293. Artículo 164	318
294. Artículo 165	324
295. Artículo 166	330
296. Artículo 167	342
297. Artículo 168	347
298. Artículo 169	349
299. Artículo 170	354
300. Artículo 171	356
301. Artículo 172	358
302. Artículo 173	365
303. Artículo 174	373
304. Artículo 175	375
305. TITULO IV, CAPITULO XIII: SISTEMA ELECTORAL	379
306. Artículo 176	380
307. Artículo 177	382
308. Artículo 178	388
309. Artículo 178 inciso 1	390
310. Artículo 178 inciso 2	393
311. Artículo 178 inciso 3	394
312. Artículo 178 inciso 4	395
313. Artículo 178 inciso 5	397
314. Artículo 178 inciso 6	398
315. Artículo 178 (párrafos finales)	400
316. Artículo 179	401
317. Artículo 180	403
318. Artículo 181	407

319. Artículo 182	411
320. Artículo 183	418
321. Artículo 184	423
322. Artículo 185	424
323. Artículo 186	426
324. Artículo 187	427
325. TITULO IV, CAPITULO XIV: DESCENTRALIZACION, REGIONES Y MUNICIPALIDADES	433
326. Artículo 188	434
327. Artículo 189	441
328. Artículo 190	445
329. Artículo 191	453
330. Artículo 192	463
331. Artículo 192 inciso 1	467
332. Artículo 192 inciso 2	468
333. Artículo 192 inciso 3	469
334. Artículo 192 inciso 4	471
335. Artículo 192 inciso 5	472
336. Artículo 192 inciso 6	473
337. Artículo 192 inciso 7	473
338. Artículo 193	475
339. Artículo 193 inciso 1	478
340. Artículo 193 inciso 2	478
341. Artículo 193 inciso 3	479
342. Artículo 193 inciso 4	482
343. Artículo 193 inciso 5	485
344. Artículo 193 inciso 6	487
345. Artículo 193 inciso 7	487
346. Artículo 194	488
347. Artículo 195	489
348. Artículo 196	492
349. Artículo 197	494
350. Artículo 198	505
351. Artículo 199	508

TITULO IV

CAPITULO VIII

PODER JUDICIAL

233. TITULO IV, CAPITULO VIII: PODER JUDICIAL

En esta introducción queremos referirnos a la concepción orgánica de la administración de justicia en la Constitución, a la reorganización iniciada en 1995 del sistema judicial, y a ciertos cambios importantes, adicionales, que introduce en esta materia la Constitución de 1993.

233.1. La Administración de Justicia en la Constitución

Este capítulo trata indistintamente del Organismo Judicial como poder del Estado y de la administración de justicia, asimilando ésta automáticamente a aquél. Ello es un error porque, si bien el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución de 1993 establece que es principio de la función jurisdiccional su unidad, en la realidad esta norma no dice verdad pues la administración de justicia es compartida por los siguientes órganos:

- El Poder Judicial al que indiscutiblemente se le encarga.
- El Tribunal Constitucional, que ejerce jurisdicción en la acción de inconstitucionalidad y también, como última instancia, en las acciones de garantía de derechos denegadas en las instancias previas (artículo 202 de la Constitución de 1993).
- El Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum y otro tipo de consultas populares. Tanto el artículo 142

como el 181 de la Constitución de 1993 establecen que sus decisiones conforman Derecho y no son revisables ni siquiera en sede judicial.

- El Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, cuyas resoluciones tampoco pueden ser revisadas judicialmente (artículo 142 de la Constitución de 1993).
- Los tribunales militares, en aplicación del artículo 173 de la Constitución de 1993. Si bien es cierto que la Corte Suprema casa sus resoluciones según el artículo 141, ello sólo ocurre en casos de imposición de pena de muerte. En los demás, estos tribunales tienen jurisdicción propia y totalmente autónoma.

Siendo así que todos estos órganos ejercen función jurisdiccional, es coherente exigirles que, al ejercitarla, cumplan con los principios y derechos existentes en el artículo 139. Estas normas son aplicables no sólo al Poder Judicial, sino a todo otro órgano que ejerza la función jurisdiccional porque, precisamente, pertenecen a ella.

Desgraciadamente, la poca claridad sistemática de la Constitución de 1993 en este punto (que comparte con la que a su turno tenía la de 1979), ha hecho que esta conclusión interpretativa no sea evidente por sí misma a partir del texto de la Carta, ya que se mezcla en un mismo capítulo las normas referentes a la función jurisdiccional y al órgano judicial.

233.2. La reorganización del sistema de administración de justicia

Esta reorganización comenzó con la Ley 26546, promulgada el 21 de noviembre de 1995 y continuó con varias otras disposiciones entre las que destacan las transitorias y finales de la ley 26623 del 18 de junio de 1996.

La primera de ellas declaró en reorganización al Poder Judicial:

«Ley 26546, artículo 1.- Por un período de 360 días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Comisión Ejecutiva a que se refiere el Artículo 2 asumirá las funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial. En consecuencia, por el plazo antes

señalado, quedan en suspenso la competencia y atribuciones de los órganos de gobierno previstos en los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87, del Decreto Supremo 017-93-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las que serán ejercidas por dicha Comisión Ejecutiva o por quienes ésta designe en la respectiva jurisdicción.

El Presidente de la Corte Suprema y la Sala Penal de la Corte Suprema, mantienen la competencia y atribuciones que por ley les corresponde a excepción de todo aquello que se oponga a la presente ley».

«Ley 26546, artículo 2.- La Comisión Ejecutiva estará integrada por los Vocales Supremos presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, quienes actuarán como un organismo colegiado y continuarán como miembros de la Comisión independientemente del cargo que ostente en el siguiente año judicial. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Vocales Supremos.

La Comisión Ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado y contará con las atribuciones que la Comisión establezca en su reglamento de funciones».

Esta reorganización fue ampliada posteriormente por las disposiciones transitorias de la ley 26623 promulgada el 18 de junio de 1996 y que pasamos a explicar.

La ley 26623 contiene dos partes: una primera que es propiamente el texto nominal de la ley, que establece un Consejo de Coordinación Judicial que, según el artículo 2 de dicha ley tiene por finalidad lo siguiente:

“Ley 26634, artículo 2.- El Consejo de Coordinación Judicial desarrolla sus funciones sobre aspectos que requieren niveles de coordinación, con el objeto de conjugar esfuerzos para mejorar la Administración de Justicia y tutelar el derecho de la ciudadanía a acceder a tener una justicia oportuna, transparente, especializada y eficaz”.

Sin embargo, la verdadera ley desde el punto de vista del contenido, venía en las disposiciones transitorias porque en ellas se establece lo siguiente:

- La reorganización del Ministerio Público, creándose una Comisión Ejecutiva para tal efecto, que asume todas las funciones de gobierno de tal órgano y se ratifica la reorganización del Poder Judicial, por el plazo que establezca el Consejo de Coordinación Judicial. Es decir, no se establece un término final para dicha reorganización en el texto de la ley.

También, en la novena disposición final, se modificó las atribuciones que por ley corresponden al Fiscal de la Nación y a la Junta de Fiscales Supremos.

- Mientras dure dicha reorganización, el Consejo de Coordinación Judicial tiene una configuración especial que es la siguiente:

“Ley 26623, primera disposición transitoria.- Durante el período de reorganización, el Consejo de Coordinación Judicial estará conformado por el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura, la presidencia será ejercida por el Presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, integrándose con el representante del órgano de gobierno del Ministerio Público y el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura. Asimismo integrará el Consejo, con derecho a voz y voto un Secretario Ejecutivo”.

En otras palabras, es este Consejo de Coordinación Judicial transitorio el que determina el tiempo de duración de la reorganización de las instituciones y, mientras tanto, él mismo mantiene su existencia pues, cuando termine la reorganización, se instaurará el nuevo Consejo de Coordinación Judicial establecido en la primera parte de la Ley y que tiene una composición completamente distinta.

- Se declara en reorganización a la Academia Nacional de la Magistratura y en la décima disposición final se establece lo siguiente respecto de ella:

“Ley 26623, décima disposición final.- La Academia de la Magistratura se encargará de evaluar los conocimientos de los Jueces y Fiscales, con excepción de los Vocales de la Corte Suprema y de los Fiscales Supremos a fin de evaluar la idoneidad técnica para el

desempeño de la función. La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial aprobará mediante Resolución Administrativa el reglamento correspondiente, de acuerdo al anteproyecto que para el efecto remita la Academia.

- Se modifica las atribuciones del Presidente de la Corte Suprema y de la Sala Plena de la misma Corte, establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los siguientes términos:

“Ley 26623, séptima disposición final.- Modifícase los Artículos 76 y 80 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los siguientes términos:

«Artículo 76.- Son atribuciones del Presidente de la Corte Suprema:

1. Representar al Poder Judicial y presidir a sus integrantes;
2. Presidir la Sala Plena de su Corte. Tiene voto dirimente;
3. Disponer la ejecución de los acuerdos adoptados por la Sala Plena de su Corte.»

«Artículo 80.- Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema:

1. Elegir en votación secreta, entre sus Magistrados jubilados o en actividad, al representante de la Corte Suprema ante el Jurado Nacional de Elecciones;
2. Elegir en votación secreta al representante ante Consejo Nacional de la Magistratura;
3. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisdiccionales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales».

- Se establece las edades máximas de reincorporación y jubilación de vocales y fiscales supremos:

“Ley 26623, octava disposición final.- 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”.

Las disposiciones transitorias de la Ley 26623 fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Arequipa y por la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados de la República. El Tribunal Constitucional emitió sentencia sobre ella con fecha 19 de octubre de 1996.

En referencia a las atribuciones de la primera disposición transitoria de la ley, que tienen que ver con el Consejo de Coordinación Judicial, dijo no encontrarlas inconstitucionales con la siguiente fundamentación: “Que las cuatro atribuciones específicas, señaladas en la Primera Disposición, que se reconocen al Consejo de Coordinación Judicial, no invaden funciones exclusivas y excluyentes propias del Poder Judicial y de cada órgano constitucional. Que el establecimiento de «lineamientos de política para la reorganización de los organismos relacionados con la administración de justicia», no importa dirigir el gobierno de cada institución o condicionar su actividad jurisdiccional, persecutoria o de nombramiento y control disciplinario, sino simplemente significa establecer, de común acuerdo, marcos de acción (planes y programas) para dar unidad de sentido a la reorganización institucional, y estructurar ideas comunes respecto a la modernización de las instituciones vinculadas a la administración de justicia”.

En relación a la Academia de la Magistratura dice:

“Respecto a la Décima Disposición, señalan que la Academia de la Magistratura, como corresponde a su naturaleza, sin perjuicio de su función permanente de formación y capacitación de los jueces y fiscales, también tiene una función evaluativa. Que la selección para el ascenso, la promoción y, como es propio, la permanencia en el cargo, impone como una necesidad lógica y funcional de la Academia, la evaluación de quienes integran las carreras judicial y fiscal, esto es, de medir sus conocimientos jurídicos y sus habilidades técnicas para el ejercicio del cargo y que los resultados de la evaluación son puestos en conocimiento del Po-

der Judicial y del Ministerio Público. Así, la Academia no es quien decide el alejamiento de un magistrado de la carrera judicial o fiscal”.

En relación a la Sala Plena de la Corte Suprema y su relación con los órganos de gobierno, dice lo siguiente:

“Señalan de la Séptima Disposición, que ésta no infringe la Constitución al redefinir las atribuciones de la Sala Plena del Supremo Tribunal. Que si bien es cierto que el Artículo ciento cuarenta y cuatro de la Constitución establece que tiene la última palabra, cuyos acuerdos no pueden ser revisados por otro órgano judicial, la nueva organización del Poder Judicial concibe órganos de gobierno con competencias marcadas y propias. Lo dispuesto por la Comisión Ejecutiva no es revisable por la Sala Plena, porque ésta tiene atribuciones en áreas específicas que le son propias, con lo que se busca mayor dinamismo en el gobierno y gestión judicial”.

Luego, declara las siguientes inconstitucionalidades:

- En la primera disposición transitoria, que el plazo de reorganización establecido no puede ser “prorrogado a criterio sólo del organismo encargado de la reorganización”.
- Que la sexta disposición transitoria es inconstitucional al otorgar iniciativa legislativa a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, porque ello no está comprendido en el artículo 107 de la Constitución.
- Que la sexta disposición transitoria es inconstitucional en la parte que da facultades de separar a magistrados a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Dice: “Que la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final da facultades a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para separar a los magistrados que no observen conducta e idoneidad propias de su función, lo cual implica una destitución; que la facultad de destituir es función exclusivamente otorgada por el artículo 150 de la Constitución al Consejo Nacional de la Magistratura; que, en cambio, es constitucional la facultad de separación concedida al Consejo de Coordinación, amparada en lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

- También declara inconstitucional la cuarta disposición transitoria en la que se autoriza a separar fiscales a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público. Dice: “Que la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en su inciso j) da facultades a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público para separar a los fiscales que no observen conducta e idoneidad propias de su función; que separar por inconducta en el desempeño de la función de administrar justicia equivale a destituir; que la destitución es función exclusivamente otorgada por la Constitución en su artículo 150 al Consejo Nacional de la Magistratura”.

El fallo emitido dice textualmente:

“FALLA: declarando fundada en parte la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa, y en consecuencia inconstitucional: a) La prórroga del plazo previsto a criterio del Consejo Transitorio, en cuanto dispone: «pudiendo prorrogarlo por acuerdo del Consejo», que en consecuencia queda derogado; b) La Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en la parte que atribuye a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial la facultad de iniciativa legislativa, disponiendo que: «la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial tiene derecho de iniciativa legislativa en los asuntos de su competencia», disposición que queda derogada. C) En cuanto la misma Disposición Sexta da facultades a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para destituir a los jueces disponiendo que «podrá separar a magistrados que no observen conducta e idoneidad propias de su función», quedando derogada dicha parte de esta disposición y constitucional en lo que a separación del cargo se refiere por falta de idoneidad técnica. d) La Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en cuanto da facultades en su inciso j) a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público para destituir a los fiscales «que no observen conducta e idoneidad propias de su función», quedando derogada dicha parte de esta disposición, y constitucional en lo que a la separación del cargo se refiere por falta de idoneidad técnica; e) Infundada la demanda en lo demás que contiene y dispusieron la publicación de la sentencia en el Diario Oficial El Peruano, así como los votos singulares que a continuación se transcriben”.

Adicionalmente, cinco de los siete integrantes del Tribunal Constitucional consideraron inconstitucionales otros aspectos de estas normas,

pero como la ley del Tribunal exige seis votos conformes, no lograron la mayoría para declarar la inconstitucionalidad. Su conclusión al respecto es la siguiente:

“Respecto a los mismos preceptos los suscritos (cinco miembros) se pronuncian en el sentido que al no haberse conseguido los seis votos conformes que exige el artículo 4 de su Ley Orgánica N. 26435 para declarar su inconstitucionalidad, y considerando además que aún no se ha resuelto la demanda en que el 25% del número legal de Congresistas solicitan, precisamente, que se declare inconstitucional la exigencia acotada y que, de otro lado, el Tribunal se encuentra obligado a pronunciarse, sin posibilidad de reservar el fallo o dejarlo en suspenso, se ven obligatoriamente precisados a considerar en vigencia las disposiciones que no alcanzaron los seis votos conformes para declararlas inconstitucionales”.

223.3. Otros cambios importantes de la Constitución de 1993 sobre el tema de administración de justicia

Fuera de los comentarios hechos hasta aquí, los cambios más importantes en esta materia de la Constitución de 1979 a la de 1993 son los siguientes:

- Se ha ampliado la pena de muerte, cosa prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Para que esta norma entre en cabal función, el Estado peruano tendría que denunciar dicha Convención y esperar el tiempo indicado en ella para que la denuncia produzca efecto. En caso contrario, deberá obtener una modificación de sus términos. Si ninguna de estas dos cosas ocurre, entonces por el propio mandato de la parte final del artículo 140 de la Constitución, le será imposible aplicar la pena de muerte a los nuevos casos establecidos. Debati-mos el asunto con mayor detalle en el tratamiento exegético de este artículo.
- El artículo 141 de la Constitución de 1993 da a la Corte Suprema la calidad de órgano de casación de sentencias (salvo casos en los que el trámite se inicie ante una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema). Es una fórmula que, siendo bien utilizada, puede permitir que la Corte dirija verdaderamente la política jurisdiccio-

nal del país en vez de ser lo que hasta ahora: una instancia procesal de resolución de conflictos.

- Se diferencia, en el artículo 143 de la Constitución de 1993, los órganos jurisdiccionales y los órganos de gobierno y administración. Es una norma positiva que debe, sin embargo, encontrar su mejor forma de reglamentación.
- El carácter de incompatibilidad de la función jurisdiccional con cualquier otra actividad pública o privada, excepción hecha de la docencia universitaria (artículo 146 de la Constitución de 1993).
- Aunque no figure en este capítulo de la Constitución, es importante la norma de que los jueces de paz provienen de elección popular, y que se podrá establecer también la elección de los jueces de primera instancia (artículo 152 de la Constitución de 1993).
- La autorización dada a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, para ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149 de la Constitución de 1993). La norma es un reconocimiento al pluralismo jurídico existente y, como decimos en el comentario exegético, si se la aplica con seriedad puede ser muy útil para administrar justicia y para la pacificación de la vida social.

234. Artículo 138

«Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 fundó así el Poder Judicial republicano:

«Constitución de 1823, artículo 95.- Reside exclusivamente el ejercicio de este poder en los tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes».

«Constitución de 1823, artículo 110.- Se administrará la justicia en nombre de la nación».

La Constitución de 1826, más formalista, señaló las siguientes normas:

«Constitución de 1826, artículo 97.- Los tribunales y juzgados no ejercen otras funciones que la de aplicar leyes existentes».

«Constitución de 1826, artículo 101.- La justicia se administrará en nombre de la nación; y las ejecutorias y provisiones de los tribunales superiores se encabezarán del mismo modo».

La Constitución de 1828 estableció normas más orientadas hacia el ciudadano que recibe justicia:

«Constitución de 1828, artículo 119.- La justicia se administrará en nombre de la República».

«Constitución de 1828, artículo 162.- Ningún Peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

La Constitución de 1837, en virtud de su estructura confederada, debió dictar una norma extraña al resto de Cartas que aquí tratamos:

“Constitución de 1837, artículo 33.- El Poder Judicial General se ejercerá a prevención en las causas de Almirantazgo, y en las que resulten por contratos con el Gobierno General, por las Cortes Supremas de las Repúblicas Confederadas, y en los juicios nacionales contra los funcionarios expresados en el artículo 23, por un tribunal especial compues-

to de tres Magistrados de cada una de las Cortes Supremas, nombrados por ellas mismas, que serán convocados por el Senado al lugar donde se hubiere reunido el Congreso. El Senado, en este caso, nombrará el Fiscal que deba promover y fenecer el juicio”.

Las Constituciones de 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 no añaden nada nuevo a las normas anteriormente señaladas y la Constitución de 1920 no dictó una norma de conceptualización global del Poder Judicial. La de 1933 sí innovó el tratamiento con el artículo siguiente:

«Constitución de 1933, artículo 220.- El poder de administrar justicia se ejerce por los tribunales y juzgados, con las garantías y según los procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que contienen los antecedentes de éste que ahora comentamos son los siguientes:

“Artículo 232.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”.

“Artículo 236.- 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”.

Con dos redacciones distintas, la primera parte del artículo 138 de la Constitución de 1993 y el artículo 232 de la Constitución de 1979 dicen:

- Que la potestad de administrar justicia emana del pueblo.
- Que es ejercitada por los órganos jerárquicamente organizados del Poder Judicial que es un órgano unitario.
- Que la jurisdicción se ejercita de acuerdo a la Constitución y las leyes. (La Constitución de 1979 hace referencia a las garantías y procedimientos legales, pero es una especificación del principio que sujeta la jurisdicción al cumplimiento de la legislación).

El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución de 1993 contiene iguales mandatos que el artículo 236 de la Constitución de 1979, con pequeñas modificaciones de redacción que no afectan lo esencial del contenido.

Análisis exegetico

El primer y segundo párrafo de este artículo no tienen que ver el uno con el otro desde el punto de vista sistemático y, por ello, debieran ser dos artículos distintos: el primero contiene la definición más agregada del Poder Judicial como órgano y el segundo contiene la regla del control difuso de la constitucionalidad y la legalidad del sistema jurídico.

El primer párrafo tipifica al Poder Judicial como el órgano del Estado encargado de la potestad de administrar justicia. A su vez, establece que dicha potestad emana del pueblo.

La potestad de administrar justicia consiste en la *jurisdicción*, es decir, en la capacidad de *decir Derecho* a través de los actos de función que, en el caso de los jueces, son esencialmente las sentencias (aunque también pueden ser algunas otras resoluciones). Como los jueces *dicen Derecho*, sus resoluciones no pueden ser modificadas por ninguna otra autoridad y deben ser cumplidas. Se dice que pasan en calidad de cosa juzgada (ver el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución).

Juan Monroy da la siguiente definición de *jurisdicción*:

[...] consideramos que la llamada función jurisdiccional o más específicamente, jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia (1).

(1) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo 1, p. 213.

Considera este autor que la jurisdicción es poder y deber porque como toda atribución, debe ser reconocida al Estado pero, a su vez, es un servicio que éste no puede dejar de prestar. Los propósitos de la jurisdicción son tanto los privados (resolver conflictos de intereses subjetivos), como organizar la sociedad controlando las conductas antisociales. También añade el control de la supremacía constitucional. Elemento importante es el respaldo de la fuerza del Estado para dar cumplimiento obligatorio a las resoluciones judiciales (cosa juzgada) y todo ello tiene la causa final de entronizar paz y justicia. Es una definición comprehensiva, que da una idea clara de la institución.

El artículo dice que la potestad de administrar justicia *emana del pueblo*, con lo que se quiere mostrar que la actividad que desarrollan los jueces tiene raigambre democrática, como todo el poder que se ejerce dentro del Estado (recordemos el artículo 45 que comienza estableciendo: «*El poder del Estado emana del pueblo*»). En realidad, los jueces no son nombrados por procedimientos democráticos y, por consiguiente, la afirmación que comentamos es más una frase que repite un principio, pero sin aplicación democrática práctica, salvo el caso de los jueces de paz. En su caso, el artículo 152 establece que «*Los jueces de Paz provienen de elección popular*». Luego, el propio artículo señala: «*La ley puede establecer la elección de los jueces de primera instancia [...]*».

El Poder Judicial administra justicia a través de sus órganos jerárquicos pues tiene una organización piramidal en cuya cúspide está la Corte Suprema, inmediatamente después vienen las Cortes superiores, y luego los jueces de diversa naturaleza. Cada uno de ellos, resuelve con su propia conciencia el caso sometido a su competencia. Pero por el principio jerárquico, las cortes superiores revisan las resoluciones de los jueces y la Corte Suprema las de las superiores. Esto no sucede en todos los juicios, pues para saber la forma en que cada uno de ellos es procesado en la práctica, es necesario recurrir a muchas otras normas procesales. Pero para los juicios más largos y que pueden ser revisados por la Corte Suprema, lo dicho antes es rigurosamente cierto.

Es jerárquico porque las instancias superiores pueden revisar las resoluciones de las inferiores, no porque puedan ordenarles sentenciar en tal sentido antes de que lo hagan. (Después, sí pueden hacerlo, como por ejemplo cuando casan una sentencia de tribunal inferior).

Deben administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes. Es probable que el constituyente debiera haber dicho «con arreglo a la Constitución y a las demás normas del sistema jurídico». Hubiera sido técnicamente mejor para evitar ambigüedades en la interpretación posterior.

El segundo párrafo es el principio de control difuso de la constitucionalidad y la legalidad. El juez, en un proceso abierto, puede examinar si una norma legal es incompatible con la Constitución y, en tal caso, preferir aplicar la constitucional a la legal.

Este principio no quita validez a la norma incompatible con la Constitución de manera formal, por lo que dicha norma queda vigente. Sin embargo, al declararla inconstitucional, está sentando una base de precedente jurisprudencial para que, en casos análogos, la ley tampoco se aplique.

Lo propio manda la norma para los rangos inferiores con respecto a la ley.

Al comentar el artículo 51 hemos hecho una consideración extensa de cuál es el rango normativo y cuáles los medios de defensa del mismo. Allí nos remitimos para no repetir aquí.

Es importante señalar que el control difuso pertenece no sólo a los jueces y tribunales del Poder Judicial, sino a toda la administración de justicia, es decir, a todos los órganos que ejercen jurisdicción y que han sido mencionados en la introducción a este capítulo. En la Constitución hay una confusión no aclarada entre Poder Judicial y administración de justicia. Puede verse muy fácilmente que el segundo párrafo de este artículo, todo el 139 y los artículos 140, 142, 148 y 149 no se refieren estricta y exclusivamente al Poder Judicial sino a la administración de justicia en el Perú, que es tema distinto y el género dentro del cual es una especie la actividad de los tribunales ordinarios. Sería correcto hacer la diferenciación.

Para aplicar el control difuso, el juez debe tomar la norma inferior y compararla con la de rango superior. Si existe incompatibilidad entre ambas, preferirá la superior. Pero es muy importante tener en cuenta lo siguiente:

- Que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad. Evidentemente, la regla inferior será diferente a la superior. Si fuera idéntica tendría que desaparecer. Pero diversidad e incompatibilidad son dos conceptos completamente distintos. En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad, la norma de un rango y la del otro son excluyentes entre sí. Sólo con incompatibilidad puede funcionar el control difuso.
- El administrador de justicia tiene que estar seguro que no existe una forma razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto. Si existiera tal posibilidad, no se debe preferir la norma superior y no aplicar la inferior. En otras palabras, el control difuso debe ser aplicado con criterio restrictivo.
- El control difuso sólo puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el cual se deba discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior. El control difuso no se ejercita en abstracto, porque ello equivale a una declaración de inconstitucionalidad a través de la acción correspondiente, que debe ser ventilada dentro del respectivo proceso por el Tribunal Constitucional.

El Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS del 28 de mayo de 1993, trae la siguiente disposición respecto del control difuso:

“Decreto Supremo 017-93-JUS, artículo 14.- «De conformidad con el artículo 236 (ahora 138) de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra ésta no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para

el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular».

Las reglas son todas correctas en nuestro criterio. La elevación en consulta a la sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de las sentencias que declaran incompatibilidad si no son impugnadas, consiste en un procedimiento de seguridad para garantizar que un tema tan importante como la no aplicación de una ley, ha sido debidamente revisado. Por lo demás, colabora a que haya un criterio uniforme que sirva de precedente pues los criterios de diversos jueces y salas de cortes superiores pueden ser distintos y hasta opuestos. La Sala de la Corte Suprema se supone que dará la unidad de criterio requerida. El artículo ha preferido no exigir lo mismo tratándose de normas de tercer rango e inferiores. Es una decisión razonable por el rango inferior de las normas involucradas y para evitar recargo en la tarea de la Sala Constitucional, pero discutible porque se aplicaría aquí el mismo criterio dicho antes: puede haber decisiones contradictorias entre diversos órganos y sería correcto unificar criterios.

235. Artículo 139

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia: [...]”

Análisis exegetico

Los incisos que vienen a continuación, contienen normas que son a la vez principios y derechos:

- Principios porque regulan la conducta de todos aquellos involucrados: partes de un proceso, magistrados judiciales, fiscales, abogados, medios de comunicación, otros poderes del Estado en la medida que tengan que ver con el proceso, etc. Nadie puede dejar de obedecerlos y, en este sentido, son normas de orden público, con todas las consecuencias que ello tiene en el Derecho.
- De otro lado son derechos. Si bien la Constitución no establece específicamente *derechos de quien*, se debe entender que lo son de las personas que tienen que ver con la administración de justicia como parte interesada. En este sentido, pueden ser invocados mediante las garantías constitucionales establecidas. A ellos debemos entender que se refiere, entre otros, el artículo 3 de la Constitución cuando dice que «*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza [...]»*.

Son principios de la *función jurisdiccional*. Por función jurisdiccional, como hemos dicho al comentar el artículo anterior, debemos entender aquella potestad del Estado de resolver definitivamente los conflictos existentes en la sociedad, *diciendo Derecho*, atribución que corresponde a los siguientes magistrados mencionados en la Constitución:

- A los jueces pertenecientes al Poder Judicial en todas sus instancias, lo que ha quedado establecido por el artículo 138 de la Constitución.
- A los jueces de los tribunales militares en todas sus instancias y según sus competencias establecidas en la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar. La jurisdicción a estos tribunales está constitucionalmente reconocida en los artículos 139 inciso 1 y 173.
- Aunque la Constitución no lo mencione expresamente en este artículo, el Jurado Nacional de Elecciones también tiene jurisdicción en el sentido clásico del término (ver el artículo 178 inciso 4 de la Constitución), en la medida que es instancia final, definitiva y no revisable ni siquiera por el Poder Judicial en las materias electorales que establecen los artículos 142 y 181 de la Constitución.

- Tampoco lo menciona expresamente, pero queda claro del artículo 142 que el Consejo Nacional de la Magistratura tiene jurisdicción en materia de evaluación y ratificación de jueces.
- Al Tribunal Constitucional que es instancia única en el caso de la acción de inconstitucionalidad; que resuelve los conflictos de competencia por atribuciones asignadas en la Constitución, y que es última instancia en Hábeas corpus, amparo, Hábeas data y acción de cumplimiento. Es indudable que también desde el punto de vista clásico, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción. La norma que fundamenta lo dicho de manera textual, es el artículo 202 de la Constitución.

Una forma especial de jurisdicción, reconocida constitucionalmente, es la establecida en el artículo 149 en favor de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. A ella nos referimos en el comentario respectivo.

A todos estos órganos, incluidas las autoridades de las comunidades indicadas en el párrafo anterior, nos estaremos refiriendo en el tratamiento de los incisos que siguen. Al propio tiempo, consideramos que el tratamiento técnico de la Constitución con respecto a la función jurisdiccional del Estado es deficiente porque, textualmente, sólo reconoce tal función al Poder Judicial, a los tribunales militares y a los tribunales arbitrales. No la reconoce ni al Jurado Nacional de Elecciones, ni al Consejo Nacional de la Magistratura, ni al Tribunal Constitucional y esto último es un error. El segundo párrafo del artículo 139 inciso 1, debería ser modificado para introducir adecuadamente todos los detalles que este tema conlleva, dentro del texto mismo de la Constitución.

Por lo demás, para nosotros es evidente que en cada asunto de todos los órganos antes mencionados en el cual esté involucrada una decisión jurisdiccional, estas garantías son total y plenamente aplicables, y que no sería válido reducir su aplicación sólo a los procesos de los tribunales ordinarios, porque eso sería una aplicación equivocada de la interpretación sistemática por ubicación de la norma. Estas normas pertenecen al ámbito jurisdiccional del Estado dondequiera que ocurra y no sólo al que ocurre dentro del Poder Judicial.

236. Artículo 139 inciso 1

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1834 estableció ciertos cuerpos judiciales especializados:

«Constitución de 1834, artículo 110.- Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y minería.

La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales, y sus respectivas atribuciones».

La Constitución de 1839 estableció el principio de que no se podía privar a nadie de la jurisdicción por medio de árbitros:

«Constitución de 1839, artículo 164.- Ningún Peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la norma que comentamos está en el siguiente inciso del artículo 233 de la Constitución de 1979:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

[...]”.

Con diferencias de puntuación, las dos Constituciones mandan lo mismo en este tema.

Análisis exegético

La Constitución establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Por unidad, debemos entender que existe un solo vértice de administración de justicia en el Perú, que es el que dirige la actividad jurisdiccional.

Sobre el aspecto de la unidad dice Quiroga:

Y como toda estructura organizada, la del Poder Judicial se encuentra sometida a una organización jerarquizada. Nuestra Constitución dispone que el Poder Judicial sea siempre un cuerpo unitario integrado por juzgados y tribunales de justicia integrados en una pirámide de poder, en cuya base se hallan los mayores agentes judiciales (los jueces de paz no letrados) y en cuyo vértice superior se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la República como lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial. La separación competencial entre unos y otros estará sustentada en un principio de legalidad, pues es la ley la que distribuye lo que le corresponde a cada quien en cada momento, por las distintas especialidades y dentro de las funciones y procedimientos que la propia Constitución y las leyes de la materia establezcan (2).

(2) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 306.

En la sistemática de la Constitución, sin embargo, los tribunales militares son independientes:

El texto de la nueva Constitución es también flagrantemente contradictorio. De una parte, el artículo 139 (1) consagra la unidad y exclusividad del Poder Judicial. De otra parte, la Constitución transfiere la jurisdicción que tienen las cortes civiles sobre casos de terrorismo y traición a la patria, a los tribunales militares (artículo 173) (3).

Monroy participa de la crítica:

El artículo 139 enumera los principios y derechos que orientan la función jurisdiccional. El inciso 1 hace referencia a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Sin embargo, en su segundo párrafo, el mismo inciso, luego de reiterar que no existe ni se puede establecer jurisdicción independiente, admite como excepción a la militar y a la arbitral.

Como no es posible asegurar que el constituyente haya sido pulcro en el uso de las categorías jurídicas, no podemos afirmar que los conceptos función jurisdiccional y jurisdicción estén siendo utilizados en sentido distinto. Por tanto, es factible considerar que el constituyente se ha contradicho cuando declara la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y a continuación admite la jurisdicción militar y arbitral (4).

Otros órganos también administran justicia como hemos visto. Por lo tanto el fuero ordinario tiene un solo vértice pero la administración de justicia como tal no lo tiene. De esto sólo hay que exceptuar el caso en que los tribunales militares imponen la pena de muerte porque entonces sí procede la casación de la Corte Suprema (artículo 173 de la Constitución).

-
- (3) COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES. *Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la administración de Justicia en el Perú*. Lima, Instituto de Defensa Legal, 1994, p. 81.
 - (4) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo I, p. 230.

Por exclusividad, debemos entender que sólo aquellos a quienes se da explícitamente la jurisdicción en la Constitución, son quienes pueden ejercitarla. Para que sistemáticamente la Constitución esté bien elaborada, debería haber, como ya hemos dicho, un acápite sobre administración de justicia en el que se establezca cuáles son los órganos del Estado que la ejercitan, dando así claridad a la función. De esa manera, la exclusividad estaría bien delimitada. Hoy no lo está, al menos en el texto.

Dice Monroy sobre el tema, refiriéndose a la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional:

Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional. No es más que lo que su mismo nombre indica. Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, este tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal (5).

Podemos ver que la exclusividad y obligatoriedad tiene diversos significados complementarios:

- Que la jurisdicción la ejercita el Estado a través de los órganos que específicamente establezca.
- Que las personas emplazadas deben someterse a la jurisdicción de grado o fuerza. No se la puede rehuir.
- Que, como consecuencia de lo anterior, las partes involucradas en

(5) *MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo I, p. 81.*

el proceso deben cumplir lo que se resuelva en él, aplicando precisamente la jurisdicción.

El segundo párrafo del artículo asume, equivocadamente según el propio texto de la Constitución, que además del Poder Judicial, sólo los tribunales militares y arbitrales pueden ejercer la jurisdicción. Las equívocas son de dos tipos:

- La primera, llamar *jurisdicciones* a los tribunales militares y arbitrales. En realidad, la jurisdicción es la función del Estado de administrar justicia con las características que hemos mencionado al comentar el artículo 138. Lo militar y lo arbitral son tribunales que tienen competencias propias según las particularidades de cada caso (los tribunales militares de competencia obligatoria, mientras que los arbitrales de competencia por decisión voluntaria de las partes). Por eso, el párrafo debería decir que no hay otros tribunales independientes del Poder Judicial, salvo los militares y arbitrales.

La ley 26572 promulgada el 05 de Enero de 1996, Ley General de Arbitraje, trae la siguiente norma sobre el sometimiento a tribunales arbitrales:

«Ley 26572, artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».
- La segunda equivocación consiste en que no sólo los tribunales militares y arbitrales pueden ejercitar la jurisdicción. También lo hacen en materias especializadas pero de trascendental importancia el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional. La Constitución, en el segundo párrafo de este inciso da la impresión equivocada de que estos tres órganos no tienen jurisdicción. Sobre ellos hemos hablado brevemente al comentar el encabezamiento de este artículo en líneas anteriores a las que nos remitimos para mayor detalle.

Tampoco debemos olvidar que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejercen la función jurisdiccional en ciertas circunstancias contenidas en el artículo 149 de la Constitución.

Después de lo dicho, tenemos que llegar a la irreversible conclusión de que al establecerse jurisdicción al Jurado Nacional de Elecciones y al Tribunal Constitucional, no hay *unidad de la función jurisdiccional* como dice equivocadamente este inciso. Por lo menos, no la hay en los asuntos electorales de que hablan los artículos 142, 178 inciso 4 y 181, ni en los de evaluación y ratificación de jueces de que habla el artículo 142, ni en los de acción de inconstitucionalidad y resolución definitiva de competencias constitucionales establecidos en los incisos 1 y 3 del artículo 202 de la Constitución (y podríamos entender que sí hay unidad en materia de las acciones constitucionales establecidas en el inciso 2 del artículo 202, pero no porque haya *unidad orgánica*, sino sólo *unidad procesal* en la medida que el último recurso impugnatorio de estas acciones se interpone ante el Tribunal Constitucional, órgano distinto al Poder Judicial). Finalmente, tampoco la hay en relación a las autoridades de comunidades campesinas mencionadas en el artículo 149 de la Constitución.

El último párrafo del inciso dice, expresa y correctamente, que no hay proceso judicial ni por comisión, ni por delegación. Esto equivale a decir que es sólo el juez o tribunal competente el que personalmente tiene que llevar adelante el proceso respectivo. Que no puede encargar bajo ninguna forma a un tercero, sea o no juez, realizar los trámites que son de su competencia. Lo que se hiciere violando este principio será nulo por atentar contra norma de orden público.

237. Artículo 139 inciso 2

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La independencia del Poder Judicial fue establecida en la Constitución de 1828.

«Constitución de 1828, artículo 103.- El Poder Judicial es independiente, y se ejercerá por los tribunales y jueces».

La Constitución de 1828 añadió normas también existentes en el artículo de la Constitución de 1993 que ahora comentamos:

«Constitución de 1828, artículo 161.- Es un derecho de todos los ciudadanos el que se conserve la independencia del poder judicial. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes, substanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos».

Los artículos 107 y 127 de la Constitución de 1834; el artículo 129 de la Constitución de 1839; el artículo 130 de la Constitución de 1856; el 129 de la Constitución de 1860 y el 127 de la Constitución de 1867 repitieron en lo esencial las normas anteriores.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este inciso que comentamos se halla en la siguiente disposición de la Constitución de 1979:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

2. La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

[...].”

Las dos Constituciones tienen las mismas disposiciones respecto de este punto pero, a ellas, la Constitución de 1993 añade la parte final de su artículo 139 inciso 2, que señala que el ejercicio de la jurisdicción sobre un determinado tema no afecta la facultad de investigación del Congreso la que, sin embargo, no debe interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surtir efecto alguno.

Análisis exegetico

La actividad jurisdiccional es independiente en los siguientes sentidos:

- Orgánicamente, porque los órganos que ejercen jurisdicción no dependen de ninguno otro en el ejercicio de tal función. El mandato de la Constitución es que tengan total independencia.

El concepto de independencia tiene que ser no sólo formal, sino también real porque atañe no a la estructura de funciones sino a la manera como la función jurisdiccional es ejercitada.

Esto quiere decir que tanto el órgano jurisdiccional como el ciudadano interesado, y todos aquellos que deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la legalidad entre los cuales están el Congreso, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, tienen el deber de garantizar que la administración de justicia se ejerza con total independencia orgánica, de Derecho y de hecho. El deber que tratamos incluye rechazar las presiones que puedan venir desde dentro mismo del Estado como, por ejemplo, presiones directas del Ejecutivo o del Legislativo, y presiones indirectas como por ejemplo, el manejo arbitrario de la asignación de recursos presupuestales y otras maniobras ilícitas de esta naturaleza, que puedan influir en las decisiones jurisdiccionales.

- Funcionalmente, en el sentido que cada persona que ejerce la jurisdicción debe mantener su independencia de criterio, inclusive frente a los superiores jerárquicos. Así, un juez puede emitir una sentencia que sea revisada luego por una sala de su Corte Superior pero, al emitirla, no debe recibir presiones de dicha Corte sino resolver según su propio criterio. Desde luego, parte de su criterio será tomar en cuenta la jurisprudencia que las instancias superiores consideran como precedente obligatorio. Puede ser que vayan contra su conciencia, pero el precedente jurisprudencial forma parte del Derecho tanto como el texto de una norma o de la propia Constitución y, en tal sentido, es norma jurídicamente obligatoria. A lo que nos referimos aquí es a que no debe aceptar (ni el superior pretender), ejercer influencia en la manera como su conciencia aprecie los hechos y el Derecho aplicable.

Dice Monroy respecto a la independencia jurisdiccional:

Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales.- La única posibilidad de que un órgano jurisdiccional –un juez– pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver conflictos de intereses y procurar la paz social es intentado que su actividad no se vea afectada por ningún otro tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad, es decir, su facultad para decidir (6).

El segundo párrafo del artículo detalla el significado de la independencia jurisdiccional y también describe la *cosa juzgada*. Las reglas establecidas son las siguientes:

- Que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Hay aquí dos normas: la que prohíbe *avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional* y la que prohíbe *interferir en el ejercicio de las funciones del órgano jurisdiccional*.

Lo primero, la prohibición de *avocarse* equivale a decir que basta que un asunto haya iniciado su trámite ante el Poder Judicial (vía demanda o denuncia aceptadas por el juez) para que ninguno de los órganos del Estado deba intervenir en dicho asunto hasta la sentencia definitiva (Así se usa el verbo *avocar* en la Constitución. Si se consulta el *Diccionario de la Lengua Española*, la definición que aparece es: «*Avocar: Atraer o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando o debía litigarse ante otro inferior*». Resulta obvio que la Constitución hace mal uso del verbo porque, en materia de administración de justicia, no hay órgano superior o inferior al Poder Judicial mismo, por lo que no podría haber órgano que se *avoque* a materia judicial en los términos en que el español utiliza la palabra. Consideramos que sería mejor usar una expresión como ésta: «ninguna au-

(6) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo I, p: 81.

toridad puede intervenir de forma alguna en la materia de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional»

La norma también prohíbe *interferir* en el ejercicio de sus funciones. Este es un asunto delicado que tiene matices. Si por ejemplo se dicta una norma general que cambia las reglas aplicables a ciertos supuestos, entonces la norma tendrá aplicación inmediata (salvo en lo establecido en el artículo 62 de la Constitución) y los casos que el Poder Judicial tenga entre manos sobre esa materia, deberán ser resueltos de acuerdo a ella. En este caso parecería que hay intervención del Poder Legislativo porque cambia las reglas que deben ser aplicadas pero, como lo que ha cambiado es la regla general, entonces no estamos ante una *intervención en el caso*, sino ante un cambio de normatividad legislativa que es perfectamente posible de acuerdo al inciso 1 del artículo 102 de la Constitución y al artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

La intervención ocurrirá, por tanto, si el otro órgano pretende dar una norma dirigida al caso *sub litis* bajo la forma de una norma individual en función de las personas (además prohibida por el artículo 103).

Caso especial e interesante es el de la ley 26291 del 09 de Febrero de 1994 que fue dictada en el proceso de formación de una decisión importante: la resolución sobre si juzgar el caso La Cantuta correspondía al Fuero Común o al Fuero Militar. La norma dijo lo siguiente:

«Ley 26291, artículo 1.- Las contiendas de competencia sobre jurisdicción civil o militar, que no estén vinculadas al narcotráfico, se entienden resueltas por la Sala correspondiente de la Corte Suprema de la República, cuando cuenten con mayoría simple de los todos emitidos por los miembros de la Sala. Las votaciones futuras serán secretas».

«Ley 26291, artículo 2.- La presente Ley modifica toda disposición que se le oponga y es de aplicación inmediata a todos los procedimientos en actual trámite, sin requerir nuevas votaciones».

«Ley 26291, artículo 3.- La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación y tendrá vigencia temporal hasta el 28 de Julio de 1995».

Francisco Eguiguren y César Azabache escribieron lo siguiente respecto del caso:

“Según el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Salas de la Corte Suprema, que están integradas por cinco magistrados, requieren alcanzar cuatro votos conformes para emitir una resolución.

Al tramitarse la contienda de competencia en el caso «La Cantuta», la Sala Penal de la Corte Suprema no pudo alcanzar el número de votos necesario para resolver. Los vocales Pantoja, Iberico y Montes de Oca se pronunciaron en favor de la jurisdicción militar, mientras que los vocales Almenara y Sivina sostuvieron la competencia de la justicia ordinaria.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 144, dispone que cuando no se reúnan los cuatro votos conformes se produce una «discordia», que debe ser tramitada siguiendo un procedimiento de dirimencia por el que se llama a votar a los vocales menos antiguos de la Corte hasta lograr el número de votos requeridos por la Ley. En el caso «La Cantuta», procedió a llamar a dirimir al vocal Giusti Acuña, reconocido por su trayectoria independiente.

Pocos días antes de que se produjera la audiencia citada por el vocal dirimente, sorpresivamente la mayoría oficialista aprobó una ley destinada a regular la resolución de contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y militar. La ley 26291 modifica para estos efectos la exigencia de los cuatro votos conformes, disponiendo que basta una mayoría simple para formar resolución. La Ley establece que la nueva regla se aplicará a las contiendas en trámite, que ya no requerirán de nueva votación para formar la mayoría de cuatro votos conformes.

Fue entonces necesario que la Sala Penal se pronunciara el día 11 de febrero sobre la aplicación o no de la ley 26291 al caso. Y nue-

vamente se produjo una decisión por mayoría simple, pues los vocales Pantoja, Iberico y Montes de Oca votaron porque se aplique la ley y se deje sin efecto el llamado a la dirimencia, considerando resuelta la contienda en favor de la justicia militar, mientras que los vocales Almenara y Sivina votaron porque se considere inaplicable la ley al caso «La Cantuta» y se continúe con la tramitación del procedimiento de «discordia».

La Sala consideró concluido el trámite y el día 14 envió el expediente penal a la justicia militar⁷ (7).

Para nosotros no cabe duda que en este caso el Congreso (y el Poder Ejecutivo al promulgar), intervinieron inconstitucionalmente en la decisión jurisdiccional que estaba en proceso de formación pues de acuerdo a las reglas establecidas previamente se requerían cuatro votos conformes para lograr decisión y aquí, por el momento en que fue aprobada y promulgada la norma, se convirtió en decisión jurisdiccional una que no lo era aún porque sólo tenía tres votos conformes. Para nosotros es muy distinto que se promulgue una norma cambiando las reglas de votación para futuro, que hacerlo para cambiar la decisión bajo curso. Y la maniobra legislativa es tanto más clara, que se da a la ley plazo de vigencia de poco más de un año, lo que no era consistente con la naturaleza de lo regulado.

- Las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada son aquellas que han sido emitidas por la última instancia en el proceso de que se trate, o que emitidas por una instancia intermedia, no han sido impugnadas mediante recurso en el plazo previsto. La cosa juzgada en el Derecho es equivalente a dos consecuencias:

(7) EGUIGUREN, Francisco y AZABACHE, César. *Análisis de la constitucionalidad de la ley 26291 y de la decisión judicial que remitió el juzgamiento del caso «La Cantuta» al fuero militar*. VARIOS AUTORES. *Boletín. Comisión Andina de Juristas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, marzo de 1994, pp. 34- 35.

- a) No puede ser modificada por nadie ni el proceso reabierto (esto último según el inciso 13. de este mismo artículo 139).
- b) Debe ser ejecutada, es decir, cumplida en todos sus términos, para lo que el concurso del Poder Ejecutivo es esencial y está normado en el inciso 9 del artículo 118 de la Constitución.

Sobre la cosa juzgada dice Quiroga:

El atributo jurisdiccional está definido por la facultad exclusiva y excluyente para determinar el derecho mediante una Declaración de Certeza, en un caso concreto, de modo válido y definitivo. Es precisamente esta definitividad la que le otorga el atributo de la cosa juzgada como autoridad y eficacia de la sentencia judicial cuando no existan medios que permitan modificarla, de allí que sus tres principales características estén definidas por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Por la primera se entiende la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión, por la segunda la imposibilidad de ulterior modificación, y por la tercera la posibilidad de cumplimiento, exigencia y ejecución.

La garantía de la cosa juzgada como elemento fundamental del Debido Proceso Legal tiene un necesario sustrato en el que aparece la necesidad jurídica de que la sentencia judicial, la Declaración de Certeza, asegure a las partes en conflicto una solución cierta del interés en disputa y, en función de ello, se otorgue al medio social la necesaria paz colectiva que asegura las relaciones de los ciudadanos en conjunto (8).

Y la concepción que Monroy da de la cosa juzgada está en el siguiente texto:

(8) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989. pp. 323-324.

Principio de la cosa juzgada [...] Para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada. Por cierto, no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta sólo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso.

Sin embargo, es importante hacer una precisión a lo expresado en el párrafo anterior. Hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir, a la fundabilidad de la pretensión. Nos estamos refiriendo a aquellas decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son los casos, por ejemplo, de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

Un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. Es decir, es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, anotamos que doctrina reciente no descarta, en determinadas circunstancias, su revisión judicial (9).

En relación a la reapertura de procedimientos judicialmente concluidos y por tanto cosa juzgada, existe la siguiente jurisprudencia constitucional:

(9) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy. 1996. Tomo I, pp. 86-87.

“El artículo 6 de la Ley 23506 precisa que no proceden las acciones de garantía contra resoluciones emanadas de un procedimiento regular, pero analizados el auto y la sentencia de fojas 97 y 106 respectivamente, se puede observar que el supuesto de la norma acotada no es de aplicación a dichas resoluciones por cuanto han sido expedidas dentro de un procedimiento irregular. La regularidad del proceso sobre desahucio concluyó con la sentencia expedida por el Juez Suplente a fojas 92 y el procedimiento irregular comenzó con el auto de fojas 97 expedido por el Juez Titular Dr. Nilo Campos Hurtado. No puede afirmarse que dichas resoluciones hayan sido expedidas en un procedimiento regular que concluyó con la sentencia de fojas 92, máxime si el Juez Titular no tenía competencia para retomar un juicio que ya había concluido por virtud de las normas procesales.

La Constitución Política del Estado en su artículo 233 inciso 2) señala que «ninguna autoridad puede ... modificar sentencia ni retardar su ejecución», disposición que ha sido conculcada por el Juez demandado al expedir el auto y la sentencia acotadas, por cuanto retardó y posteriormente modificó una sentencia. Además, el inciso 11) del artículo acotado señala la prohibición de revivir procesos fenecidos, garantía que no ha sido respetada por el Juez”. (Resolución de la Corte Suprema, del 14 de julio de 1986 en la acción de amparo seguida por Ana María Tuch Bolzmacher contra el Juez del Primer Juzgado en lo Civil de Trujillo).

En este caso el juez titular declaró la nulidad e insubsistencia de la sentencia que declara fundada la demanda y de las notificaciones de fojas 92 realizadas por el juez suplente. Fundó estas decisiones en que no se había proveído en tiempo oportuno una solicitud de informe oral que corre a fojas 93 y que en consecuencia se había recortado el derecho de defensa de la parte correspondiente. Finalmente, el mismo juez titular a fojas 106 emitió sentencia declarando infundada la demanda, sentencia que difiere de la del juez suplente emitida antes.

La Corte Suprema establece así que cuando un proceso ha concluido con sentencia que pasa en calidad de cosa juzgada no puede ser luego reabierto arguyendo vicios procesales y que, si esto ocurre como en el caso presente, se trata a partir de allí de la existencia de un proceso irregular contra el cual cabe la acción de amparo. Aunque esta sentencia fue expedida bajo la Constitución de 1979, es perfectamente aplicable como

antecedente a las normas correspondientes de la Constitución de 1993 pues el significado de ellas no ha variado de una Carta a otra.

Volviendo al artículo bajo comentario, también está prohibido cortar procedimientos en trámite, modificar sentencias y retardar su ejecución, normas que en nuestro criterio se explican por sí mismas.

La parte final del inciso se refiere a dos aspectos muy importantes del poder del Estado y que están reconocidos como excepciones no sólo en este inciso, sino también en otros artículos. Su reconocimiento en la teoría es indiscutible y de allí, el acierto de que el Constituyente los haya ubicado aquí. Son:

- El derecho de gracia que consiste en la amnistía, el indulto y la conmutación de penas. En realidad, son modificaciones que hacen de las sentencias judiciales otros órganos del Estado, pero en función de aplicar el derecho de gracia que es reconocido al poder público. En estos casos, la modificación de la sentencia no es inconstitucional sino plenamente legítima. La norma concuerda con el inciso 6 del artículo 102 de la Constitución para la amnistía, y con el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución para los indultos y la conmutación de penas.
- La atribución de investigación del Congreso, que es amplia y general. En este sentido, puede investigar a la par que el Poder Judicial o, inclusive, antes o después que él. Sin embargo, el Congreso hará siempre una investigación sustentada en sus atribuciones políticas de control y nunca en uso de la función jurisdiccional. Por ello, nada de lo que el Congreso halle o decida, tendrá efecto jurisdiccional alguno. Simplemente, podrán ser elementos de juicio que el propio órgano legislativo aporte al juez de la causa para que él tome la decisión jurisdiccional que le compete. La norma está relacionada con los artículos 96, 97, 99 y 100 de la Constitución.

Desde luego, las investigaciones del Congreso no tienen influencia en la administración de justicia en sí misma, como proceso de deliberación y resolución del juez. Sí tiene influencia procesal en ciertos casos, que son los establecidos en la parte final del artículo 100: si el Congreso acusa en el caso de antejuicio, el Fiscal de la

Nación está obligado a formular denuncia y el Vocal Supremo competente abre la instrucción también mandatoriamente. El párrafo final del mismo artículo es también mandatorio: «*Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso*». El comentario a esta norma puede verse en la parte pertinente.

238. Artículo 139 inciso 3

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las principales reglas que podemos encontrar en las Constituciones pasadas relativas a las seguridades del procedimiento y que, si bien son mandatos específicos y no reglas globales, en verdad pueden ser tomadas como antecedentes de una declaración de debido proceso, son las siguientes:

- «Constitución de 1823, artículo 106.- Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno». (La parte final de este artículo

fue reproducida en el artículo 126 de la Constitución de 1828; en el artículo 125 de la Constitución de 1834; en el 127 de la Constitución de 1839; en el 155 de la Constitución de 1920 y 228 de la Constitución de 1933).

- «Constitución de 1828, artículo 125.- Se prohíbe todo juicio por comisión». (Esta disposición fue repetida en los siguientes artículos: 124 de la Constitución de 1834; 126 de la Constitución de 1839; 129 de la Constitución de 1856; 128 de la Constitución de 1860; 126 de la Constitución de 1867; 155 de la Constitución de 1920 y 228 de la Constitución de 1933).
- «Constitución de 1834, artículo 150.- Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente».
- «Constitución de 1920, artículo 26.- No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan».
- «Constitución de 1933, artículo 57.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.

No puede imponerse la pena de confiscación de bienes».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 está en la siguiente norma:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

l) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación. Y

[...]

Las garantías de la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional no se establecieron expresamente en la Constitución de 1979.

El segundo párrafo del artículo 139 inciso 3 de la Constitución de 1993 y el artículo 2 inciso 20, literal 1. de la Constitución de 1979 traen las mismas disposiciones.

Análisis exegético

Los instrumentos internacionales han tratado desde diversos ángulos la materia que aborda el inciso que ahora comentamos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene diversas normas sobre el tema:

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.-

[...]

4.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a

la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

[...]”.

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.-

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores

[...]

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente

o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. [...]”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estableció:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII.- Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas”.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos trae las siguientes disposiciones:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.-

2.- Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

[...]

3.- La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

[...]”.

Si intentamos un breve resumen de lo que mandan los instrumentos internacionales podemos hacer la siguiente enumeración:

- Toda persona tiene derecho a ser oída en un tribunal en referencia a sus derechos constitucionales, sus demás derechos y obligaciones y a las acusaciones que se le hagan.
- Todas las personas son iguales ante los tribunales.
- Debe ser un tribunal imparcial e independiente.
- Debe ser un tribunal previamente establecido para la materia.
- La persona tiene derecho a un intérprete para entender y hacerse entender debidamente.

- Los procedimientos judiciales, como regla general, serán públicos aunque se admiten ciertas excepciones razonables a este principio.
- La persona debe ser debidamente informada de lo esencial del proceso.
- Existe derecho a la defensa y a prepararla adecuadamente.
- Las personas deben ser juzgadas sin dilaciones excesivas.
- Derecho a interrogar a los testigos de cargo y a presentar testigos de descargo.
- Nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Sobre el tema del derecho a un tribunal independiente e imparcial, O'Donnell presenta más material proveniente del Derecho Internacional a partir de la Comisión Interamericana en la siguiente cita:

La Comisión ha condenado algunas prácticas concretas como violatorias del derecho a un tribunal independiente e imparcial, sin entrar en el tema de los tribunales especiales, que será abordado seguidamente; entre esas citas prácticas están: el aceptar y acatar consignas provenientes del Poder Ejecutivo; el empleo de traslados o destituciones de jueces como sanción para sentencias que contrarían los intereses del gobierno; el nombramiento por el Presidente de la República de los integrantes del Poder Judicial; el nombramiento de magistrados por el Presidente de la República en base a criterios políticos; la falta de garantías sobre la inamovilidad de los jueces; el nombramiento por las autoridades militares de la localidad de los jueces de primera instancia; y el reconocimiento del derecho de las autoridades policiales de pronunciar sentencias de penas privativas de libertad. Debe agregarse a esas violaciones de la independencia del Poder Judicial la «autolimitación» de éste, que según la doctrina de la Comisión se manifiesta especialmente a través de la negación de su propia competencia para examinar los fundamentos de diversas medidas del Poder Ejecutivo, dejando al individuo efectivamente desamparado frente a la violación de derechos formalmente reconocidos y vigentes (10).

10 O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 157.

Todas las normas citadas son vigentes en el Derecho interno peruano y, de acuerdo a la metodología oportunamente explicada, tienen rango constitucional. Por consiguiente, los derechos que contienen pueden ser defendidos mediante las acciones constitucionales existentes.

El primer párrafo del artículo trata de dos conceptos que son el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

238.1 *El debido proceso*

El *debido proceso* que es un concepto desarrollado a partir del Derecho norteamericano. Fernández Segado dice de su origen:

También el desarrollo jurisprudencial de la cláusula de la Enmienda XIV del «due process of law» ha sido descollante. De una concepción puramente formal, el Tribunal Supremo ha elaborado una serie de principios sustantivos de defensa de los derechos fundamentales. La citada cláusula ha sido interpretada en estrecha conexión con el principio de igualdad y, al menos en los últimos decenios, a la luz de las nuevas realidades sociales y de la sensibilidad social dominante, de la que el Tribunal Supremo puede decirse que es su más autorizado intérprete. De esta forma, utilizando los contornos más débiles del «due process of law» el supremo órgano jurisdiccional ha creado en los últimos tiempos un área de autonomía personal en cuyo interior el individuo puede tomar decisiones sin apenas interferencias de las autoridades. Así, de este modo un tanto sorprendente, al amparo de aquella cláusula, la vida privada y la autonomía personal se han convertido en valores fundamentales protegidos jurisprudencialmente (11).

Sobre el mismo tema dice Carocca:

Los orígenes históricos de la noción de debido proceso en el Common Law, nos revelan que se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada, de buscar la justicia en la

(11) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 171.

tramitación de un concreto proceso. Su importancia, radica en que se asienta en el principio esencial de la tradición jurídica anglosajona, conforme al cual «where there is no remedy there is no right», en el sentido de que el derecho existe en cuanto se lo pone en «juicio persecui» a través del ejercicio de una «form of action». De allí que para los norteamericanos no puede existir garantía más importante que la de un proceso correcto porque cualquier derecho atribuido o reconocido en una norma sustantiva, si no es susceptible de enforcement jurisdiccional a iniciativa del titular, sería completamente ilusorio.

Por eso «la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma» (12).

El debido proceso contiene un conjunto complejo de elementos. En síntesis, puede decirse que el debido proceso es el cumplimiento de todas las garantías y todas las normas de orden público que debían aplicarse en el caso de que se trate. Es llevar el proceso judicial de acuerdo a Derecho.

Si el debido proceso no es observado, entonces no se ha llevado el juicio bajo la forma de procedimiento regular y entonces procedería la Acción de Amparo contra las resoluciones judiciales (artículo 200 inciso 2 de la Constitución).

Dar al concepto de debido proceso rango constitucional es muy importante porque permite aplicarlo a todo procedimiento existente en el Derecho. Dice De Bernardis en una opinión que compartimos:

Las consecuencias de entender el derecho a un debido proceso como un derecho constitucional son sumamente importantes.

(12) CAROCCA PEREZ, Alex. *Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XVI, N° 2, abril-junio de 1966, p. 85.

Primero, porque permite establecer con carácter absoluto su aplicación en cualquier proceso que se pretenda llevar a cabo, ante cualquier persona o autoridad pues, por su carácter fundamental, requiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar al mayor grado de justicia.

Segundo, debido a que ninguna autoridad encargada de la tramitación o resolución de un proceso podrá invocar que no se encuentra vinculada al mismo y pretender circunscribirlo al ámbito estrictamente jurisdiccional.

En tercer lugar, es importante señalar que ello permite al justiciable invocar las acciones de garantía específicamente establecidas para alcanzar un alivio eficiente de cualquier violación de este derecho fundamental.

Como cuarto aspecto, podemos mencionar que se consagra su aplicación general, con independencia de la materia del proceso o su trascendencia económica (13).

Un tema debatido en relación al debido proceso es su contenido. Dice Carocca al respecto:

Algunos pocos entienden que tal denominación sólo se podría aplicar a aquél proceso, que respeta todas y cada una de las garantías procesales que se enumeran en el art. 24 CE, es decir, de las ya previamente constitucionalizadas, en el entendido de que sólo la observancia de todas ellas, puede dar lugar a la tramitación de un «debido proceso» conforme a los cánones internacionales.

Otros, en cambio, utilizan la expresión aplicándola a un proceso en que se han respetado sólo algunas de las garantías que enumera la misma disposición constitucional, y que serían fundamentalmente las que se contienen en el apartado segundo del referido artículo 24 de la Carta Constitucional.

(13) BERNARDIS, Luis Marcelo de. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, Cultural Cuzco S.A., editores, 1995, p. 413.

Para otros se incluirían, en cambio, las reconocidas en otros preceptos de la Constitución distintos al art. 24, tales como, «por ejemplo, las relativas a la detención -art. 17-, prisión provisional, registros domiciliarios, intervención judicial de las comunicaciones -art. 18-, intervención judicial en el secuestro de publicaciones -art. 20-, etc.» Por contra, otros opinan que estas garantías «preprocesales», es decir, previas al proceso, (las consagradas en los arts. 17 y 18), precisamente por no referirse a un proceso penal «ya instaurado» y estar reconocidas en estas disposiciones especiales, no tendrían porque formar parte del derecho a un «proceso con todas las garantías». Añaden, estos mismos que «en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución completa e integra el contenido del art. 24 las garantías reconocidas en los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España». En el apartado siguiente nos referiremos específicamente a estas garantías reconocidas en tales instrumentos internacionales.

Lo concreto, es que en todas estos casos, estos autores mantienen inalterada una tesis sustancial, porque para la configuración del debido proceso están pensando en un juicio respetuoso de los derechos de orden procesal previamente acogidos a nivel constitucional (14).

Para Quiroga los elementos de juicio sobre el tema son los siguientes:

La Constitución establece un *mínimum*, y no un *máximo*, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repute como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un Debido Proceso Legal. La relación de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia no se agota en sí misma y es susceptible de ampliación doctrinaria o interpretativa (15).

(14) CAROCCA PEREZ, Alex. *Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XIV1, N° 2, abril-junio de 1966, p. 67.

(15) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la adminis-*

Por nuestra parte, consideramos que es importante tomar en cuenta que el principio del debido proceso viene de la jurisprudencia anglosajona en la que no se comienza nunca por los grandes conceptos definidos, sino por los casos concretos, las analogías y diferencias. No es extraño que en el Derecho anglosajón lo esencial de un concepto esté perfilado con claridad, pero que sus alcances varíen con las diversas sentencias, añadiéndosele contenido porque así es el sistema de resolución y de establecimiento de precedentes en el Derecho Anglosajón. No debe pues extrañarnos que el concepto llegue hasta nosotros empapado de este espíritu por su origen y que, por lo tanto, complique las cosas al aplicarse en nuestro sistema porque nosotros sí exigimos conceptos prefigurados y definidos en sus alcances por la doctrina o la ley.

En otras palabras, consideramos que el debido proceso es una institución anglosajona que se comporta como anglosajona y que, por consiguiente, sólo puede ser definido y precisado por la propia ley y por la jurisprudencia que lo aplique creativamente. Desde luego, esto lo hicieron también (y antes que los anglosajones) los romanos. De manera que no hay una inconsistencia fundamental entre el concepto de debido proceso y nuestra familia jurídica. Lo que pasa es que hay que pensarlo como un concepto claro, pero abierto a las determinaciones que hagan los jueces respecto de él.

Ante el problema de definición de los contenidos del debido proceso, hemos elaborado la siguiente tabla, tomada de diversos autores nacionales y extranjeros, que demuestran la diferencia de opiniones sobre lo que sí y no debe ser considerado como parte del debido proceso (16):

tración de justicia. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después.* Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 305.

- (16) Hemos tomado los conceptos contenidos en las siguientes publicaciones: NOVAK, Fabián y MANTILLA, Julissa. *Las garantías del debido proceso.* Materiales de Enseñanza. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, 1996. (Aquí están los elementos correspondientes a De Bernardis, Chichizola y Fix-Zamudio. El material de César Landa fue tomado de: LANDA ARROYO, César. *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana.* En *Pensamiento Constitucional.* Año III, N° 3. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

Elemento del debido proceso	De Bernardis	Chichizolla	Fix-Zamudio	Landa
juicio oral	X		X	
no declarar contra sí mismo (penal)	X	X		
declarar libremente				X
careo de acusado y testigos (penal)	X			
no juzgar dos veces por lo mismo	X			
no restringir derechos por orden ejecutiva	X			
no afectar derechos por la ley retroactiva	X			
notificación y audiencia en todo juicio	X		X	
recurrir a los órganos jurisdiccionales		X		
conocer pretensión en su contra	X	X		X
proceso ante el juez natural	X	X	X	
procedimiento regular		X		
aseguramiento de defensa	X	X		X
juicio previo penal		X		
ley anterior penal		X		
Derecho a la jurisdicción		X		
publicidad del proceso	X		X	X
igualdad efectiva de las partes			X	
presunción de inocencia	X		X	
oportunidad de probar lícitamente	X		X	X
providencias precautorias			X	
fundamentación del fallo			X	X
control constitucional del proceso			X	
uso del propio idioma	X			
ausencia de dilaciones indebidas	X			
instancia plural	X			
derecho a la cosa juzgada				X

Puede verse que no existe un solo elemento en el que coincidan los cuatro autores citados. Tal es la dispersión de contenidos que tiene el debido proceso en la doctrina.

Sin embargo, no consideramos que esto deba disminuir la importancia del concepto de debido proceso. Por el contrario, debe dejarse desarrollar y que la propia jurisprudencia peruana diseñe un conjunto de

componentes a medida de las necesidades de la justicia nacional, que luego puedan ser recopilados y sistematizados por la doctrina nacional. El concepto de debido proceso, en sí mismo, es una garantía internacionalmente reconocida, como hemos visto, que nos toca desarrollar y proyectar a través, fundamentalmente, de la actividad jurisdiccional.

El siguiente es un caso de jurisdicción constitucional peruana en materia de debido proceso. Se trata de un juicio de retracto en el que la cónyuge copropietaria de un bien no es parte y, por tanto, se ve privada de su propiedad sin haber litigado. Se trata, según la resolución, de que se ha violentado su derecho al debido proceso:

“[...] conforme aparece del testimonio de compra venta del predio rústico «Los Medinas» obrante de fojas tres a siete, éste fue adquirido por la sociedad conyugal formada por don Dionisio Quispe Báez y doña Porfidia de la Cruz Cataño de Quispe, pues en dicho documento, en la parte introductoria de la escritura a que éste se contrae se hace constar dicha situación, especificando en líneas siguientes que dicho comprador procede por sí y en representación legal de su esposa doña Porfidia de la Cruz Cataño de Quispe, lo que identifica el citado predio como una adquisición en calidad de bien común; que, sin embargo, de la fotocopia obrante a fojas nueve, se aprecia que la demanda de retracto interpuesta por el colindante del citado predio, fue incoada únicamente contra el esposo, don Dionisio Quispe Báez, obviándose demandar a la copropietaria, no obstante lo cual el Juzgado ha dado curso al proceso y ha pronunciado sentencia declarando fundada la demanda, con la consiguiente transferencia de propiedad del predio «Los Medinas» por parte del demandado comprador y su esposa en favor del retrayente; que, en tal virtud, el derecho de propiedad de la mencionada esposa ha sido lesionado por cuanto se le obliga a deshacerse de su parte del predio, en virtud de un juicio de retracto, no obstante hallarse fuera de tal proceso, no siendo parte de él por no haber sido demandada; habiéndose conculcado su derecho al debido proceso, consagrado garantía constitucional en el apartado 1 del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución, así como el derecho a la propiedad protegido por los artículos ciento veinticuatro y ciento veinticinco de la propia Carta Magna de la República; que, por otra parte, si bien la sentencia del Juez demandado ha sido materia de revisión por la instancia superior, ello no resta validez a la acción de garantía incoada, por cuanto la Sala de la Corte Superior ha mantenido la

lesión constitucional producida en Primera Instancia; que, si bien la acción de garantía no implica la creación de una supra instancia jurisdiccional que revise la validez de los fallos judiciales, en casos como el presente en que es notoria la transgresión de normas constitucionales por parte de una autoridad judicial, la vía idónea para reclamar el cese de tal violación constitucional y al reposición de las cosas al estado anterior a ella es, indudablemente, la acción de amparo, conforme lo establece, el artículo quinto de la ley número veintitrés mil quinientos seis, en concordancia con el inciso dieciséis del artículo veinticuatro de la misma Ley; que, asimismo, habiéndose acreditado los hechos materia de la demanda, mediante los documentos obrantes de fojas tres a fojas dieciséis, la acción de amparo incoada resulta fundada [...]”. (Resolución de la Corte Suprema de la República del 7 de setiembre de 1992, en la acción de amparo interpuesta por doña Lucha Quispe de la Cruz en calidad de apoderada de doña Porfidia de la Cruz Cataño de Quispe, contra el Juez de Tierras de Camaná).

La Corte Suprema considera que al plantearse un retracto sólo contra uno de los cónyuges que forman la sociedad en la que está el bien común a ser adquirido por quien ejerce tal derecho, se ha configurado una privación del derecho al debido proceso frente al cónyuge que no fue demandado. En el caso, además, hay una vulneración del derecho de propiedad.

Estimamos que aún cuando la resolución fue dictada al amparo de la Constitución de 1979, también puede ser considerado un precedente obligatorio frente a las normas pertinentes de la Constitución de 1993 que son, para el debido proceso el artículo 139 inciso 3 y, para la propiedad, el artículo 2 inciso 16 y el artículo 70.

Otro caso interesante es también resuelto por la Corte Suprema. Los considerandos que nos interesa resaltar son los siguientes:

”[...] Cuarto: Como emanación de la garantía de la legítima defensa, se reconoce por parte de la doctrina y la jurisprudencia administrativa y judicial, el principio denominado del debido proceso, vigente también en el proceso administrativo: a) Derecho de ser oído; b) Derecho de ofrecer y producir pruebas; y, c) Derecho a una decisión fundada. El primer derecho comprende para el administrado, la posibilidad de exponer las

razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. El segundo derecho comprende el derecho de ofrecer y producir pruebas dentro del plazo que fije la administración y reclamar de la administración que requiera produzca los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y verdad jurídica objetiva. c) El último derecho enumerado se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar actos administrativos. La garantía del debido proceso adjetivo se realiza debidamente, sólo si la decisión hace expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas en tanto fueran conducentes a la solución del caso [...]”. (Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Suprema, emitida el 15 de setiembre de 1997 en la acción de amparo interpuesta por Germán Ayón Calderón contra el Presidente de la Asociación Civil denominada Gran Logia de Masones del Perú y por extensión a su vicepresidente sobre el decreto 114-96-0230-2379 mediante el cual el Gran Maestro Presidente de la Gran Logia del Perú lo suspende por sesenta días en sus derechos y prerrogativas).

En nuestro criterio, son tres los aspectos interesantes de esta resolución para la materia que tratamos:

- La vinculación que hace entre el derecho de legítima defensa y del debido proceso. La Corte dice que éste se reconoce como emanación de aquél lo que no nos parece tan exacto porque son dos instituciones independientes entre sí, pero indudablemente sí hay un contenido de legítima defensa en el debido proceso y ése es precisamente el sentido que queremos rescatar de esta sentencia: es una significación correcta porque la legítima defensa está contenida en el debido proceso.
- En segundo lugar, es importante la precisión de los tres elementos que la Corte considera la legítima defensa aporta al debido proceso: ser oído; ofrecer y producir pruebas y derecho a una decisión fundada. Compartimos plenamente esta concepción.
- En tercer lugar, es también importante la extensión que la Corte Suprema hace del debido proceso al ámbito administrativo. Nos parece correcta.

Estos elementos de juicio podrán tenerse como principios generales vinculatorios en futuros casos, de acuerdo a las normas establecidas en la Ley 23506 sobre la materia.

238.2 *La tutela jurisdiccional*

Según Madeleine Heredia, la definición de este concepto es la siguiente:

Así debe mencionarse que en el pensamiento de Couture la Tutela Judicial Efectiva constituye «la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas». Ahora bien, para realizar estos cometidos en el proceso judicial-jurisdiccional, profundamente enraizados en su estructura y teleología, se requiere que dicho instrumento se encuentre revestido de las garantías mínimas que procuran esa tutela a los justiciables, las mismas que micro-unidades reunidas en un todo se conoce como Debido Proceso Legal o Due Process of Law (17).

No es la única en asimilar los conceptos de tutela jurisdiccional y debido proceso. Quiroga Dice:

Por Tutela Judicial Efectiva o Debido Proceso Legal, se entiende, según Couture, en particularidad en el léxico de la Escuela Alemana donde tiene su afincamiento a partir del Derecho Justicial, la satisfacción efectiva de los fines del derecho en el proceso, la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas [...]; esto es, la misma idea que anima el origen y finalidad del proceso judicial jurisdiccional. De allí es que sin duda la doctrina procesal actual equipara plenamente los conceptos de Tutela Judicial Efectiva en tanto tutela jurídica con su instrumento

(17) HEREDIA MENDOZA, Madeleine. *Naturaleza Procesal de la Acción de Amparo*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 7.

el proceso judicial, con el concepto anglosajón de Debido Proceso Legal o Due Process of Law (18).

Por su parte Carocca, opina de la misma manera en esta cita:

Importantes autores, han puesto de relieve que el reconocimiento de la garantía de la tutela judicial efectiva, es propio de un sistema de Derecho Continental, la respuesta de algunos de los países en los que rige este sistema jurídico, a los problemas que antes había venido solucionar en el Common Law, el «debido proceso» y que, por lo tanto, ambos pueden ser considerados equivalentes. En definitiva, se trataría de instrumentos distintos, que obedecen a concepciones jurídicas diferentes, para el logro de los mismos fines. Esta tesis ha venido siendo desarrollada hace ya tiempo por destacados autores italianos, que se han encargado de poner de relieve la semejanza de soluciones, desde sus respectivas perspectivas, a que han conducido y continúan conduciendo el derecho a la tutela judicial y el debido proceso (19).

La explicación de Carocca es plausible: muchas instituciones nacen paralelamente en el Derecho Anglosajón y en el Romano Germánico y adoptan dos nombres distintos para decir, en sustancia, la misma cosa. Hay que destacar también que, no obstante la opinión anterior, Carocca indica contenidos posibles de la tutela jurisdiccional:

Con tales prevenciones, y más en concreto, nos parece que las principales facultades que se pueden considerar amparadas por el derecho a la tutela judicial efectiva, podrían ser, muy brevemente, las siguientes:

-
- (18) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 303.
- (19) CAROCCA PEREZ, Alex. *Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XLVI, N° 2, abril-junio de 1966, p. 75.

a) La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, dando inicio a un proceso.

b) La de obtener una sentencia que declare el derecho de cada una de las partes.

c) La de interponer recursos.

d) La de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva (20).

De manera que lo más razonable en vista de la cercanía de los dos conceptos, es decir que debido proceso y tutela jurisdiccional parecen ser en sustancia el mismo cuerpo de derechos que tiene dos nombres distintos por haber tenido dos procedencias distintas, tanto de naciones, como de familias del Derecho. Desde el punto de vista de nuestra Constitución debiera haber bastado con una de las alternativas en este inciso y, en tal caso, debería haberse elegido la de debido proceso que tiene mayor reconocimiento en el Derecho contemporáneo.

238.3 *La jurisdicción predeterminada*

Al abrirse un proceso judicial, existen normas preestablecidas que señalan cuál será el trámite a seguirse en un caso determinado. Puede tratarse de un asunto que tenga procedimiento específico, o puede no tenerlo y entonces será canalizado por el procedimiento que suple la falta de aquéllos. Sin embargo, de todas formas, tenemos un procedimiento señalado para cada problema a solucionar.

Lo que establece este artículo es que nadie puede ser desviado de la jurisdicción predeterminada. Tal vez, en vez de *jurisdicción predeterminada* debió decirse «del juez y procedimiento predeterminados» porque, en realidad, es lo que quiere decir el principio del segundo párrafo.

(20) CAROCCA PEREZ, Alex. *Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XVI, N° 2, abril-junio de 1966, p. 73.

El mandato de la norma es correcto porque así se evita que a una persona determinada se le pongan jueces o procedimientos favorables o perjudiciales, *por el hecho de ser tal persona*. Esto no es compatible con el principio de que la ley es igual para todos sin diferencia de personas.

Mención especial merece la prohibición de juzgamiento por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales creadas al efecto. En ambos casos, se correrá el grave peligro de que los jueces sean puestos a medida de los intereses, bien a favor bien en contra de la o las partes y esto tuerce la justicia, que debe ser imparcial, predeterminada y *ciega* en el sentido de que no debe mirar a quién es enjuiciado, para recién determinar el trato que le dará.

En realidad, este artículo no se pone en hipótesis de laboratorio. En el Perú existió la ley 11049 dictada durante el gobierno del General Odría, en la que se establecía tribunales con funciones jurisdiccionales, conformados por burócratas de la administración central. Estos excesos no deben volver a ocurrir y, en ese sentido, la norma establecida es totalmente apropiada.

Quiroga dice sobre este tema:

El Derecho al Juez Natural tiene básicamente dos alcances: uno primero lato, pero fundamental, constituido por la imposibilidad de ser sometido a juicio ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en sentido procesal estricto), para cuyo efecto no sólo se prohíben los tribunales especiales fuera del aparato judicial y los juicios por delegación o comisión (tribunales Ad-Hoc, las «comisiones investigadoras», «tribunales revolucionarios», «tribunales del pueblo», etc. creados por el poder político en nuestras convulsionadas realidades sociales); sino también la imposibilidad de crear «fueros» especiales en razón de las personas o colectivos de personas por sus «especiales» condiciones personales o sociales como antaño. Hay sólo, señala taxativamente la Constitución, dos excepciones a esta regla general: la jurisdicción militar que se rige por la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar, como rezago moderno de un típico «fuero de casta» que se mantiene vigente en la mayoría de las naciones y que está referida al juzgamiento del personal militar en servicio y sólo por los actos

del servicio o función militar [...] La segunda está referida a la denominada «jurisdicción arbitral» que en puridad no es una jurisdicción diferente a la del Poder Judicial. Sin embargo, las excepciones a la regla general no están a su vez exceptuadas del cumplimiento de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia ni de los principios básicos del Debido Proceso Legal [...]» (21).

Y luego añade:

En su segundo alcance el Derecho al Juez Natural tiene como base un principio de legalidad: los ordenes competenciales de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados, que están necesariamente predeterminados por la ley no por el arbitrio de un acto de autoridad o de las partes involucradas. Producido un conflicto de interés el justiciable debe estar en la posibilidad de poder determinar de antemano y en forma objetiva cuál es el orden jurisdiccional que ha de conocer su asunto litigioso, lo que preserva el irrenunciable derecho al juez imparcial, atributo y garantía del Debido Proceso Legal. Son las reglas de competencia las que defienden el principio del acceso libre del justiciable al Juez Natural en defensa de los principios de equidad e imparcialidad (22).

Como puede apreciarse, el principio del sometimiento al juez natural termina siendo en opinión de este autor uno de los elementos del debido proceso. Todos los conceptos tomados en este inciso se relacionan entre sí de manera estrecha. Sin embargo, debido proceso y derecho al juez natural se diferencian entre sí como el género a la especie. Para los dos es muy importante tener el rango constitucional en el Perú porque así permiten una mejor protección a la persona.

(21) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 309-310.

(22) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 310.

Tenemos un caso de jurisprudencia constitucional relacionado al tema que tratamos:

“Básicamente nuestra Constitución establece en su parágrafo «1» del inciso segundo del artículo segundo que nadie puede ser desviado de la jurisdicción preestablecida por la ley.

Que al suscribirse el contrato que ha dado origen al problema legal submateria, éste fue considerado como uno de suministro, desprendiéndose del análisis de su texto que se trata pues de este tipo de contrato, y no uno de obra pública como pretende el Ministerio de Salud; y que por tanto dada su naturaleza eminentemente civil, su rescisión sólo se producirá por decisión de las partes o por la de la autoridad judicial; dependiendo de la ley procesal civil el trámite a seguir para lograr ese propósito.

Determinadas así las cosas se tiene, que la rescisión unilateral del contrato por parte del Ministerio aludido, implica incuestionablemente que ha asumido funciones de orden jurisdiccional reservadas para las autoridades judiciales, y que de esta forma ha desviado a la accionante de la jurisdicción preestablecida por la ley”.

El Tribunal de Garantías Constitucionales ha establecido aquí un principio consistente en que, cuando una autoridad administrativa rescinde un contrato unilateralmente sin la autorización para hacerlo (porque, por ejemplo, dicho contrato se rige por las reglas del Código Civil como en este caso), se ha producido una desviación de la jurisdicción preestablecida por la ley porque dicha rescisión sólo puede ser autorizada por la autoridad jurisdiccional.

En nuestro concepto, más bien de lo que se trata es de un acto jurídico inválido de una de las partes, que debiera ser impugnado jurisdiccionalmente por la otra u otras perjudicadas. Sin embargo, como es obvio, tal solución no abriría la vía de las garantías constitucionales sino la ordinaria. Por consiguiente, la solución aportada por el Tribunal de Garantías, cuestionable desde nuestro punto de vista por la razón anotada, es una forma de dar canalización al caso por la jurisdicción constitucional.

En este sentido, y a pesar de nuestra discrepancia, consideramos que constituye un antecedente válido para la aplicación del artículo 139 inciso 3 de la Constitución de 1993, a pesar que la resolución fue dictada cuando estaba en vigencia el texto constitucional de 1979. Por las razones antedichas, sin embargo, consideramos que lo jurídicamente más adecuado es que la futura jurisprudencia se aparte de este fallo estableciendo que, en estos casos, se trata de un acto inválido de una de las partes que deberá ser impugnado por la vía ordinaria.

239. Artículo 139 inciso 4

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La publicidad como esencial para los juicios fue reconocida, con diversas redacciones, en los siguientes artículos: 107 de la Constitución de 1823; 120 de la Constitución de 1826; 122 de la Constitución de 1828; 123 de la Constitución de 1834; 125 de la Constitución de 1839; 128 de la Constitución de 1856; 127 de la Constitución de 1860; 125 de la Constitución de 1867; 154 de la Constitución de 1920 y 227 de la Constitución de 1933.

Una redacción paradigmática para todos estos casos, es la que contiene la Constitución de 1834:

«Constitución de 1834, artículo 123.- La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta, y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que es antecedente del inciso que comentamos tiene el siguiente texto:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

3. La publicidad en los juicios penales. Los tribunales pueden deliberar en reserva con la presencia de todos sus miembros, pero las votaciones son públicas. Sólo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional, o cuando están de por medio intereses de menores, o la vida privada de las partes, o cuando la publicidad menoscaba la recta administración de justicia, pueden los tribunales, por decisión unánime de sus miembros, disponer que el juicio o parte de él se sustancie en privado. Los juicios por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución siempre son públicos.

[...P”.

Ambas Constituciones establecen el principio general de la publicidad de los procesos penales.

También ambas Constituciones consideran que puede haber excepción a dicho principio general. La Constitución de 1979 especificaba los casos en que ello podía ocurrir (razones de moralidad, orden público, seguridad nacional, intereses de menores, intimidad, o cuando la publicidad menoscabara la recta administración de justicia). La Constitución de 1993 los remite a la ley.

Finalmente, ambas Constituciones señalan a los mismos procesos como aquellos que siempre deben ser públicos.

Análisis exegetico

La publicidad de los procesos judiciales está reconocida en los instrumentos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.-

1.- [...] La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores (...).».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también establece lo siguiente:

« Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

5.- El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».

El procedimiento reservado siempre se presta a la arbitrariedad y a la corrupción, por lo que debe ser evitado. Por eso la primera parte del inciso establece como regla general la publicidad de los procesos. Sin embargo, existen algunos casos en los que no es conveniente ventilar los hechos en público (el ejemplo clásico es el de un delito contra el honor sexual de una persona de conducta intachable: ventilar públicamente la desgracia de esa víctima puede ser inconveniente para ella y para la so-

ciudad misma). Por ello, la parte final del primer párrafo establece la posibilidad de que la ley diga que ciertos procesos se hagan en privado. Pero si no hay autorización expresa de la ley, entonces se aplica la regla general constitucional de la publicidad de los procesos.

Sobre el tema de la publicidad de los procesos dice Monroy:

Principio de publicidad.- Esta vez el concepto público no está tomado en el sentido de difusión, sino simplemente en un sentido contrario a reservado. La actividad procesal es una función pública, en virtud de lo cual, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos.

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente (23).

Y Quiroga expresa lo siguiente:

«La publicidad en juicio es una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia pues permite el control social, a través de los medios de comunicación social, de la actividad jurisdiccional. El juzgamiento en reserva, de modo privado, pertenece a una etapa inquisitorial, del proceso judicial, alejada en un Estado Moderno de Derecho organizado bajo una estructura democrática donde precisamente al ciudadano se le permite la mayor participación en las decisiones trascendentales de la Nación. Precisamente la publicidad en juicio permite la participación ciudadana, de modo directo, controlando la labor judicial dentro de lo que se considera como la opinión pública (24).

(23) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá, Ternis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo I, p. 84.

(24) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la adminis-*

Podemos así decir que la publicidad de los procesos es un instrumento que tiene dos facetas importantes:

- Una es la protección de quien es procesado, porque será más difícil cometer arbitrariedades contra él.
- La otra es el control de la sociedad sobre la administración de justicia, que sólo puede ser hecha cabalmente si los interesados y los medios de comunicación tienen acceso a la realización de los procesos. En esto último sin embargo, será preciso combinar la publicidad con la ponderación en la información para no desnaturalizar esta garantía y convertirla en un mecanismo de difusión de todo lo dicho ante los tribunales, mucho de lo cual puede no ser cierto, o puede ser malinterpretado y, con ello, agravar el honor o la reputación de las personas involucradas.

El segundo párrafo se refiere a procesos que está prohibido constitucionalmente ventilar en privado. En el caso de los de responsabilidad de funcionarios públicos por un afán especial de moralización: para que se produzca castigo ejemplar y para hacer más difícil que haya corrupción en el trámite y las decisiones jurisdiccionales.

En los casos de los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos constitucionales fundamentales (que son todos los del artículo 2 de la Constitución) para garantizar que la reserva no permita el abuso, bien en un castigo excesivo, bien en una actitud tolerante. Ambos aspectos son suficientemente críticos en materia judicial como para merecer un trato exclusivamente público.

240. Artículo 139 inciso 5

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

tración de justicia. VARIOS AUTORES. La Constitución diez años después. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 313-314.

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

[...]»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

4. La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan.

[...].”

Ambas Constituciones contienen las mismas disposiciones al respecto, salvo que la Constitución de 1993 hace excepción de la fundamentación a las resoluciones judiciales de nuevo trámite, modificación técnicamente pertinente.

Análisis exegético

Sentencia no motivada es instrumento fácil de manipulación en manos tanto del juzgador como de terceros que puedan influir en él, directa o indirectamente. Además, cada sentencia sirve de precedente (vinculante o simplemente ilustrativo pero no poco importante) para la resolución de casos sucesivos. Este carácter de precedente es imposible de aplicarse si es que la sentencia no tiene fundamentos.

Monroy incide en la importancia que la fundamentación tiene para

los derechos de quienes se hallan sometidos a jurisdicción y para la coherencia total del proceso en la medida que fundamentación del juez exige fundamentación de las partes y de otros intervinientes:

Principio de la motivación de las resoluciones judiciales. [...] No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su *sindéresis*. Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquellas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.

Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional» (25).

Por su parte, Quiroga destaca la mejor defensa que puede ejercitarse a través de la fundamentación de las sentencias, lo que muestra, de paso, la vinculación entre estas dos garantías (la defensa está ubicada en el inciso 14 de este artículo 139 de la Constitución):

Mientras que frente a la fundamentación hay posibilidad de refutación, y por lo tanto de un más amplio ejercicio del derecho de defensa, frente a la decisión inmotivada ello no es posible. Esto hace que, por ejemplo, tanto en el derecho comparado como en el nacional, en materia penal se haga necesario instruir al acusado con la mayor explicitud de los cargos que contra él se han formulado.

(25) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá, Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Tomo I, pp. 85-86.

La excepción está dada con las resoluciones judiciales de mero trámite que no requieren (ni es posible darles) fundamentación alguna, o de las actuaciones judiciales incluidas dentro del trámite administrativo judicial o dentro de la denominada jurisdicción voluntaria (26).

La motivación debe ser escrita para que quede constancia de ella. Existen dos elementos en esta motivación: la ley aplicable, que debe ser identificada por el juez, y los fundamentos de hecho, es decir, los hechos en base a los cuales llega a la decisión que ha formulado (y que, obviamente, deben haber sido probados en el proceso).

Los decretos de mero trámite son los que deben ser dictados para hacer avanzar el procedimiento, sin que en ellos se contenga ninguna decisión del juez: todos los decretos de mero trámite los hace para cumplir la ley procesal; son formas, no asuntos de fondo.

El siguiente es un caso de jurisprudencia constitucional vinculada a la garantía de motivación de resoluciones:

“La casación tiene por objeto observar que en las resoluciones expedidas en las acciones de garantía no se haya violado o aplicado erróneamente la ley así como que se hayan cumplido las formas prescritas para tramitar el procedimiento.

Para llevar adelante esta misión, el Tribunal de Garantías Constitucionales, tiene:

1. Que examinar los fundamentos legales que prevalecen en las resoluciones pronunciadas en el juicio de amparo, para lo cual es ineludible que las resoluciones expedidas cumplan con lo previsto en el artículo doscientos treinta y tres, inciso cuarto, de la Constitución Política, concordante con el artículo mil setenta y cuatro inciso ter-

(26) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 316.

cero, del Código de Procedimientos Civiles, esto es con la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan. El incumplimiento de las disposiciones legales citadas impide al Tribunal señalar la debida o indebida aplicación de la ley, consecuentemente, observar el mandato contenido en los artículos cuarenta y seis y cuarenta y siete de la Ley Orgánica del Tribunal.

2. Examinar si el procedimiento se ha ajustado a las normas prescritas, y si es aplicable lo dispuesto en el artículo mil ochentiséis, incisos dos y tres del Código de Procedimientos Civiles.

La resolución de la Corte Suprema se pronuncia de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, por la no nulidad de la vista, sin agregar fundamento propio. Es preciso, entonces, analizar estas piezas del expediente. El dictamen del señor Fiscal se limita a hacer una afirmación, que estima pertinente, sin indicar cual es su origen legal; el mismo defecto se observa en el auto recurrido de fojas tres. No se ha dado pues cumplimiento a lo prescrito en el artículo doscientos treinta y tres, inciso cuarto, de la Constitución Política, concordante con el artículo mil setenticuatro, inciso tercero, del Código de Procedimientos Civiles y, consecuentemente, la posibilidad de que el Tribunal examine los fundamentos del fallo no se da [...] Por estos motivos y los fundamentos expuestos, el Tribunal, en mayoría, FALLA: casando la resolución de la Corte Suprema [...]”. (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 9 de junio de 1983 en la acción de amparo interpuesta por Jorge Roel Pineda contra el veintitrés juzgado civil de primera instancia de Lima.)

En este caso, la casación ocurre principalmente porque la fundamentación de las resoluciones anteriores es deficiente, en el sentido de que las razones que conducen a las decisiones tomadas no están claras. En tal sentido, dice el Tribunal, no puede conocerlas ni, por lo tanto, realizar adecuadamente su función.

La interpretación nos parece pertinente, en primer lugar, porque los litigantes tienen como principio jurisdiccional aplicable la “(...) motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto

los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”, como reza el inciso que ahora comentamos.

En este sentido, la resolución aunque dictada bajo el imperio de la Constitución de 1979, es directamente aplicable como elemento de principio e interpretativo al inciso 5 del artículo 139 de la Constitución de 1993.

Otro caso vinculado a la misma garantía de motivación de resoluciones es el siguiente:

“La Cuarta Sala en lo Civil de Lima, dicta resolución a fojas cuarentisiete, el nueve de agosto de mil novecientos ochentitrés, con la opinión del Señor Fiscal Superior, confirmando la resolución de fojas treintiocho, en razón de que, agotada la vía administrativa, el actor debió recurrir al Poder Judicial, en vía de acción, ejercitando el derecho que le franquea el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Elevado el expediente en recurso de Nulidad, el Fiscal Supremo emite el dictamen número doscientos sesenta-ochentitrés, opinando porque se declara que no hay nulidad en la resolución de vista de fojas cuarentisiete que, confirmando la apelada, declara improcedente la acción de amparo interpuesta por don Gonzalo Pardo Vargas, criterio que comparte la Segunda Sala de la Corte Suprema en la resolución que es materia del recurso de casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Considerando: que la resolución venida en casación ha omitido precisar las razones legales en que se apoya, requisito necesario para que el Tribunal pueda ejercer la función que le señala los artículos cuarentitrés y cuarentiséis, inciso primero de su Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales FALLA, en mayoría casando la resolución de la Corte Suprema de fecha siete de diciembre de mil novecientos ochentitrés a fin de que se proceda conforme a ley”.

Es una resolución que casa la de la Corte Suprema porque no precisa las razones legales en que se apoya. La norma es bastante clara y exige el cumplimiento de la regla establecida en el inciso 139 5 de la

Constitución para que las resoluciones sean válidas aunque, desde luego, la resolución fue dictada bajo la Constitución anterior.

241. Artículo 139 inciso 6

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

6. La pluralidad de la instancia.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 estableció el número máximo de tres instancias:

«Constitución de 1823, artículo 113.- No se conocen más que tres instancias en los juicios».

La norma fue seguida por las Constituciones de 1826 y 1828, desapareciendo después de la tradición constitucional peruana. Adicionalmente a ello, el artículo 124 de la Constitución de 1828 abolió el recurso de injusticia notoria.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este inciso se halla en el siguiente texto de la Constitución de 1979:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

18. La instancia plural.

[...]'.

Con diferente redacción, las dos Constituciones contienen la misma norma.

Análisis exegético

Este derecho está reconocido por los instrumentos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

« Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.-

[...]

5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley [...]».

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos trae la siguiente norma al respecto:

« Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

2.- [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

[...]».

A su vez, O'Donnell muestra otros aspectos que no provienen ya de tratados sino de las opiniones de los organismos especializados de nivel internacional (en este caso, la Comisión Interamericana):

La Comisión también ha enfatizado que no es suficiente el

reconocimiento formal del derecho de apelación, sino que deben existir condiciones que permitan efectivamente al sentenciado ejercer este derecho. En particular, ha criticado la existencia de requisitos formales injustificados y plazos demasiados breves que obstaculizan el ejercicio de este recurso, así como demoras excesivas en la revisión del fallo. El derecho de apelación ante tribunales o autoridades que no gozan de garantías adecuadas de independencia o no tienen la formación y cualidades necesarias para el cabal ejercicio de la función judicial, es incompatible con las normas regionales vigentes en la materia, según la doctrina de la Comisión (27).

Puede verse que la preocupación del contexto internacional sobre el derecho a la instancia plural es sostenido y detallado. Según la metodología que hemos fundamentado oportunamente, estimamos que es un derecho constitucional y que las normas internacionales aplicables al caso pueden ser defendidas mediante las garantías constitucionales establecidas.

La pluralidad de la instancia es un principio según el cual, siempre que hay una primera decisión jurisdiccional en un proceso, las partes deben tener derecho a pedir que otra instancia distinta y superior a la primera, revise el fallo. Se busca, así, que no haya arbitrariedades en la justicia, producto de la simple subjetividad de un juez o de quienes conforman un órgano determinado.

Sobre la razón de ser de esta garantía y su relación con el debido proceso, dice Quiroga:

Calamandrei es quien señala que la institución de la apelación, mediante la cual se ejerce el derecho a la instancia plural, se consolida en el proceso civil y penal conforme le llega su modernización y dentro de lo que modernamente se conoce como un proceso justo o de equidad, que es lo que le da razón de ser y existencia al Debido Proceso Legal (*Due Process of Law*). Con esto se llega a la conclusión de que por más reglas

(27) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 184.

de procedimiento que intenten cumplir, por más cuidado que se tenga en la estructura y selección de la organización judicial, por más disciplina interna que se logre imponer, es imprescindible darle al justiciable la posibilidad de acudir a una instancia superior para que revise su proceso emitiendo un segundo pronunciamiento que pueda ser impuesto al primero cuando existan discrepancias (28).

El principio de independencia de criterio de los jueces al resolver, y de respeto de las instancias superiores a la autonomía de las inferiores está consagrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 16.- Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley».

El único procedimiento de instancia única y carácter contencioso es el de la inconstitucionalidad de las leyes, que se tramita exclusivamente ante el Tribunal Constitucional (Artículo 202 inciso 1 de la Constitución).

Una jurisprudencia constitucional peruana interesante sobre la materia de la pluralidad de instancias es la que transcribimos a continuación:

“De las tres acepciones que tiene el vocablo «instancia» –petición, como cuando se dice que el juez debe proceder «a instancia de parte»; proceso judicial, o instancia desde los actos preparatorios y las medidas cautelares hasta la ejecución de la sentencia; y grado de jurisdicción o conocimiento del caso por los jueces de distinta jerarquía– «la instancia

(28) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima. Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 329.

plural» a que se refiere el citado inciso dieciocho del artículo doscientos treintitrés, es esta última. Esta instancia plural, como lo expone Alberto M. Etkin en su monografía sobre «instancia» en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tiene su motivación en la «desconfianza al juez de única instancia, desconfianza en su capacidad lógico-jurídica y en su moralidad».

Este motivo, sin duda, subyace en la declaración de nuestra Constitución sobre exigibilidad de la instancia plural como «GARANTÍA de la administración de justicia». Los antiguos procesalistas afirmaban que la sentencia es un silogismo, con sus premisas mayor y menor y su conclusión lógica; en todo caso, es un juicio lógico-jurídico, por lo que la instancia plural no puede ser solamente formal, sino que tiene que versar sobre la relación jurídico-sustancial; vale decir, que como los hechos que se dan por probados tanto por el Juez de la primera instancia como por el de la última tienen que insumirse en una disposición legal concreta en virtud de un juicio lógico, sobre esta subsunción, sobre este juicio lógico, tienen que estar de acuerdo los jueces de dos instancias por lo menos, para que pueda afirmarse que se ha cumplido la instancia plural. Esto es mucho más relevante en el proceso penal, pues facultados como están sus jueces a «juzgar con criterio de conciencia» —esto es, con uno más subjetivo que objetivo— pueden caer «en error de juicio» y en todo caso, sus fallos son susceptibles de mayor desconfianza y, por lo mismo, es más rigurosamente exigible la instancia plural —con prescindencia absoluta de las personas que han actuado como jueces. En el proceso penal esto significa que si la primera instancia absuelve, la segunda y última no puede condenar, porque, obviamente, los mismos hechos que se tienen por probados han sido lógicamente enjuiciados con sentidos opuestos, por lo que no habría habido instancia plural y por consiguiente no se habría cumplido con esta exigencia constitucional. Es pues, el respeto total de la norma constitucional lo que hay que observar. Nuestra Corte Suprema ha aplicado ya esta doctrina en Ejecutoria de su Sala Penal de quince de diciembre de mil novecientos ochentiuno, recaída en el expediente número setecientos dieciséis-ochentiuno, procedente de Junín - instrucción seguida contra Isidora Núñez viuda de Chuquillanqui y José Chuquillanqui por delito de usurpación en agravio de Moisés Medina Palomino, que fotocopiada corre en estos autos de amparo. Se sostiene en esta Ejecutoria, en lo pertinente, que en los delitos sujetos al procedimiento sumario, en que no procede el recurso de nulidad, el Tribunal Correccional queda constituido en Tribunal de última instancia, contra cuyas resoluciones no cabría

sino únicamente interponer recurso de casación si estuviera debidamente legislado ...; ... la circunstancia que en el proceso existan irregularidades notorias que sí cabe precisar, tales irregularidades deben ser corregidas por el propio Tribunal Correccional que legalmente está investido de la calidad de Tribunal de última instancia, debiendo corregir esos errores procesales en que el propio Tribunal ha incurrido, para lo cual deberá tener en cuenta lo siguiente: ... que en el proceso sumario el instructor es el Juez de Fallo, tocando revisarlo, por haber sido recurrido en vía de absolucón de grado, esto es, que si aquél hubiera sido condenatorio, confir-mándolo en todo o en parte, según fuere el caso, salvo que hubiera algu-na causal para anularlo; y

HABIENDO SIDO ABSOLUTORIO, CONFIRMARLO O ANULARLO a fin de que se expida nuevo pronunciamiento por otro Juez de Fallo, PERO JAMAS REVOCARLO PARA IMPONER PENA porque el Tri-bunal Correccional actúa como Tribunal de última instancia y, en conse-cuencia, debe obrar COMO LO HACE EL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS PROCESOS ORDINARIOS EN QUE JAMAS IMPONE CONDE-NA CUANDO LE VIENE EN GRADO UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA, MANDANDO REALIZARSE NUEVO JUICIO ORAL POR OTRO TRIBUNAL CORRECCIONAL ...; QUE, EN CON-SECUENCIA, ESTANDO EL TRIBUNAL CORRECCIONAL FACULTADO EN LOS CASOS DE PROCESOS SUMARIOS PARA ACTUAR COMO TRIBUNAL DE ULTIMA INSTANCIA, PUEDE Y DEBE ANULAR TODO GÉNERO DE RESOLUCIONES, INCLUSO LAS SUYAS PROPIAS, CUANDO CON ELLO SE RESTABLECE EL IMPERIO DE LA LEY Y SE ENMIENDAN LOS ERRORES DE DE-RECHO.

Por estas consideraciones el Tribunal FALLA declarando FUNDA-DO el recurso de casación por haber incurrido la recurrida en errónea aplicación de la ley, comprendida en el inciso segundo del artículo cua-dragésimo tercero de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco”. (Re-solución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 16 de Julio de 1986, en la acción de amparo interpuesta por Hans Werner Oskar Richard Krumdiek Sorg contra el Cuarto Tribunal Correccional de la Corte Superior de Lima).

Dos consecuencias encadenadas entre sí y de significativa impor-tancia, pueden extraerse de esta resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales:

- La primera, que cuando en un juicio penal sumario la primera instancia ha absuelto y la segunda ha condenado revocando la primera, no se produce el cumplimiento de la garantía de instancia plural porque no existe común entendimiento de los hechos entre quienes han resuelto.
- La segunda, que cuando se trata de un proceso penal y viene en grado una sentencia absolutoria, el tribunal superior no puede condenar sino que debe declarar la nulidad y mandar el proceso a otro tribunal inferior para que haga nuevo juicio oral y vuelva a sentenciar.

En nuestro criterio, estos principios son aplicables a la Constitución de 1993 en su artículo 139 inciso 6, aún cuando originalmente hayan sido elaborados en una resolución dictada bajo el imperio de la Constitución de 1979.

Otro caso interesante, esta vez penal, es el que glosamos a continuación:

“Alberto Rufino Montalvo Arbaiza, interpone acción de amparo contra la resolución expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha treinta de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, fundamentando su demanda en las siguientes consideraciones:

Refiere el recurrente haber sido procesado por delito contra el patrimonio en agravio de Juan Pardo Vargas, en el expediente signado con el número doscientos setenta y cinco ochenta y cuatro. Es el caso que al interponerse recurso de nulidad en la sentencia recaída en contra suya, la Sala Penal aludida, consideró que tratándose de un proceso sujeto a trámite sumario, el concesorio de nulidad devenía en insubsistente y por tanto, declaró improcedente el recurso de su propósito.

Manifiesta así mismo que, al emitirse un fallo de esa naturaleza, no se ha dado cumplimiento a lo establecido por el inciso vigésimo octavo del artículo doscientos treinta y tres de la Constitución Política, el mismo que establece como garantía de la administración de justicia la instancia plural.

Sostiene el accionante que la sentencia fue dictada por un Tribunal Correccional dentro de un proceso penal ordinario, sin haberse adecuado al trámite sumario en su oportunidad; consecuentemente, habiéndose emitido la resolución cuestionada en un procedimiento irregular, tiene sustento legal la acción planteada [...]

En consecuencia, tenemos del proceso de amparo la evidencia que, con la expedición de la resolución emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha treinta de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, que considera que el proceso penal, tratándose de uno sujeto a trámite sumario, no es materia de recurso de nulidad en atención a lo dispuesto por el artículo noveno del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro y por tanto declara insubsistente el concesorio del recurso de nulidad contra la sentencia que condenó a Montalvo Arbaiza por delito de apropiación ilícita en agravio de Pardo Vargas. Se ha violado, así, la garantía constitucional prevista en el inciso décimo octavo del artículo doscientos treinta y tres de la Constitución, que establece el principio de la instancia plural.

De este modo tenemos, que, aún cuando el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, vigente al momento de la expedición de la ejecutoria suprema, establece los casos en los cuales el Juez Instructor tiene facultad de fallo (entre ellos el delito de apropiación ilícita), ya era un Tribunal Correccional quien había sentenciado al accionante el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, (fecha en la que se encontraba también vigente el dispositivo legal aludido), y, por lo tanto, la implicancia entre el artículo noveno del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro y el inciso décimo octavo del artículo doscientos treinta y tres de la Constitución, resulta solo aparente, desde que, la propia Carta Magna establece en su numeral doscientos treinta y seis que «en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria el Juez prefiere la primera...».

Si bien es cierto que se trata de un proceso penal fenecido, también lo es que se ha violado la garantía constitucional de la pluralidad de instancias exigida por el inciso dieciocho del artículo doscientos treinta y tres de la Carta Política, lo que lo convierte en un proceso irregular, por lo que procede la acción de amparo, “contrario sensu” de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo sexto de la Ley número veintitrés mil

quinientos seis”.(Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 13 de enero de 1988, en la acción de Amparo interpuesta por Alberto Rufino Montalvo Arbaiza contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia).

En esta importante resolución, el Tribunal de Garantías Constitucionales establece postulados que vale la pena destacar:

- Que las formalidades procesales no pueden obviar el aspecto sustantivo de la pluralidad de instancias: si no hay dos o más instancias reales en un proceso se ha incumplido el mandato constitucional, no importando las mediaciones legislativas que puedan existir.
- Que al violarse la garantía de la instancia plural se tiene un proceso irregular y, por consiguiente, procede el amparo.
- Que aunque formalmente un proceso haya fenecido, si fue irregular por ausencia de doble instancia, esta irregularidad deberá ser corregida en él. Es interesante destacar que aún cuando esta declaración parece generar inseguridad jurídica, en el caso ocurre todo lo contrario porque la doble instancia es una garantía que si a alguien sirve es al condenado en un juicio penal.

Esta resolución, aun cuando dictada al amparo de la Constitución de 1979, puede ser perfectamente tomada como precedente para la Constitución de 1993, pues las normas aplicables son sustantivamente similares.

242. Artículo 139 inciso 7

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por

las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre la indemnización por los errores judiciales, trajo norma la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 230.- El Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal, previo el juicio de revisión en la forma que determine la ley».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes en la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

5. La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que determina la ley.

[...]”.

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

16. La indemnización por el Estado de las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena.

[...]”.

Como puede apreciarse, aunque distribuidas de distinta manera en el texto, las normas son iguales en ambas Constituciones respecto a estas materias.

Análisis exegético

Los instrumentos internacionales se han ocupado de este derecho. Dice el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 9.-

[...]

5.- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido [...]».

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial».

Los tratados citados protegen a toda persona que haya sido ilegalmente detenida, presa o sentenciada y que luego haya sido liberada o rehabilitada por proceso posterior. En cualquiera de los casos, tiene derecho a indemnización, además naturalmente de la reivindicación de su reputación y su honor. Imponer una pena a un inocente es un acto que produce un gran daño a la persona, no sólo porque atenta contra un bien muy importante (normalmente la libertad personal), sino porque puede dañar también los derechos aludidos. La detención arbitraria consiste en privar a una persona de la libertad contra la ley.

En ambos casos, tal como también señalaron los tratados internacionales, la Constitución establece el deber del Estado de indemnizar a las víctimas, «[...] *sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar*» y que se refiere a la responsabilidad civil o penal que quepa al funcionario que daño la libertad los agraviados. El agresor, por supuesto, también podrá responder por el daño, bien frente a la víctima, bien frente al Estado.

Dice Quiroga respecto de este tema:

Adicionalmente es conveniente recordar que al margen de lo anterior, que debe ser materia de un desarrollo legislativo específico, los funcionarios judiciales están afectos a dos grandes responsabilidades en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales: la penal a través del Delito de Prevaricato que puede cometerse en cualquier procedimiento y el llamado Juicio de Responsabilidad Civil que ha sido objeto de reciente modificación legal. Es evidente que en ninguno de estos dos supuestos la decisión judicial que sustenta el delito o la responsabilidad civil no se verá afectada, pues no constituyen medios de impugnación que puedan lograr su modificación. Lo que se le permite al justiciable es perseguir la sanción penal al juez infractor o la obtención de una reparación civil por su inconducta funcional, al margen de las sanciones administrativas a que hubiera lugar de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Decreto Ley 21972 referida a la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial (29).

Si se recibe un daño podrá haber dos tipos de resarcimiento: el de la restitución de la reputación y la invalidación de las sanciones, y una indemnización. El funcionario que produjo el daño, recibirá la sanción correspondiente, administrativa o penal, y además podrá correr con la indemnización, que es la sanción civil.

(29) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 317-318.

Sobre esto último dice Ortecho:

En este tipo de responsabilidad civil, es necesario hacer la siguiente distinción: en el caso que el perjudicado sea el Estado, la acción se entablará lógicamente contra el funcionario o servidor y con miras a que responda con su patrimonio, si es que lo tuviera. En cambio si el perjudicado es un particular, creemos que la acción debe entablarse contra el funcionario o servidor público que ocasionó el daño y también contra el Estado o la entidad pública respectiva, a manera de un tercero civilmente responsable y a fin de que respondan solidariamente; ya que, el que ocasionó tal daño, lo hizo en ejercicio de su cargo y en tanto estaba al servicio del Estado” (30).

Desde el punto de vista operativo, habrá que demandar indemnización tanto al funcionario que causó el daño y que es responsable directo, como al Estado, en cuyo nombre actuó el funcionario y que, por consiguiente, tiene la responsabilidad que se llama *in eligendo*.

El Código Procesal Civil ha establecido normas sobre la responsabilidad civil de los jueces entre sus artículos 509 y 518. Las normas principales son las siguientes:

“Código Procesal Civil, artículo 509.- El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

(30) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 94.

Este proceso sólo impulsará a pedido de parte”.

Puede verse que el Código independiza, como ya hemos dicho se debe hacer, las sanciones administrativa, penal y civil, de manera que puede ocurrir una o dos de ellas sin que tengan que confluír necesariamente las otras.

La culpa inexcusable o el dolo se presumen según el artículo 510.

“Código Procesal Civil, artículo 510.- Se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.
2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles”.

También el Código menciona que tanto el Estado como el juez responsable deben pagar solidariamente los daños y perjuicios:

“Código Procesal Civil, artículo 516.- La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio”.

No obstante se sancione al juez, la sentencia que expidió y que es cosa juzgada, no será cambiada:

“Código Procesal Civil, artículo 517.- La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.

En la ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional”.

243. Artículo 139 inciso 8

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

[...]»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El dispositivo de la Constitución de 1979 que es antecedente del inciso que ahora comentamos tiene el siguiente texto:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

6. La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

[...]”.

La regla de no dejar de administrar justicia en los casos indicados, así como de recurrir para ello a los principios generales del Derecho, es igual en las dos Constituciones.

Sin embargo, mientras la Constitución de 1979 remitía preferentemente a los principios que inspiran al Derecho peruano (y en segundo lugar a los principios generales y comunes), la Constitución de 1993 remite en igualdad de condiciones a los principios generales y al Derecho consuetudinario.

Análisis exegético

El juez tiene jurisdicción y por ello *dice Derecho*. Su responsabilidad es aplicar la norma jurídica pertinente, legislativa o de otra naturaleza, interpretando su sentido al caso bajo resolución. Pero recibir justicia del Poder Judicial es un derecho de toda persona y un principio esencial de la organización del Estado. Por consiguiente, el vacío o deficiencia de la ley, no pueden servir de excusa para que la persona quede sin justicia. En tales casos, dice el segundo párrafo, deben aplicarse los principios generales y el derecho consuetudinario. El juez que no cumple este deber comete delito tipificado en el artículo 422 del Código Penal:

“Código Penal, artículo 422.- El Juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

Varios conceptos del inciso que comentamos requieren análisis.

El primer párrafo del inciso se refiere al vacío o deficiencia *de la ley*. Debe entenderse aquí el término *ley* no en el sentido estricto de una norma aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República, sino en el sentido lato de *norma jurídica*, que incluirá a todas las legislativas y a otras que puedan existir válidamente en nuestro sistema. En efecto, sería absurdo que esta norma se aplicara sólo a las leyes y no a los decretos de todo tipo, a la propia Constitución y a las normas inferiores. Aquí, entonces, entenderemos que la Constitución habla de vacío o deficiencia en el Derecho.

Existe un vacío del Derecho en el sentido en que la Constitución utiliza el término (31) cuando, ante un hecho, se llega a la conclusión

(31) En teoría lo que la Constitución llama *vacío del Derecho* debe ser llamado *laguna del Derecho*. El problema, en este caso, es sólo terminológico: para la teoría vacío es una ausencia de norma que no requiere de norma y por lo tanto, donde no hay que realizar ningún procedimiento de integración. Definimos la *integración jurídica* como el procedimiento de creación de normas no por la vía de las fuentes del Derecho, sino de la aplicación misma. Es decir, que el agente de Derecho encuentra una situación en la que

que debiera haber una norma reguladora y ella no existe. Esta conclusión es obtenida *hermenéuticamente* dentro del sistema jurídico. La hermenéutica es un procedimiento de explicación del sentido de los textos a partir de los textos mismos y de las relaciones entre sus partes y, por consiguiente, de los principios subyacentes. Es una explicación esencialmente sistemática porque consiste en hallar los significados dentro del sistema de que se trate (que puede ser físico, conceptual, sagrado, etc.).

El vacío de Derecho, en el sentido que la Constitución utiliza el término, entonces, contiene dos elementos: la ausencia de norma y la necesidad de que ella exista. Por su propia naturaleza, es materia de opinión y de razonabilidad. No es apodíctico. Por ello mismo, puede suceder que dos personas igualmente versadas e igualmente bien intencionadas lleguen a las conclusiones opuestas en torno a este tema: que existe un vacío, o que simplemente no hay norma ni debe haberla.

En nuestro criterio, para definir si ante la ausencia de norma jurídica se debe integrar una nueva norma o no, intervienen consideraciones que tienen que ver con la concepción de qué es el Derecho. Si para una persona el Derecho es esencialmente positivo, es decir, el conjunto de normas dictadas según el sistema de que se trata, y sus principios subyacentes que pueden ser extraídos del contenido mismo de las normas, entonces la posibilidad de que esa persona considere la existencia de vacíos es muy limitada. Generalmente encontrará que dentro del propio sistema se resuelven todos los problemas y tenderá a pensar que cuando aparentemente no existe norma, el gran criterio que resuelve el problema es uno de estos dos:

- En el ámbito de lo privado la regla de que *«nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»* (recogido en el inciso a. del inciso 24 del artículo 2 de nuestra Constitución).

no hay norma y debiera haberla y, entonces, recurre a técnicas especiales que se refieren fundamentalmente a la utilización de la analogía y los principios generales, y produce una nueva norma jurídica aplicable sólo al caso bajo resolución) y laguna es la situación en que no hay norma pero debiera haberla. Es decir, la Constitución usa el término vacío cuando debiera haber usado laguna del Derecho.

- Si se trata de relaciones de Derecho público, el principio de la atribución de competencias, en el sentido que lo no permitido está prohibido, salvo que exista como normalmente ocurre, una cláusula general de significado hermenéutico como, por ejemplo, «ejerce las demás competencias inherentes a su función», y que permiten encontrar caminos de solución a estos problemas *dentro del Derecho* (aunque, en este caso, el argumento es bastante formal).

Los positivistas, y en esto incluimos a Hans Kelsen, tal vez su máximo exponente, nunca han negado que el Derecho sea susceptible de diversas interpretaciones y de adecuación a las circunstancias. Tampoco niegan que existan principios dentro del Derecho, subyacentes a las normas. Lo que afirman es que todo ello debe encontrarse *dentro del Derecho* de que se trate y que no puede ser traído de la política, la moral u otras disciplinas extrañas a él. Kelsen mismo titula uno de los párrafos de su obra *Teoría Pura del Derecho* bajo la expresión “El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación” (32).

De esta forma, un positivista sostiene que sólo puede solucionar problemas dentro del Derecho cuando la respuesta está *dentro de él*, bien bajo forma de norma, bien bajo forma de principio incorporado en la normatividad vigente. El positivista no considera nunca que *integra Derecho*. Sostiene que solamente interpreta uno de sus sentidos posibles y, por supuesto, está dispuesto a aceptar que estos sentidos no son solamente el literal, sino varios otros. No hay que confundir *positivismo* con *interpretación literal*. Otras variables como la *ratio legis* o la *sistemática*, son perfectamente aplicables aún dentro del positivismo más estricto.

Un *iusnaturalista*, por el contrario, siempre estará dispuesto a aceptar que por encima del orden jurídico positivo existe un orden jurídico natural (cualquiera que éste sea, porque en la historia hay muchos *iusnaturalismos*) y que el Derecho positivo debe conformarse al Derecho natural para ser Derecho y no arbitrariedad.

(32) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. Cap. VIII, apartado d), p. 351.

Más allá de la discusión del grado de precisión que puede obtenerse en materia de Derecho Natural con los conceptos (que en nuestro criterio no es un grado de precisión absoluto pero sí bastante considerable), lo evidente para la materia que tratamos es que el iusnaturalista estará mucho más dispuesto a encontrar respuestas hermenéuticas en un sistema de Derecho que tiene no sólo las reglas positivas sino principios naturales válidos por sí mismos. Inclusive, un iusnaturalista llegará a desestimar como Derecho aquellas normas que vayan abiertamente contra el Derecho natural, por más que hayan sido debidamente producidas. En realidad, el rechazo a la validez de una norma formalmente válida porque su contenido es contrario al Derecho natural, es la forma extrema de *integración* jurídica.

La deficiencia de la ley es un defecto: la norma existe, pero no es adecuada para resolver el caso planteado. En este caso, podemos estar ante dos posibilidades:

- La deficiencia es de poca significación y entonces sólo una interpretación extensiva bastará para resolver el problema, caso en el cual no nos hallamos ante un vacío sino ante un problema de desentrañar el significado de la norma existente, lo que es un problema de interpretación; o,
- La deficiencia es hasta tal punto significativa que no podemos decir, estrictamente hablando, que nos hallamos ante una norma que puede regular el caso bajo resolución. Más bien, la norma es muy parecida a la que podría regularlo pero no es susceptible de hacerlo ni siquiera por interpretación extensiva.

En este caso, estaremos ante la necesidad de una analogía (33) que es una forma también de integración, aunque por procedimientos específicos reconocidos en la tónica jurídica desde mucho tiempo

(33) Las analogías que resuelven estos problemas pueden ser de cuatro tipos: *a pari*, *ab maioris ad minus*, *ab minoris ad maius* y *a fortiori*. Las tratamos en nuestra obra *El sistema jurídico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, varias ediciones entre 1984 y 1992. Capítulo sobre integración jurídica.

atrás. Las analogías no son formas de interpretación sino de integración jurídica y, por consiguiente, también será vacío en el sentido que la Constitución utiliza la palabra, el caso en que la analogía sea el instrumento de integración al que hay que acudir.

Sólo cuando se define la existencia de un vacío (que será una decisión voluntarista de quien aplica el Derecho) estaremos ante la necesidad de *integrar* una norma a partir de los elementos que la Constitución, y la teoría del Derecho, permiten para estas circunstancias.

La Constitución no se ha referido específicamente a la analogía en este inciso, lo que en nuestro criterio constituye un error, tanto más si es que reconoce que la analogía puede ser utilizada en el Derecho. Como prueba de ello está el inciso siguiente que prohíbe la aplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (con lo que *a contrario* la permitiría en otros) y también recurre al concepto en su contenido jurídico, en los artículos 3 y 63.

Pero no existe un problema de fondo para no aplicar la analogía, pues en última instancia ella no es sino un método elaborado a partir de la compatibilidad de principios entre la norma existente y la producida análogamente. Después de todo, no puede haber analogía sin identidad de *ratio legis* y ella no es sino el principio jurídico subyacente. Por lo tanto, las analogías caben perfectamente como formas de integración jurídica dentro del segundo párrafo del inciso 8 del artículo 139 de la Constitución que venimos comentando.

Este segundo párrafo contiene dos formas de solución a los problemas de vacíos y deficiencias en el Derecho: los principios generales y el derecho consuetudinario.

Sobre principios generales existe una amplísima discusión, aún no zanjada en la teoría del Derecho. Las posiciones esenciales son las siguientes:

- Que los principios generales del Derecho no existen y que sólo hay normas jurídicas con varias posibilidades de interpretación. Esta es una posición que, en nuestro criterio, niega lo que ningún aspecto serio de la teoría del Derecho se ha atrevido a negar, ni siquiera los positivismos más estrictos.

- Que los principios generales del Derecho existen pero sólo debe tomarse como válidos para realizar integración dentro de un sistema jurídico, a los que han sido incorporados en su Derecho positivo. Esta es una corriente de pensamiento que modernamente se empieza a expresar en la Revolución Francesa (sobre todo con la dación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Ciudadano y del Código Civil de 1804) y que adquiere significación y generalización en el último tercio del siglo XIX.
- Que los principios generales del Derecho existen en diversos niveles del Derecho y que todos pueden ser utilizados para fines de integración jurídica. Es la opinión que defendemos por las siguientes razones:
 - a. Es indudable que existen principios incorporados en el Derecho positivo de detalle. Por ejemplo, si hablamos de responsabilidad objetiva o subjetiva, estamos eligiendo alternativas excluyentes: un sistema jurídico no puede hacer cohabitar los dos principios cada vez que se trate de hallar responsabilidad. Podrá, inclusive, tomar uno como la norma general y el otro como la excepción, pero no puede hacerlos generales a los dos porque incurriría en una contradicción.

El principio elegido, luego, funcionará como regla hermenéutica para hallar significados a todas las normas de responsabilidad que puedan existir, y aún a las situaciones en las que amerite haber responsabilidad y no haya norma específica.

- b. También hay principios que informan a todo un sistema jurídico y no sólo a una de sus partes. Por ejemplo, hay sistemas en los cuales prima el principio monárquico y, secundariamente, el aristocrático, mientras que hay otros sistemas en los que prima el principio republicano. Estos principios organizan la sociedad, aún en los casos en los que no hay norma específica. Las diferencias de reglas sociales que pueden encontrarse entre un país de raigambre monárquica como el Reino Unido y uno de raigambre republicana como los Estados Unidos, saltan a la vista en todos los rincones de la sociedad, y

con validez jurídica, más allá de que ambos tienen un origen cultural común, los dos son democráticos y comparten, inclusive, la misma familia de Derecho.

- c. Hay principios que informan a todo el Derecho, entendido con visión de universalidad. La vigencia de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo es una expresión muy clara y con significados jurídicos muy concretos, que llegan inclusive a la intervención militar en nombre de las Naciones Unidas. Los casos de La Guerra del Golfo a principios de los años noventa, y de las intervenciones de la OTAN en la ex Yugoslavia en 1995 son claros indicios de la validez muy concreta de los derechos humanos como instrumentos jurídicos de legitimación de acciones.

En otros ámbitos del Derecho, también los principios del Derecho Romano pueden ser considerados principios generales transmitidos, cuando menos, a toda la inmensa familia romano germánica del Derecho. Si bien fueron norma aplicable de acuerdo al complejo sistema jurídico que existió en nuestros países hasta principios del siglo XIX, ahora son todavía estudiados y aplicados en las relaciones cotidianas de Derecho.

- d. Finalmente, hay principios que vienen de la cultura humana, en los aspectos que tiene de más común, y que son exigibles en las relaciones con un cierto valor jurídico, aunque dicho valor es predominantemente moral. Tal el caso del Derecho Humanitario, o del respeto al principio de que los padres deben cuidar de sus hijos. Las formas concretas que estos principios asumen, pueden variar de sociedad a sociedad, de cultura a cultura, pero podemos afirmar que son esencialmente los mismos en lo que atañe a sus estructuras más elementales.

No pretendemos agotar en estas páginas una discusión que seguirá por mucho tiempo. Pero sí, hemos querido explicar con algún detalle nuestra propia opinión, fundamentándola en ejemplos que, a nuestro juicio, muestran la riqueza y complejidad de los principios generales en el Derecho. Creemos que es necesaria aún mucha investigación adicional para llegar a desentrañar el verdadero significado que los principios generales tienen en todas las dimensiones del Derecho.

Además de los principios generales, la Constitución recurre al Derecho consuetudinario. Por él debemos entender el conjunto de costumbres que con antigüedad, conciencia de obligatoriedad jurídica y uso generalizado, utilizan los pueblos para regir sus relaciones jurídicas.

La costumbre fue siempre una fuente reconocida del Derecho, inclusive en nuestro medio. A principios del siglo XIX, por razones histórico-jurídicas muy precisas, que pueden ser resumidas en la necesidad de realizar la gran transformación liberal eliminando los rezagos de sistemas previos que persistían precisamente en las costumbres, el Derecho negó valor a la costumbre y lo atribuyó plenamente a la legislación. Era la única forma de transformar relativamente rápido (en una o dos generaciones) la conciencia jurídica existente probablemente por un milenio (y que en casos como el peruano, fue aculturada por el dominio colonial español).

Sin embargo, pasado ese proceso, la costumbre ha empezado a ser revalorizada en el Derecho, sobre todo porque es un reconocimiento a la diversidad que existe entre los seres humanos (muchas veces dentro de un mismo Estado-Nación), y también es una muestra de respeto a quienes siendo distintos son iguales en el concepto de persona y en el de ciudadanía (todo esto esencialmente jurídico y constitucional en el mundo que viene del siglo XVIII para aquí).

En este sentido, consideramos acertado que la Constitución haya incorporado en su texto la revalorización del Derecho consuetudinario para integrar normas. Es algo que debe reprocesarse dentro de nuestro Derecho, y que debe avanzar no en el sentido de crear varios derechos dentro del mismo Estado, sino de desarrollar armónica, y probablemente en forma dialéctica, un solo Derecho que se enriquezca con la diversidad. Este es un proceso que no fue extraño en la historia y que, como en el caso del Derecho Romano, rindió importantes y trascendentales frutos jurídicos, cuando fue adecuadamente realizado.

La concordancia de este reconocimiento del Derecho consuetudinario, con la norma contenida en el artículo 149 de la Constitución, es clara y evidente.

244. Artículo 139 inciso 9

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 trae el siguiente antecedente respecto de la norma que comentamos:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

8. La inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

[...]”.

Ambas Constituciones prohíben aplicar la ley penal por analogía.

La de 1993 también prohíbe aplicar por analogía las normas que restrinjan derechos. Esta norma ya venía incorporada en el Título Preliminar del Código Civil vigente.

Análisis exegético

Hemos tratado del concepto de analogía al comentar el inciso anterior. Aquí, es importante sin embargo decir que los penalistas tienen su propia aproximación al fenómeno. Dice Jiménez de Asúa:

La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico, se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar.

La analogía lleva siempre a una extensión de la ley, pero ella se distingue de la interpretación de esta índole, porque en ésta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso con palabras adecuadas, mientras que en la aplicación analógica no ha sido contemplada aquella hipótesis por la ley (34).

Y el mismo autor añade:

Salvo contadas excepciones en la doctrina y en el Derecho positivo, la analogía se halla repudiada en nuestra disciplina. La razón estriba en que cuando la ley quiere castigar una concreta conducta la describe en su texto catalogando los hechos punibles. Los casos ausentes no lo están tan sólo porque no se hayan previsto como delitos, sino porque se supone que la ley no quiere castigarlos. Estamos en presencia del principio de reserva, que en Derecho penal se complementa por el ya tratado aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* y por el más moderno de que no hay delito sin tipicidad (35).

Hay que aclarar, sin embargo, que la analogía tiene, en el Derecho Penal, un tratamiento más matizado que el que parece anunciar el inciso

(34) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, pp. 121-122.

(35) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, p. 127.

9 del artículo 139 de la Constitución. A veces, la propia ley penal recurre a la analogía y, otras, se acepta que se use la analogía en beneficio de la persona. Villavicencio da detalles en esta cita cuyas referencias a normas están numeradas de acuerdo al código penal derogado:

Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

Está prohibido aplicar por analogía la ley penal en perjuicio del inculpado. La prohibición de analogía (artículo 233 inciso 8 de la Constitución) supone que el juez no puede asumir función de legislador, por ende, esta prohibición se constituye como una garantía de la administración de justicia.

La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía legis) o están deducidos de los principios generales del derecho (analogía juris).

Excepcionalmente, el Código Penal autoriza interpretaciones sobre la base de la analogía. Ejemplos: «otro medio capaz de poner en peligro la vida...» (artículo 152), «acto análogo» (artículo 199), «sustancias análogas» (artículo 263).

La prohibición de la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (analogía *in malam partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (analogía *in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Por ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales personales de exclusión de la punibilidad.

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Una posición bastante difundida, considera que lo decisivo es el texto legal: todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavora-

ble al autor. «Debe respetarse, en todo caso, el 'sentido literal posible' como límite extremo». (Citando a Jescheck) (36).

Como bien se dice aquí, los bordes entre la interpretación extensiva y la analogía son conceptualmente claros, pero tienen necesariamente una zona gris cuando se aplican a los casos concretos en los que el Derecho debe actuar. Otro penalista de nombre dice al respecto:

Toda norma jurídica necesita ser interpretada. Los límites entre interpretación admisible y analogía prohibida son, con frecuencia, en vista de sus transiciones fluidas, de difícil determinación. Mientras la interpretación trata únicamente de aclarar el significado decisivo de normas o de conceptos jurídicos y se limita al sentido que tienen, la analogía abandona el marco, trazado por el principio jurídico, de su ámbito directo de aplicación. La interpretación tiene por objetivo la aclaración del sentido legal y, dado el caso, la adaptación de la ley a las exigencias y criterios nuevos del presente. En cambio, el objetivo de la analogía consiste en llenar las lagunas de la ley ampliando y desarrollando un principio jurídico (nueva creación del derecho) (37).

Y que el mismo concepto de analogía que parecen compartir estos tres autores, no está tan claro o, al menos no pasa indiscutido en la doctrina, lo dice esta cita de Jiménez de Asúa, referida al pensamiento de Bobbio, notable filósofo del Derecho:

Ahora, Norberto Bobbio ha escrito en 1938 un libro sobre *L'Analogia nella logica del Diritto*, de carácter general y filosófico y de interesantísimo contenido. Según el ius-filósofo italiano, no existe distinción lógica entre la interpretación extensiva y la analogía y se opone a que ésta sea confundida con la libre creación del Derecho por el juez. Para él, la analogía es una forma de interpretación, y dice que los que afirman otra cosa lo hicieron, o por desco-

(36) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990, p. 63.

(37) WESSELS, Johannes. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 16.

nocimiento de lo que es la analogía ante la Lógica, o por el deseo de poner remedio a la insuficiencia del ordenamiento jurídico. Por eso se atribuyeron a la analogía significados impropios.

Para Bobbio, la analogía es interpretación, pero no la interpretación que supone reproducir mecánicamente los textos en forma de traducción literal, sino «interpretación en el sentido más genuino de la palabra, puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente; y no va fuera del sistema, sino que permanece dentro de él, contribuyendo a configurar el orden jurídico como un organismo que crece y se desarrolla, pero siempre por fuerza interior y jamás, por ser imposible, fuera de sí mismo» (38).

A pesar de todas estas diferencias tanto en la teoría como en la aplicación práctica, nosotros sí consideramos que existe una línea divisoria entre la interpretación extensiva y la analogía, que es fácilmente distinguible en la inmensa mayoría de los casos. También es cierto que hay circunstancias en las cuales la opción por una u otra alternativa es muy difícil de tomar, pero esto no desamerita la validez de la distinción: la interpretación siempre supone que el caso está dentro del texto y la analogía que está fuera porque es sustantivamente semejante pero no equivalente. Sobre esta base, que por lo demás es la que requiere el texto constitucional y la mayoría de la doctrina, es que trabajaremos.

La norma del inciso que comentamos prohíbe la utilización de la analogía en dos situaciones:

- Cuando se aplica la ley penal. Esta norma requiere algunos detalles a los que ya nos hemos referido conceptualmente y que son especificados en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal que dice:

«No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o

(38) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, p. 122.

falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde».

La precisión del Código Penal es correcta, porque de lo que se trata es que vía la analogía, no se extienda la sanción, lo que incluye precisamente los tres elementos de la norma transcrita: la determinación del tipo delictivo; la declaración de un estado de peligrosidad, o la pena o medida de seguridad que son la una sanción en estricto sentido y la otra una disposición tomada para precaver que el sujeto no agravie a la sociedad y que, también, supone privación o limitación de algunos derechos.

No habrá obstáculo para que la ley penal se aplique analógicamente en otros casos, que fundamentalmente son los que sirven para proteger al individuo. La protección del sospechoso es un principio de la Constitución que está sancionado en diversas normas pero las que mejor se aplican al caso que comentamos, son la norma del segundo párrafo del artículo 103 que permite la aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo; la del literal e del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que establece la presunción de inocencia; y, la de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (inciso 11 del artículo 139 de la Constitución). En realidad, lo que este último inciso autoriza es una forma de integración jurídica más favorable al reo que, en muchos casos, podrá ser una analogía, particularmente en las situaciones de duda.

- Cuando se aplican normas que restringen derechos. Es el mismo principio que encontramos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que dice:

«La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

La ley que restringe derechos es la llamada *ley odiosa* en la tradición jurídica y lo que tradicionalmente se ha dicho de ella es que no debe afectar sino los casos a los que estrictamente puede ser aplicada, porque en el sistema jurídico debe primar la vigencia de los derechos.

En relación a la ley que establece excepciones, puede decirse que también es correcto señalar que no se aplica por analogía, en la medida que el principio general será el contenido en la norma general, y el principio de excepción será el contenido en la norma de excepción. Por consiguiente, de acuerdo a la naturaleza de las cosas corresponderá aplicar por extensión el principio general y no el excepcional.

Consideramos que en estos casos no se debería hablar de *prohibición de aplicar la analogía*, sino de *aplicación estricta de las normas*. La diferencia está en la posibilidad o no de aplicar la interpretación extensiva en la medida que la interpretación puede ser de tres tipos: restrictiva, estricta y extensiva. En la prohibición de la analogía la interpretación extensiva cabe. En el mandato de hacer interpretación estricta no.

El principio general aplicable en el Derecho consiste en que los derechos se respetan y se protegen extensivamente. Por consiguiente, cuando los derechos se restringen, el agente aplicador del Derecho tiene que hacer compatibles la restricción establecida por el legislador, con el principio antes indicado. La mejor manera de lograrlo es, precisamente, haciendo interpretación estricta de la restricción. Por ello creemos que no sólo debe prohibirse la analogía, sino también la interpretación extensiva.

245. Artículo 139 inciso 10

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

[...]»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 233.- *Son garantías de la administración de justicia:*

[...]

9. *La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.*

[...].”

La Constitución de 1979 decía que nadie podía ser penado *sin juicio* y la de 1993 que nadie puede serlo *sin proceso judicial*. En el plano global en que se sitúan las normas constitucionales, ambos textos contienen la misma idea y, por tanto, la misma norma.

Análisis exegético

La pena no puede ser impuesta sino por un juez imparcial, y según norma procesal pre-establecida al inicio del juicio, aunque no habrá problema en aplicar disposiciones procesales posteriores que beneficien al procesado, en aplicación del principio de retroactividad benigna establecido en el artículo 103 de la Constitución. La norma del derecho al debido proceso, así como las demás que contiene el inciso 3 del artículo 139, están estrechamente vinculadas con ésta.

Como puede verse, no se trata solamente de que haya un proceso. Tiene que ser un proceso con las debidas garantías. De otro modo, no se habrá cumplido con este mandato.

El no ser penado sin proceso judicial es uno de los principios del llamado Derecho Penal liberal, que se desarrolla en el mundo occidental a partir del siglo XVIII como una forma de dar garantías a las personas que, antes, prácticamente quedaban sometidas al arbitrio de los poderosos en los asuntos penales y desamparadas, en muchos casos, aún de la protección más elemental.

La disposición que tratamos no requiere sólo de un proceso judicial sino también que éste sea tomado como un *debido proceso*. La vinculación entre este inciso y el 3 del mismo artículo es indispensable. De otro lado, los instrumentos internacionales han reconocido este derecho de manera expresa:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas».

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 9.-

[...]

3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

[...]».

246. Artículo 139 inciso 11

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El inciso del artículo 233 de la Constitución de 1979 que antecede al que ahora comentamos es el siguiente:

“Artículo 233.- *Son garantías de la administración de justicia:*

[...]

7. La aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales.

[...].”.

Con diferente redacción las dos Constituciones dan la misma regla, excepto en los casos de conflicto de leyes en el espacio, que no estaban considerados por la Constitución de 1979 (la que solo hablaba de *conflicto en el tiempo*) y que sí lo están en la Constitución de 1993 porque ella no distingue entre conflictos y, por tanto, los incorpora a todos.

Análisis exegetico

El delito es siempre censurable y merece recibir las penas debidas según se haya establecido jurídicamente. Modernamente se supone que las penas no son esencialmente un castigo, sino un instrumento de reeducación para permitir la reinserción en la sociedad (ver el inciso 22 de este mismo artículo). La distancia que existe entre la teoría y la realidad en esta materia, es en muchos casos verdaderamente abismal, pero en cualquier caso, lo que sí es aceptado generalmente es que al aplicar una pena, la sociedad no *se venga* o no tiene como finalidad fundamental *hacer expiar* el delito, como se solía decir anteriormente.

En este sentido, si en la aplicación del Derecho la persona se encuentra con dos leyes que podrían ser aplicables al mismo caso, bien porque no se tiene claridad de la disposición aplicable, o porque dichas normas son contradictorias entre sí, se estará a aplicar la ley más favorable. Esta norma se funda en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo que, a pesar de tal condición, tiene perfecta titularidad a todos sus derechos salvo los que le suspenda la sentencia condenatoria.

Jiménez de Asúa distingue correctamente los casos en que hay que elegir en la interpretación y en la duda de aplicación por razón de hecho. Sobre el primer tema, el de interpretación, sostiene lo siguiente:

En resumen, nosotros afirmamos:

a) Que si el medio literal y el teleológico llevan a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea éste restrictivo o extensivo, puesto que con esos elementos se ha logrado hallar la voluntad de la ley. Ya Suárez en el siglo XVII sentó doctrina sagacísima: No basta la semejanza de razón para producir la extensión de la ley, pero en caso de identidad de razón, incluso las leyes penales pueden ser interpretadas extensivamente, siempre que el caso, además, esté comprendido bajo alguna propia significación de las palabras. El Profesor Mendoza lo reconoce también así en cuanto a las leyes venezolanas y se funda en que la parte especial del Código es casuística, lo que obliga a dar al juez «cierta libertad de juicio».

b) Que, si a pesar de la cuidadosa búsqueda literal y teleológica, no se llega a un resultado concluyente y persiste la duda sobre la voluntad de la ley, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable. Sólo para este supuesto aceptaríamos el aforismo de Marcelo con-

tenido en el *Digesto*: in re dubia benigniorum interpretationem sequi, non minus iustus est, quam tutius (39).

Puede verse que en la interpretación de la ley, cuando no hay claridad, se aplica el criterio teleológico de interpretar restrictivamente lo perjudicial y favorablemente lo beneficioso. Y sobre el principio de la duda que favorece al reo y su relación no con la interpretación sino con los hechos, sostiene lo siguiente:

Con mucho más moderno estilo, Hippel primero y Grispozní después (tomándolo de la doctrina alemana), han dicho que el axioma *in dubio pro reo* nada tiene que ver con la interpretación y sólo se refiere a la prueba de los hechos. Toda una monografía ha sido escrita en Alemania por Moser, como tesis doctoral, afirmando, en efecto, que *in dubio pro reo* no tiene nada que ver con la interpretación de las leyes penales substantivas.

Debemos combatir también el principio *in dubio mitius*, porque equivaldría a anular toda interpretación, ya que siempre debería escoger el juez la hipótesis más benigna (40).

Esta es una afirmación indispensable, pues muchas veces el Derecho Penal está en la alternativa de elegir dos penas, y elige la más grave. Es el caso del concurso de delitos tanto ideal (artículo 48 del Código Penal) como real (artículo 50 del Código Penal). Las disposiciones dicen lo siguiente:

“Código Penal, artículo 48.- Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones”.

(39) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, p. 118.

(40) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, p. 117.

“Código Penal, artículo 50.- Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48”.

Con la finalidad que las leyes no colisionen entre sí ni en el espacio ni en el tiempo, y que se tenga la mayor claridad posible respecto a estos fenómenos, el Código Penal establece reglas de aplicación que buscan eliminar, hasta donde sea posible, los problemas que pueden presentarse. Como el inciso que comentamos trata de ello, es pertinente tenerlas presentes. En materia de aplicación espacial las disposiciones son las siguientes:

“Código Penal, artículo 1.- La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía”.

Las naves o aeronaves públicas son las pertenecientes al Estado peruano, sean o no de guerra. Las llamadas naves o aeronaves *nacionales privadas* son las que están registradas bajo bandera peruana. Las naves y aeronaves no tienen nacionalidad pero sí registro.

“Código Penal, artículo 2.- La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;
2. atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República.
3. Agravia al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario;
4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previs-

to como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; y,

5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales”.

“Código Penal, artículo 3.- La Ley Penal peruana podrá aplicarse, cuando solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero”.

Por otra parte, las normas que regulan la aplicación de las leyes peruanas en el tiempo son las siguientes:

“Código Penal, artículo 6.- La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva ley”.

“Código Penal, artículo 7.- Sí, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho”.

Debe entenderse que el caso de duda o conflicto de que habla el inciso I1 del artículo 139 de la Constitución, aparece cuando estas disposiciones no solucionan el problema. En tal caso, deberá recurrirse a la ley más favorable. Sin embargo, si las normas antedichas proveen la solución y no es la más favorable, ella es la que debe aplicarse.

247. Artículo 139 inciso 12

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

12. El principio de no ser condenado en ausencia.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este inciso, en la Constitución de 1979, es el siguiente:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

10. La de no poder ser condenado en ausencia.

[...].”

Las dos Constituciones tienen igual norma para esta situación.

Análisis exegético

Condenar en ausencia es limitar seriamente el derecho de defensa (ver el artículo 139 inciso 14 de la Constitución) y por ello la norma prohíbe tal práctica. En países en los cuales el uso del poder a veces desborda sus límites razonables, suele además suceder que intencionalmente se pongan obstáculos a la presencia del encausado (por ejemplo, con serio riesgo de que sea maltratado o injustamente encarcelado) y, al mismo tiempo, se le juzga en ausencia. La norma, por tanto, es adecuada.

El principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; [...]".

Daniel O'Donnell completa la información sobre este tema en el contexto del Derecho Internacional:

Las eventuales justificaciones de la realización de procesos in absentia fueron analizadas en forma pormenorizada en una decisión del Comité sobre un individuo enjuiciado mientras se encontraba en exilio. Algunos extractos rezan:

Con arreglo al párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, toda persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección. Esta disposición y los demás requisitos de un proceso con las debidas garantías contenidas en el artículo 14 no permiten la interpretación invariable de que son inadmisibles las actuaciones in absentia, independientemente de las razones que existan para la no comparecencia del acusado. En realidad, las actuaciones in absentia son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado, aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a ejercer su derecho a estar presente), en beneficio de una buena administración de la justicia. Sin embargo, el ejercicio efectivo de los derechos que figuran en el artículo 14, presupone que se tomen las medidas necesarias para informar con anticipación al acusado de las actuaciones iniciadas contra él (artículo 14(3) (b)). Los procesos in absentia requieren que, pese a la no comparecencia del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 14(3) (b)), no podrá defenderse por medio de un defensor de su elección (artículo 14(3) (d)) ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la com-

parecencia de los testigos de descargo, y que éstos sean interrogados (Artículo 4 (3) (e) (41).

La única objeción que puede hacerse al principio de no ser condenado en ausencia es que, sobre todo en los delitos de corrupción, puede bien ocurrir que la imposibilidad de juzgar en ausencia lleve a la prescripción de la acción o del delito. Sin embargo, siempre sería posible solucionar esta dificultad, por ejemplo, suspendiendo la prescripción mientras la ausencia permanezca. Es una medida dura pero legítima, sobre todo si se utiliza en relación a delitos en los cuales la persona espera la prescripción para vivir tranquilamente de lo ilícitamente obtenido.

Precisamente, debido a esta razón, el Perú ha dictado la ley 26641 promulgada el 25 de junio de 1996 que establece lo siguiente:

“Ley 26641, artículo 1.- Interpretase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye el proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción».

«Ley 26642, artículo 2.- Si el agente se sustrae a la acción de la justicia, y por ello es declarado contumaz, será reprimido con pena privativa de libertad igual a la que corresponde al delito por el que se procesa. Es competente el Juez que corresponde a la primera acción».

La norma tiene como finalidad, precisamente, evitar que quienes presumiblemente cometieron delitos y escaparon esperando la prescripción de las causas, no puedan rehuir la justicia. Los términos prescriptorios serán suspendidos. La única crítica, técnica, a esta ley es la de pretender hacer interpretación auténtica de la Constitución que, como ya hemos sostenido, no puede ser hecha por el Congreso ya que es poder *constituido*.

(41) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pp. 180-181.

Durante el gobierno de facto que existió en el Perú entre abril y diciembre de 1992, se dictó una norma abiertamente inconstitucional, que permitía juzgar en ausencia, no la corrupción, sino el terrorismo y la traición a la patria. Se trató del Decreto Ley 25728 promulgado el 02 de setiembre de 1992, cuyo artículo 1 estableció:

“Decreto Ley 25728, artículo 1.- Para el juzgamiento de los delitos de terrorismo y de traición a la Patria previstos en los Decretos Leyes 25475 y 25659, dada la naturaleza de éstos y el grave daño que causan al país, los órganos jurisdiccionales correspondientes, están facultados para condenar en ausencia a quienes sean responsables de la comisión de estos ilícitos penales».

Por más condenables que fueran los delitos del caso, el respeto a las reglas establecidas, tanto nacionales como internacionales, exigía que una norma como ella no se diera. El que se tratara de un gobierno de facto es explicación, no excusa.

248. Artículo 139 inciso 1

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los dispositivos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que ahora comentamos son los siguientes:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[..]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[..]

II) La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada”.

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

11. La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme.

[...].

Con redacciones bastante distintas, las dos Constituciones consagran el principio de no revivir procesos fenecidos que, en efecto y como dice la Constitución de 1993, son aquellos que han recibido resolución ejecutoriada. El efecto, en el ámbito penal, será el que establecía la Constitución de 1979, cuyo texto no ha llegado a la de 1993: *“Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme”.*

La segunda parte del inciso 13 del artículo 139 de la Constitución de 1993, reproduce el texto del artículo 2 inciso 20 literal II. De la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

El principio contenido en este inciso tiene reconocimiento en los instrumentos internacionales:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

7.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

4.- El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

[...]».

Proceso fenecido con resolución ejecutoriada es aquel en el cual se ha dictado la última sentencia que corresponde: bien la de última instancia, bien una intermedia pero sin que se haya interpuesto el recurso impugnatorio pertinente dentro del plazo de ley. En estos casos el proceso ha sido ya solucionado, se ha *dicho derecho* y en consecuencia todo es inmodificable y debe ser cumplido. Lo que hace la primera parte del inciso es ratificar este principio. Para mayor detalle del significado de la resolución ejecutoriada que es cosa juzgada, ver nuestro comentario al artículo 139 inciso 2 de la Constitución.

La segunda parte da a la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción, los efectos de cosa juzgada. Hubiera sido mejor que esta parte del artículo estuviera separada de la anterior o, en todo caso, hubiera sido ubicada en el inciso 2 del artículo 139, que es donde se habla de la cosa juzgada. Es, en nuestra opinión, un error de técnica legislativa.

La amnistía es la gracia que consiste en el olvido del delito y ejercitarla corresponde al Congreso (ver el inciso 6 del artículo 102 de la Constitución). El indulto es el perdón de la pena, y es ejercitado por el Poder Ejecutivo (artículo 118 inciso 21 de la Constitución). El sobreseimiento definitivo es el archivo definitivo de un proceso, que ocurre en

las circunstancias establecidas expresamente por la legislación procesal. La prescripción consiste en la extinción de la acción por el transcurso del tiempo previsto en la ley. En todos estos casos, el efecto es el de cosa juzgada, es decir, una vez ocurrido el hecho, los aspectos jurídicos a él vinculados quedan inmodificados y deben ser cumplidos.

A este inciso cabe hacerle dos atenciones que son detalles jurídicos importantes:

- El primero, que en materia civil la prescripción debe ser invocada y si no lo es, entonces el juez no puede aplicarla (artículo 1992 del Código Civil). También hay que tener en cuenta que se puede renunciar a la prescripción ya ganada (artículo 1991 del Código Civil). Por consiguiente, el artículo debería decir algo así como «y la prescripción ganada y alegada» para salvar este problema. Hay que notar que el indulto, la amnistía y el sobreseimiento definitivo son producto de actos ciertos de la autoridad, en cambio la prescripción actual y cumplida, depende también de la voluntad del interesado de la forma como hemos indicado.
- El segundo, que en el Derecho Civil también existe la caducidad de acciones, que tiene exactamente los mismos efectos que la prescripción en esta materia concreta y que, por consiguiente, debe ser considerada analógicamente como produciendo los efectos de la cosa juzgada y tal vez ni siquiera *a pari* sino *a fortiori* porque, en el Derecho Civil, la extinción que produce la caducidad es mucho más intensa que la que produce la prescripción. Es obvio que el constituyente se olvidó de ella, porque no podría pretender darle trato más benevolente.

249. Artículo 139 inciso 14

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

[...].».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La norma obligando a informar la causa de la detención ya existió en la Constitución de 1823:

«Constitución de 1823, artículo 117.- Dentro de 24 horas se le hará saber a todo individuo la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual».

La Constitución de 1860 lo expresó de manera distinta:

«Constitución de 1860, artículo 18.- Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente, ó de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito; debiendo, en todo caso, ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les pidiere».

Norma semejante tuvieron el artículo 17 de la Constitución de 1867 y el artículo 24 de la Constitución de 1920.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes que traía la Constitución de 1979 respecto de la norma que comentamos son los siguientes:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. *A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:*

[...]

h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad

[...]”.

“*Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:*

[...]

9. La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

[...]”.

Ambas Constituciones, con un orden distinto, establecen las siguientes normas:

- Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (Constitución de 1979 artículo 233 inciso 9; Constitución de 1993 artículo 139 inciso 14).
- Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención (Constitución de 1979 artículo 2 inciso 20 literal h.; Constitución de 1993, artículo 134 inciso 14).
- Toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por él desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (Constitución de 1979 artículo 2 inciso 20 literal h.; Constitución de 1993, artículo 139 inciso 14).

Análisis exegético

El derecho de defensa y las demás connotaciones consideradas en él, tienen reconocimiento internacional:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo [...].

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

2.- [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

[...]».

O'Donnell añade tres consideraciones importantes que provienen de la aplicación de estas normas por los organismos internacionales especializados:

- La primera consiste en que el abogado debe tener las condiciones reales para ejercitar su defensa y, particularmente, debe tener relación directa y confidencial con su defendido:

“El Comentario General 13 del Comité de Derechos Humanos, antes citado, establece lo siguiente sobre la libertad del abogado en actuación a favor de sus clientes:

Además, este inciso (el párrafo 3(b) del artículo 14) exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte” (42).

- En segundo lugar, la libertad de elegir defensor no debe ser restringida indebidamente. Elegir entre un grupo muy limitado no es real derecho de defensa:

“En lo que respecta al derecho a escoger libremente un defensor la doctrina del Comité de Derechos Humanos sostiene que la posibilidad de escoger un defensor entre un pequeño número de oficiales militares no satisface el derecho reconocido por la normativa internacional. Este derecho se aplica tanto en apelación como en primera instancia” (43).

(42) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988. p. 178.

(43) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 177.

- Por último, las normas internacionales se entienden aplicables no sólo a los casos de detención policial o por orden jurisdiccional. También lo son cuando las personas son privadas de libertad en otros centros o formas:

“El Comité de Derechos Humanos ha subrayado que el derecho de toda persona privada de libertad de saber los motivos de su detención no se limita a detenciones por cargos penales, sino que cubre igualmente a individuos privados de libertad en manicomios, centros de rehabilitación de toxicómanos, centros para menores en situación irregular, detenidos por situación migratoria irregular y otras causales no penales” (44).

En nuestro concepto, el derecho de defensa tiene cuando menos dos significados complementarios entre sí:

- El primero consiste en que la persona tiene el derecho de expresar su propia versión de los hechos y de argumentar su descargo en la medida que lo considere necesario. Este significado de defensa llega tan lejos, que se permite que las personas se expresen en su propio idioma ante las autoridades, como un derecho que no puede ser violentado (ver el artículo 2 inciso 19 de la Constitución).

En este mismo sentido, a continuación el artículo dice : «*Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención*». De esta manera, queda establecida la razón de la privación de la libertad y, con ello, la posibilidad de que la persona se defienda del cargo concreto que se le imputa. Además, el requisito constitucional es que el informe se haga por escrito de manera que la persona tenga una prueba irrefutable de la razón de la detención. Esto le permite lograr mayor precisión en el ejercicio de su defensa.

- El segundo consiste en el derecho de ser permanentemente asesorado por un abogado que le permita garantizar su defensa de la mejor

(44) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 132.

manera desde el punto de vista jurídico. También por esta razón dice el artículo que la persona: «*Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*». La norma es bastante clara y exime de mayor comentario. Tal vez sólo sea importante hacer notar que el derecho a recurrir al abogado es desde que se es detenido o citado (no sólo por la detención), y sin importar cuál es la autoridad que actúa: se puede ir con abogado ante cualquier autoridad.

Nosotros consideramos que este principio tiene tanta importancia, que inclusive permite la reunión con el abogado en caso de incomunicación, desde que el inciso que comentamos no hace la excepción. Por tanto, al derecho de defensa en este sentido, no puede aplicarse la consecuencia del literal g. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución. Desde luego, hubiera sido mejor que la esto se dijera expresamente en el texto constitucional.

En relación a la defensa con abogado, hay que concordar este inciso con el 16 del mismo artículo, que habla de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos.

Durante el gobierno de facto existente en el Perú entre abril y diciembre de 1992 se dictó el Decreto Ley 25475, promulgado el 05 de mayo de 1992, que recortó el derecho de defensa de los procesados por terrorismo de la siguiente manera:

“Decreto Ley 25475, artículo 12.- En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

[...]

- f. Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les designará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia».

La disposición fue indiscutiblemente inconstitucional y recién se la modificó en el sentido correcto mediante la Ley 26447 promulgada el 21 de abril de 1995 que estableció:

“Ley 26447, artículo 2.- Los presuntos implicados por delitos de terrorismo señalados en el artículo precedente tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial.

La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aún cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

Es obligatoria la presencia del abogado defensor y del representante del Ministerio Público en la manifestación policial del presunto implicado. Si éste no nombra abogado defensor, la autoridad policial, en coordinación con el Ministerio Público, le asignará uno de oficio que será proporcionado por el Ministerio de Justicia».

Como puede verse, pasaron varios meses de vigencia de la Constitución de 1993 antes que se enmendara la norma dándole los términos correctos que tiene hoy en día.

Existe una jurisprudencia interesante en el Perú, que defendió el derecho a comunicarse con el abogado aún en régimen de excepción:

“Rómulo Yangali de los Ríos, Efrén Yangali de los Ríos, Fortunato Yangali Huachaca y Hugo Bustamante Gonzales se encuentran detenidos en la Comandancia del Ejército de esta localidad conforme lo expuesto por el recurrente don Severo Yangaly Narvaes desde el veintiuno de noviembre del año de mil novecientos ochentitrés en calidad de incomunicados y privados del derecho de defensa, que no estando suspendidas las mencionadas garantías previstas por el inciso veinte párrafos h) e I) del artículo segundo de la Constitución del Estado por el Decreto Supremo número cero cero tres ochentitrés-IN, su fecha veinticinco de febrero de mil novecientos ochentitrés que proroga el Estado de Emergencia en la Provincia de Huamanga y otros del Departamento de Ayacucho, es procedente el recurso de Hábeas Corpus, en consecuencia, declararon FUNDADO EL RECURSO DE HABEAS CORPUS y ordenaron que se ofi-

cie en el día al señor Jefe del Comando Político Militar de la Sub-Zona E Area Declarada en Emergencia a fin de que sin dilación levante la incomunicación informando en el día a este Tribunal el lugar donde se hallan las mencionadas personas detenidas, bajo responsabilidad, a fin de que sean asesorados por sus abogados defensores, de los que no pueden ser privados [...]”. (Resolución del Tribunal Correccional de Ayacucho del 12 de Enero de 1984, en el hábeas Corpus interpuesto por Rómulo Yangali de los Ríos y otros contra el jefe del Comando Político Militar de la sub-zona E área declarada en emergencia).

En esta resolución puede verse que el tribunal correccional discrimina adecuadamente los derechos involucrados en la declaración del Estado de Emergencia de aquellos que no lo están y ordena a la fuerza pública que respete estos últimos y permita que los detenidos se comuniquen con sus abogados defensores.

Otro caso interesante es el siguiente, que tiene la particularidad de referirse a la defensa en el contexto de relaciones en entidades privadas:

“[...] se ha separado al accionante, sin oírlo ni escucharlo, lo que contraviene al derecho de defensa que constituye una garantía constitucional consagrada en el inciso noveno del artículo doscientos treinta y cinco de la Constitución; que, es preciso merituar la carta notarial de fojas ciento dieciséis, su fecha cinco de mayo de mil novecientos ochentiséis, por la cual la Junta Directiva en sesión del veintiocho de abril del citado año, tomó conocimiento del informe del Fiscal de Turno vinculado con las faltas cometidas por el recurrente y, al respecto, le comunica que se acordó, por unanimidad, después de la lectura del expediente respectivo, su separación como socio del Club de la Unión; que, de la apreciación de dicha prueba de cargo; se infiere que el accionante ha sido sancionado sin haber sido escuchado, menoscabándose su derecho a la defensa, al honor y a los demás derechos de la personalidad, tutelados por la Constitución, que hace de la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarentitrés, su fecha treinta de marzo del presente año que, revocando la apelada de fojas ciento treinta y uno, fechada el veintinueve de noviembre del año próximo pasado, declara: FUNDADA la acción de amparo [...]”. (Resolución de la Corte Suprema en la acción de amparo interpuesta por Ezequiel Ramírez Novoa contra la Junta Directiva del Club de la Unión).

El aspecto particularmente interesante de esta resolución consiste en que la privación del derecho de defensa no se produce ante un órgano del Estado sino al interior de un club que es una asociación privada sin fines de lucro. La Corte Suprema ha, por tanto, establecido el principio de que el derecho de defensa debe observarse en favor de cualquier persona que esté a punto de ser sancionada de cualquier manera que ello ocurra, bien en instituciones públicas, bien dentro de instituciones privadas. Hay que notar que la Corte Suprema hace una referencia no sólo a las garantías de la administración de justicia (a las que se refiere el artículo 233 de la Constitución de 1979) sino a los derechos de la personalidad que, aunque demasiado genérica en nuestro concepto (debiera haber sido más precisa), sin embargo es suficiente para dar a la defensa de quien va a ser sancionado, el rango de derecho personal y, desde luego, constitucional.

Consideramos que esta resolución es perfectamente aplicable al inciso 14 del artículo 139 de la Constitución de 1993, aún cuando originalmente fue dictada al amparo del artículo 233 de la Constitución de 1979, pues las normas son sustantivamente similares en ambas. Cartas respecto del derecho de defensa que tratamos.

250. Artículo 139 inciso 15

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

15. El principio de que toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención.

[...].»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo está en la siguiente norma:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.

[...]”.

Análisis exegético

Indudablemente, un error de transcripción del constituyente. Todo lo dicho aquí está en el inciso anterior. Debería hacerse la modificación que elimine esta duplicidad.

251. Artículo 139 inciso 16

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de esta norma es el siguiente en la Constitución de 1979:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

9. La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

[...]”.

Ambas Constituciones garantizan la defensa gratuita para las personas con escasos recursos.

Pero la Constitución de 1993 añade la gratuidad de la administración de justicia y la posibilidad que la ley extienda el derecho a defensa gratuita.

Análisis exegético

La gratuidad de la administración de justicia es consustancial al monopolio de la misma por el Estado y al principio de que toda persona tiene derecho a recibirla. Si la justicia fuera pagada, entonces los menos favorecidos estarían, además, privados de ella.

La gratuidad de la administración de justicia quiere decir que el litigante no debe pagar las remuneraciones ni los costos en que la justicia incurre para ser administrada. Sin embargo, sí se admite que se cobren unas tasas judiciales a precios mínimos y contra servicios reales.

De esta manera, la administración de justicia se financia del Presupuesto General de la República, de la misma manera que ocurre con el Poder Ejecutivo y el Legislativo (que a su turno, también prestan el servicio de gobernar). Los tributos son la forma arquetípica de financiamiento de estos gastos consustanciales a la tarea de gobierno.

La defensa gratuita es un beneficio de pobreza que el Estado organiza para garantizar el derecho de defensa mediante abogado de los que no pueden pagarlo. La Constitución permite que se extienda a los otros casos que la ley señale.

Los instrumentos internacionales reconocen el derecho de toda persona a tener defensa gratuita cuando no se cuenta con los recursos suficientes para pagarla. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

[...]».

La Convención Americana sobre Derechos humanos, a su turno, dice:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

2.- [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...]».

252. Artículo 139 inciso 17

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Este dispositivo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético.

Lo único establecido constitucionalmente en este sentido es el principio general del artículo 2 inciso 17 y del artículo 31 en lo referente a elección y remoción (pero sin ninguna forma de aplicación concreta a los magistrados judiciales), y el artículo 152 que establece:

«Artículo 152.- Los Jueces de Paz provienen de elección popular.

Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley.

La ley puede establecer la elección de los jueces de primera instancia y determinar los mecanismos pertinentes».

Comentamos este artículo en la parte pertinente.

Aparentemente, la posibilidad de revocación de los magistrados choca con dos normas constitucionales: el inciso 3 del artículo 146 que les da garantía de permanencia en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, y el artículo 154 inciso 3, que es el que da viabilidad a la destitución. Evidentemente, hay aquí un defecto que es o bien haber mantenido esta garantía que implica la remoción cuando no se quería; o bien no haber establecido la norma operativa que la hiciera posible si se la quería. Ha habido, indudablemente, indefinición en el constituyente en este punto y, en realidad, ha hecho prácticamente imposible la remoción por el pueblo en la sistemática de la Constitución.

Milagros Maraví, con buen criterio, estima que los magistrados sujetos a revocación son los que pueden ser elegidos y añade que en su criterio también la ley podría hacer elegir fiscales cuando sus jueces pares fueren también elegidos:

El Art. 139 Inc. 17 permite la participación popular en el nombramiento y revocación de magistrados, conforme a ley. La revocación por naturaleza se aplica a aquellos magistrados elegidos por votación popular. Asimismo, el Art. 152 precisa que los jueces de paz provienen de elección popular normada por ley y que ésta podrá establecer la elección de los jueces de primera instancia.

Por tanto nos queda concluir que los ciudadanos tienen derecho a la revocación de los magistrados del Poder Judicial que cumplan dos requisitos: hayan sido elegidos y esté establecido por ley. Es decir, la ley y no la Constitución determinará qué cargos judiciales son revocables.

La ley también puede establecer la elección y revocación de los fiscales, pues de acuerdo al Art. 158 «su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría (45).

(45) MARAVI SUMAR, Milagros. *Las instituciones de la democracia directa en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de*

253. Artículo 139 inciso 18

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para la norma que comentamos es el siguiente:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

13. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que se le requiere en los procesos.

[...]”.

Con redacción distinta que no afecta el significado, las dos Constituciones contienen la misma normatividad respecto de este punto.

Análisis exegetico

El Poder Judicial tiene la función jurisdiccional y *dice Derecho*. Sin embargo, muchas veces las decisiones judiciales tienen que ser cumplidas mediante el auxilio de la fuerza pública, tanto para forzar a las

1993. *Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 115.

personas a realizar determinados actos procesales (por ejemplo prestar declaraciones de varios tipos), como para cumplir las sentencias (por ejemplo, embargar y rematar para hacer un pago). En todos estos casos, el Poder Judicial pide ayuda al Poder Ejecutivo, que tiene el control de la Policía Nacional (que es la encargada de prestar este apoyo).

El Ejecutivo no podría negarse a dar el apoyo solicitado porque, en ese caso, estaría haciendo que en la práctica no exista administración de justicia. Por ello, correctamente, tiene el deber de colaborar, según dice este inciso.

La norma tiene que ver con el inciso 9 del artículo 118 que dice que Corresponde al Presidente de la República: *«cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órgano jurisdiccionales»*.

254. Artículo 139 inciso 19

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

[...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Una forma particular de antecedente remoto de la norma que comentamos es este artículo de la Constitución de 1823:

«Constitución de 1823, artículo 96.- No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinaren las leyes».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma que es antecedente de ésta que comentamos, tiene el siguiente texto en la Constitución de 1979:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

14. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la ley. Los tribunales, bajo responsabilidad de sus miembros, no le dan posesión del cargo.

[...].

Con redacción ligeramente distinta, ambas Constituciones tienen igual contenido normativo.

Análisis exegético

Quien ejerce la función jurisdiccional tiene que haber sido nombrado según las prescripciones constitucionales y legales. De otra manera, la sociedad no estaría nunca segura de la seriedad con la que la persona hubiera sido reclutada para la función y, es más, se podrían producir situaciones oprobiosas ya existentes en el pasado que, en muchos casos, incluyeron hasta la venta de puestos vitalicios de judicatura.

La Constitución ha establecido como forma de nombramiento de magistrados judiciales, un procedimiento que es autónomo de los poderes políticos, en manos del Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 150 y siguientes). En la parte correspondiente comentaremos de manera más extensa este procedimiento.

Si los órganos jurisdiccionales dan posesión del cargo a quien no fue nombrado según la Constitución y la ley, realizarán un acto nulo por ir contra norma de orden público pero, además, serán responsables según las normas, lo que puede acarrear tanto sanciones administrativas, como civiles y penales.

El Código Penal tiene establecido un tipo de usurpación de autoridad que es el delito que se cometería cuando se incumple la norma de este inciso:

“Código Penal según modificación hecha por el Decreto Ley 25444, artículo 361.- El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar ordenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36 incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”.

Las reglas de procedimiento para el nombramiento de los magistrados judiciales se hallan en la Ley 26397 promulgada el 06 de diciembre de 1994, Ley del Consejo Nacional de la Magistratura, a partir del artículo 21. Un resumen general puede verse en el artículo 22:

“Ley 26397, artículo 22.- El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas:

a. El Presidente del Consejo convoca a concurso para cubrir nuevas plazas o las que se encuentren vacantes.

La convocatoria es publicada tres veces consecutivas en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación.

Tratándose de la designación de un juez o fiscal ante una Corte Superior, la convocatoria debe publicarse también en el periódico encargado de los avisos judiciales de la sede de la respectiva Corte Superior y, en otro medio de comunicación masiva de dicha sede.

b. Los postulantes deben solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura ser considerados candidatos y someterse al respectivo concurso de méritos y evaluación personal, presentando los documentos que señale el reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura.

c. Terminada la calificación de la documentación presentada, el Consejo publica la nómina de los postulantes que considere aptos para ser evaluados, a efectos de que se puedan formular tachas, acompañadas con la prueba instrumental.

d. Cumplido lo previsto por el inciso anterior, se procede a llevar a cabo el concurso de méritos y evaluación personal de los postulantes».

255. Artículo 139 inciso 20

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para esta norma es el siguiente:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

17. El derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

[...]”.

Con pequeñas diferencias de redacción que no afectan lo sustancial, ambas Constituciones tienen igual contenido normativo en este punto.

Análisis exegetico

La crítica de las resoluciones judiciales es una garantía de administración de justicia que tiene varias ventajas:

- Es una forma de control de la calidad de las resoluciones, en la medida que los tribunales saben que su trabajo puede ser legítimamente analizado y discutido en público.
- Es una garantía de relativa importancia para las partes porque saben que en caso de ser despojadas arbitrariamente de sus derechos, se podrá hacer un análisis público de la situación.
- Es importante para el estudioso del Derecho que, de esta forma, tendrá a mano material de trabajo que le permita ver cómo es que el Derecho se está aplicando a la realidad concreta.

En el Perú el estudio de la jurisprudencia no está desarrollado, aunque conforme avanza el tiempo existe un interés creciente por ella. Por otro lado, en algunas disciplinas como el Derecho Tributario o la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia es intensamente trabajada porque opera como precedente vinculatorio.

Es de esperar que el progresivo desarrollo de los trabajos de recopilación y análisis jurisprudencial, colaboren a tener un Derecho nacional más rico, más desarrollado, más consistente y mejor conocido.

El análisis de resoluciones debe estar regulado en la ley con la finalidad de garantizar, entre otras cosas importantes, el decoro de los comentarios y la privacidad de los asuntos personales que se trate.

De esta garantía dice Quiroga:

Esta es una Garantía Constitucional de la Administración de Justicia novedosa y hasta cuestionable como tal. Puede inscribirse dentro del concepto genérico del «control público» de la judiciabilidad y legalidad de los fallos y decisiones judiciales (46).

(46) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la admi-*

256. Artículo 139 inciso 21

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

[...)].».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

[...]

19. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos sanos y convenientes”.

Con redacción algo distinta, las dos Constituciones tienen igual normatividad respecto de este tema.

Análisis exegetico

En los tiempos modernos, la pena ya no es una expiación, una sanción o una venganza. Más bien, se busca que sea una forma de reinsertar al delincuente en la sociedad, a través de un proceso de reeducación (ver el inciso siguiente de este mismo artículo). La distancia entre este propósito, declarado formalmente en las leyes y la realidad, es abismal.

nistración de justicia. VARIOS AUTORES. La Constitución diez años después. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 327.

Sin embargo, el derecho que establece este inciso 21 es correcto en esencia y debe transitarse hacia su pleno cumplimiento. Por un lado, corresponde a una concepción reeducadora de la pena y, por el otro, hay que recordar que la condición humana es digna por ser tal y en cualquier condición en que un miembro de la especie se encuentre. Por consiguiente, el preso en tanto ser humano, también tiene el derecho de vivir con el mínimo decoro correspondiente a su calidad humana.

El inciso discrimina correctamente entre reclusos y sentenciados porque no es conveniente mezclar a ambos tipos de poblaciones. Los reclusos son aquellos que están procesados pero aún no condenados. Podrían inclusive ser inocentes. Los sentenciados son reos declarados criminales por la Justicia y, por consiguiente, personas sujetas plenamente al Derecho Penal y la aplicación de penas. La idea de no mezclar a unos con otros corresponde a la necesidad de que los reclusos no sean contagiados de la conducta delictiva de quienes ya son reos. Todavía se presume su inocencia de acuerdo al literal e. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Todos los aspectos de detalle de la normatividad aplicable pueden verse en el Código de Ejecución Penal, aprobado por Decreto Legislativo 654 del 30 de Julio de 1991.

257. Artículo 139 inciso 22

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1828 estableció respecto de este punto:

«Constitución de 1828, artículo 163.- Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos en prohibida».

Esta norma fue repetida por los artículos siguientes: 157 de la Constitución de 1834; 165 de la Constitución de 1839; 19 de la Constitución de 1860, y 18 de la Constitución de 1867. La Constitución de 1920 prohibió, adicionalmente, ciertos castigos:

«Constitución de 1920, artículo 27.- Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Está prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos. La ley no podrá establecer tormentos, castigos ni penas infamantes. Quiénes los ordenen o ejecuten serán penados».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El dispositivo de la Constitución de 1979 que constituye antecedente del que comentamos, tiene el siguiente texto:

“Artículo 234.-

[...]

El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal”.

El inciso 22 del artículo 139 de la Constitución de 1993 y el segundo párrafo del artículo 234 de la Constitución de 1979, contienen la misma norma.

Análisis exegético

Hubo épocas en que la razón fundamental de la pena era hacer expiar el delito al delincuente. También se consideró muchas veces que la pena era una venganza de la sociedad por el atropello realizado por el crimen y, ya es proverbial, el principio del antiguo testamento conocido como *Ley del Talión*, que se halla en el *Exodo* 21, 23-25:

«Si unos hombres, en el curso de una riña, dan un golpe a una mujer encinta, y provocan el parto sin mas daño, el culpable será multado conforme a lo que imponga el marido de la mujer y mediante arbitrio. Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal».

El cristiano sabe que Jesús derogó esta ley nombrándola textualmente (Mateo 5, 38-42). Pero habrían de pasar más de mil ochocientos años hasta que la humanidad como colectivo, empezara a pensar que no era bueno expiar y vengar, sino más bien reinsertar al delincuente en la sociedad y hacer que, para ello, sirviera la pena que se impone.

Hoy, los instrumentos internacionales recogen este derecho que tratamos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 10.-

1.- Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.- a) los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».

A su turno, dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.-

[...]

4.- Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

[...]

6.- Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

En lo que se refiere a la Constitución misma, el inciso que comentamos establece como principio que el régimen penitenciario tiene por objeto:

- Reeducar al delincuente, es decir, formarlo interiormente para que deje de lado sus tendencias antisociales y, por el contrario, construya su yo social y positivo.
- Rehabilitar al delincuente, es decir, darle las habilidades necesarias para que pueda ejercitar su vida social positiva.
- Reincorporar al delincuente, es decir, permitir que se reinstale en la sociedad de manera que pueda asumir una nueva vida formal dentro de ella.

Falta mucho para que podamos siquiera decir que el Perú esté cerca a cumplir estos objetivos. Sin embargo, deben ser un proyecto al que dediquemos esfuerzos significativos. La violencia delictiva es un daño muy serio a la vida social actual y a la formación de los futuros peruanos. La educación en la paz es una necesidad y un objetivo no romántico sino muy pragmático: consiste en desarrollar las potencialidades de paz y progreso del individuo, y también en darle la oportunidad para que pueda ejercitarlas. De nada vale formar a una persona para la paz, o rehabilitarla, si luego no va a encontrar un sitio en la sociedad. Evidentemente, sus sentimientos antisociales serán rápidamente recuperados.

Está bien buscar estos beneficios para el delincuente con el régimen penitenciario pero hay que decir, sin embargo, que la verdadera re-

habilitación del ser humano, y la superación de las causas de la delincuencia, sólo se pueden obtener en la sociedad, es decir dentro y fuera de las prisiones, pero no sólo dentro de ellas.

258. Artículo 140

«Artículo 140.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición 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.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre penas, y en especial sobre la pena de muerte, la Constitución de 1826 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1826, artículo 122.- Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel de infamia trascendental. El código criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital».

La Constitución de 1856 prohibió la pena de muerte y fue seguida en ello por el artículo 15 de la Constitución de 1867:

«Constitución de 1856, artículo 16.- La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte».

La Constitución de 1860 la aceptó solamente para el homicidio calificado:

«Constitución de 1860, artículo 16.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado».

La Constitución de 1920 la extendió a la traición a la patria:

«Constitución de 1920, artículo 21.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión, y no puede imponer la pena de muerte

sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley».

Finalmente, la Constitución de 1933 hizo posible extender la pena de muerte a prácticamente cualquier delito:

«Constitución de 1933, artículo 54.- 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».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente texto:

“Artículo 235.- No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior”.

Las dos Constituciones establecen la pena de muerte para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, pero la Constitución de 1993 la extiende al delito de traición a la patria en caso de guerra interna porque no hace especificación alguna y, también, la extiende al delito de terrorismo. El texto señala que dichas extensiones se hacen de acuerdo a la ley y a los tratados.

Esta aclaración es importante porque la Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica no permite ampliación de la pena de muerte a casos no previstos con anterioridad.

Análisis exegético

La pena de muerte usual hasta hace unas décadas, hoy es cuestionada porque, se alega, no produce ninguna reducción significativa de la actividad delictiva y va contra los principios de reeducación y rehabilitación del delincuente. Además, contra ella se ha alegado siempre que un error en el juzgamiento es luego irremediable.

Existe en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos una extendida tendencia abolicionista de la pena de muerte que nos obliga como Estado signatario. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 6.-

1.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2.- En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

[...]

4.- Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5.- No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.-

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2.- 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.

3.- No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4.- En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5.- No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6.- Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente».

La Convención de aprobó en 1978 bajo la Constitución de 1933 que, en su artículo 54 establecía:

«Artículo 54.- La pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley».

Como es evidente, el reconocimiento de la pena de muerte en esta norma era extenso y permisivo.

El artículo 235 de la Constitución de 1979 estableció: *«No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior».*

Esto fue equivalente a restringir el espectro de aplicación de la pena de muerte sólo a este delito y en esta circunstancia. En los términos de la Convención de San José, no podría ampliarse a partir de allí.

Sin embargo, en el fragor de la discusión política inmediatamente anterior al Congreso Constituyente de 1993, el tema volvió a aparecer y el establecimiento de la pena de muerte contra el terrorismo se convirtió en una bandera electoral y de identificación política para el gobierno.

Es así que, durante el periodo de gobierno de facto en el Perú el año 1992, se dictó el Decreto Ley 25659, promulgado el 12 de Agosto de 1992, en el que se establecieron las definiciones del delito de traición a la patria, aunque no la pena de muerte (que luego sí estableció para estos delitos la Constitución en el artículo 140 que comentamos):

«Decreto Ley 25659, artículo 1.- Constituye Delito de Traición a la Patria, la comisión de los actos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley 25475, cuando se emplean las modalidades siguientes:

a) Utilización de coches bombas o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población;

b) Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirvan para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior».

«Decreto Ley 25659, artículo 2.- Incurrir en Delito de Traición a la Patria:

a) El que pertenece al grupo dirigenal de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;

b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;

c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos s) y b) del artículo anterior».

«Decreto Ley 25659, artículo 3.- La pena aplicable al Delito de Traición a la Patria tipificado en el presente Decreto Ley, será la estable-

cida en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Ley 25475». (La pena del inciso a) del art. 3 del D.L. 25475 era la de cadena perpetua).

Fue en esas circunstancias que se aprobó el actual artículo constitucional sobre la materia y que comentamos. Va contra la Convención de Costa Rica en dos aspectos:

- Amplía a aplicación del delito de traición a la patria al caso de guerra interna.
- Amplía la pena de muerte al delito de terrorismo.

Sin embargo, establece al mismo tiempo que la pena de muerte se aplicará según los tratados de los que el Perú es parte obligada. Sólo esto ya hace aplicable el inciso 2 del artículo 4 de la Convención Americana y, por consiguiente, impide que se amplíe la pena de muerte en los hechos. Esto es lo que ha ocurrido en los años de vigencia de la Constitución: nadie ha sido sancionado con pena de muerte y, además, previsiblemente ella no será aplicada.

Una Comisión de juristas internacionales de mucho respeto, que vino en misión no oficial a analizar la situación de la administración de justicia, se refirió en su informe a este tema de la pena de muerte, y sostuvo que el Perú violaría la Convención Americana sobre Derechos Humanos si aplicara la pena de muerte. Sus palabras fueron:

Expresamos nuestra particular preocupación por el artículo 140 de la nueva Constitución que amplía la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos. El artículo 140 establece:

[...]

En el caso de que este artículo de la nueva Constitución sea aplicado, nosotros creemos que violará prima facie las obligaciones legales internacionales del Perú, no obstante el lenguaje utilizado por el legislador, esto es, «de acuerdo con [...] aquellos tratados internacionales de los que el Perú es Parte.

[...]

Creemos que habiendo abolido realmente la pena de muerte en su Constitución de 1979, con excepción de la traición a la patria entendida como guerra externa, por ejemplo, una guerra interestatal, el Perú está impedido para restablecer y aplicar esta sanción en todos los otros delitos, a menos y sólo después de que denuncie la Convención Americana (47).

Debido al cambio de Constitución, sin embargo, hay dudas en el Perú sobre si los tratados primarían sobre la Constitución. Azabache dijo:

El artículo 140 de la Constitución peruana de 1993 provoca una transgresión a la obligación establecida por el artículo 4.2 de la Convención, pero esta afirmación debe ser tomada con cuidado porque no tiene los mismos efectos que resultarían si siguiera en vigencia la Constitución de 1979. En ella, el artículo 105 hacía parte del bloque constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así que una transgresión normativa a las obligaciones internacionales del Estado habría provocado un caso de contradicción intraconstitucional que habría podido producir la invalidación de la disposición infractora. La Carta de 1993 no ha mantenido la norma de recepción contenida en el artículo 105 de la Carta de 1979, así que las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos ya no tienen rango constitucional. Por todo ello, no podemos deducir la existencia de una contradicción a este nivel entre la obligación fijada por el artículo 4.2 de la Convención Americana y el artículo 140 de la nueva Constitución. Ambas disposiciones se mueven ahora en un distinto plano normativo, definido por la prevalencia de las normas constitucionales sobre las obligaciones internacionales del Estado, así que, con ser muy importante, la objeción internacional no es determinante sobre la aplicabilidad de la norma que comentamos.

La ampliación de supuestos recogida en el artículo 140 de la Constitución Peruana de 1979 constituye, sin duda posible, un in-

(47) COMISION DE JURISTAS INTERNACIONALES. *Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la administración de Justicia en el Perú*. Lima, Instituto de Defensa Legal, 1994, pp. 83-84.

cumplimiento de obligaciones internacionales que ha puesto al Estado peruano en una situación más que difícil ante el sistema regional de protección a los derechos humanos. Se ha incurrido en un ilícito internacional que hace, por decir lo menos, inconveniente mantener su vigencia. Pero el ilícito internacional no provoca la inmediata invalidez del artículo 140. A lo más, puede originar un nuevo «deber de derogar», que resultaría de un proceso seguido por la Comisión ante la Corte Interamericana, para que en uso de sus atribuciones jurisdiccionales, condene al Estado peruano y le imponga tal deber en una Sentencia (48).

Tal como hemos fundamentado oportunamente, a nosotros nos parece indiscutible que los tratados referentes a derechos humanos, sobre todo cuando han sido ratificados, tienen rango constitucional en el Perú. En consecuencia obligan y no pueden ser incumplidos unilateralmente, como en realidad ningún convenio puede serlo. Por consiguiente, el Perú no puede restablecer la pena de muerte a delitos que no les era aplicable según la Constitución de 1979. Sólo podrá haber pena de muerte en el Perú, legítimamente, por delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235 de la Constitución de 1979, que fue el que estableció el límite según el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por lo demás, el soporte moral que antes tuvo la pena de muerte se ha erosionado grandemente en los últimos años. Los conceptos que el Papa Juan Pablo II ha vertido sobre ella son significativamente claros y relevan de mayor fundamentación:

Entre los signos de esperanza se da también el incremento, en muchos estratos de la opinión pública, de una nueva sensibilidad cada vez más contraria a la guerra como instrumento de solución de los conflictos entre los pueblos, y orientada cada vez más a la búsqueda de medios eficaces, pero «no violentos», para frenar la agresión armada. Además, en este mismo horizonte se da la aver-

(48) AZABACHE C., César. *Sobre la pena de muerte*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994., p. 77.

sión cada vez más difundida en la opinión pública a la pena de muerte, incluso como instrumento de «legítima defensa» social, al considerar las posibilidades con las que cuenta una sociedad moderna para reprimir eficazmente el crimen, de modo que, neutralizando a quien lo ha cometido, no se le prive definitivamente de la posibilidad de redimirse (49).

Y luego añade:

Es evidente que, precisamente para conseguir todas estas finalidades, la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes (50).

En virtud de estas consideraciones, estimamos que la medida más correcta que podría tomar el Perú es modificar el artículo 140 de la Constitución y adecuarlo a las exigencias que plantea la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debidamente concordada con el que fue artículo 235 de la Constitución de 1979, que para estos efectos sigue siendo el límite máximo posible de aplicación de la pena de muerte en el Perú.

259. Artículo 141

«Artículo 141.- 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 Su-

(49) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 27; p. 27.

(50) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 56, pp. 55-56.

prema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las primeras y las últimas Constituciones se ocuparon de las competencias de la Corte Suprema, en formas muy diversas. La de 1823 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1823, artículo 100.- Corresponde a la Suprema Corte:

- 1.- Dirimir todas las competencias que entre sí tuvieren las Cortes Superiores, y las de éstas con los demás tribunales de la República.
- 2.- Hacer efectiva la responsabilidad del magistrado que ejerciere el poder ejecutivo, y de los ministros de Estado, cuando el Senado decretare haber lugar a formación de causa.
- 3.- Conocer de las causas criminales, de los ministros de Estado, y hacer efectiva la responsabilidad de las Cortes Superiores.
- 4.- Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de su seno. Y si fuere necesario hacer efectiva la responsabilidad de toda ella, nombrará el Congreso un tribunal de nueve jueces, sacados por suerte de un número doble que elegirá a pluralidad absoluta.
- 5.- Conocer en tercera instancia de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposición de las leyes.
- 6.- Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores, para el efecto reponer y devolver.
- 7.- Oír las dudas de los demás tribunales y juzgados sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas fundadamente al poder legislativo.
- 8.- Conocer de las causas concernientes a los negocios diplomáticos y de los contenciosos entre ministros, cónsules, ó agentes diplomáticos».

La Constitución de 1926 dijo lo siguiente de la Corte Suprema:

«Constitución de 1826, artículo 102.- La primera magistratura judicial del Estado residirá en la Corte Suprema de Justicia».

«Constitución de 1826, artículo 105.- Son atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia:

- 1.- Conocer de las causas criminales del vice-presidente de la República, secretarios de Estado y miembros de las Cámaras cuando decretare el cuerpo legislativo haber lugar a formación de causa.
- 2.- Conocer de todas las causas contenciosas de patronato nacional.
- 3.- Examinar las bulas, breves y rescritos cuando se versen sobre materias civiles.
- 4.- Conocer de las causas contenciosas de los embajadores, ministros residentes, cónsules y agentes diplomáticos.
- 5.- Conocer de las causas de separación de los magistrados de las cortes de distrito judicial, y prefectos departamentales.
- 6.- Dirimir las competencias de las cortes de justicia entre sí, y las de estas con las demás autoridades.
- 7.- Conocer en tercera instancia de la residencia de todo empleado público.
- 8.- Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar al Ejecutivo para que promueva la conveniente declaración en las Cámaras.
- 9.- Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las cortes de justicia.
- 10.- Examinar el estado y progreso de las causas civiles y criminales pendientes en las cortes de distrito, por los medios que la ley establezca.
- 11.- Ejercer, por último, la alta facultad directiva, económica y correccional sobre los tribunales y juzgados de la nación».

La Constitución de 1828 le dio las siguientes atribuciones:

«Constitución de 1828, artículo 111.- Son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia:

- 1.- Conocer de las causas criminales que se formen al presidente, vicepresidente de la República, a los miembros de las dos Cámaras, y a los ministros de Estado, según los artículos 31 y 32.
- 2.- De los negocios contenciosos de los individuos del cuerpo diplomático y cónsules residentes en la República, y de las ofensas contra el derecho de las naciones.
- 3.- De los pleitos que se susciten sobre contratas celebradas por el Gobierno Supremo ó sus agentes.

- 4.- De los derechos contenciosos entre departamentos ó provincias y pueblos de distintos departamentos.
- 5.- De los recursos de nulidad contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores en el modo y forma que designe la ley.
- 6.- Conocer en segunda y tercera instancia de las residencias de los prefectos.
- 7.- En tercera instancia de la residencia de los demás empleados públicos que por las leyes estén sujetos a ella.
- 8.- En tercera instancia de las causas de presas, comisos y contrabandos, y de todos los negocios contenciosos de hacienda conforme a la ley.
- 9.- Hacer efectiva la responsabilidad de las Cortes Superiores.
- 10.- Dirimir todas las competencias entre las Cortes Superiores y las de estas con los demás tribunales.
- 11.- Consultar sobre el pase ó retención de bulas, breves y rescriptos pontificios que versen sobre asuntos contenciosos.
- 12.- Informar anualmente al Congreso de todo lo conveniente para la mejora de la administración de Justicia.
- 13.- Oír las dudas de los demás tribunales y juzgados sobre la inteligencia de alguna ley y consultar fundadamente al Congreso.
- 14.- Velar sobre el pronto despacho de las causas pendientes en las Cortes Superiores”.

La Constitución de 1834 le dio las siguientes atribuciones:

«Constitución de 1834, artículo 114.- Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- 1.- Conocer de las causas criminales que se formen al Presidente de la República, a los miembros de la Cámaras, a los Ministros de Estado y Consejeros de Estado, según los artículos 33 y 101, atribución 5.
- 2.- De la residencia del Presidente del República y demás que ejerzan el Supremo Poder Ejecutivo, y de las de sus ministros.
- 3.- De los negocios contenciosos, de los individuos del cuerpo diplomático y cónsules residentes en la República, y de las infracciones del derecho internacional.
- 4.- De los pleitos que se susciten sobre contratos celebradas por el Gobierno Supremo ó sus agentes.
- 5.- De los despojos hechos por el Supremo Poder Ejecutivo para solo el efecto de la restitución.

- 6.- De los derechos contenciosos entre departamentos ó provincias, y pueblos de distintos departamentos.
- 7.- De los recursos que establezcan la ley contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores.
- 8.- En segunda y tercera instancia de la residencia de los prefectos.
- 9.- En tercera instancia de la residencia de los demás empleados públicos que por las leyes estén sujetos a ella.
- 10.- En tercera instancia de las causas de presas, comisos y contrabandos, y de todos los negocios contenciosos de Hacienda conforme a la ley.
- 11.- Dirimir todas las competencias entre las Cortes Superiores, y las de éstas con los demás tribunales ó juzgados.
- 12.- Hacer efectiva la responsabilidad de las Cortes Superiores, y conocer de las causas de pesquisa y demás que se intenten *contra* ellas, ó sus miembros, en razón de su oficio.
- 13.- Presentar al Congreso cada año en la apertura de sus sesiones informes para la mejora de la administración de Justicia.
- 14.- Oír las dudas de los demás tribunales y juzgados sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar fundadamente al Congreso.
- 15.- Requerir a las Cortes Superiores en su respectivo caso para el pronto despacho de las causas pendientes en ellas.
- 16.- Proponer ternas al Ejecutivo para relator, secretario de Cámara y procuradores; y nombrar los demás empleados de su dependencia”.

La Constitución de 1837 dio al Poder Judicial y a las Cortes una fisonomía especial por su carácter confederado:

«Constitución de 1837, artículo 33.- El Poder Judicial General se ejercerá a prevención en las causas de Almirantazgo, y en las que resulten por contratos con el Gobierno General, por las Cortes Supremas de las Repúblicas Confederadas, y en los juicios nacionales contra los funcionarios expresados en el artículo 23, por un tribunal especial compuesto de tres Magistrados de cada una de las Cortes Supremas, nombrados por ellas mismas, que serán convocados por el Senado al lugar donde se hubiere reunido el Congreso. El Senado, en este caso, nombrará el Fiscal que deba promover y fenecer el juicio».

La Constitución de 1839 estableció las siguientes atribuciones para la Corte Suprema:

«Constitución de 1839, artículo 118.- Son atribuciones de la Corte Suprema:

- 1.- Conocer de las causas criminales que se le formen al Presidente de la República, a los miembros de las Cámaras, a los Ministros de Estado y Consejeros, según los artículos 35 y 42.
- 2.- De la residencia del Presidente de la República y demás que ejerzan el Supremo Poder Ejecutivo, y de las de sus Ministros.
- 3.- De los negocios contenciosos, de los individuos del cuerpo diplomático, y cónsules residentes en la República, y de las infracciones del derecho internacional.
- 4.- De los pleitos que se susciten sobre contratas celebradas por el Gobierno Supremo, ó por sus agentes.
- 5.- De los despojos hechos por el Supremo Poder Ejecutivo, para solo el efecto de la restitución.
- 6.- De los derechos contenciosos entre departamentos ó provincias y pueblos de distintos departamentos.
- 7.- De los recursos de nulidad, ó los que establezca la ley, contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores, y demás tribunales conforme a las leyes.
- 8.- En segunda y tercera instancia de la residencia de los prefectos.
- 9.- En tercera instancia de la residencia de los demás empleados públicos que por las leyes estén sujetos a ella.
- 10.- Dirimir las competencias entre las Cortes Superiores, y las de estas con los demás tribunales ó juzgados.
- 11.- Hacer efectiva la responsabilidad de las Cortes Superiores, y conocer de las causas de pesquisa y demás que se intenten contra ella ó sus miembros, en razón de su oficio.
- 12.- Presentar al Congreso en la apertura de sus sesiones informes para la mejora de la administración de Justicia.
- 13.- Oír las dudas de los demás tribunales y juzgados, sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar fundadamente al Congreso, y en su receso al Consejo de Estado.
- 14.- Requerir a las Cortes Superiores en su respectivo caso, para el pronto despacho de las causas pendientes en ellas.
- 15.- Proponer ternas al Ejecutivo, para relator, secretario de Cámara, y procuradores, y nombrar los demás empleados de su dependencia”.

Finalmente, la Constitución de 1920 estableció respecto de este punto lo siguiente:

«Constitución de 1920, artículo 150.- Corresponde a la Corte Suprema resolver las competencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo y los Concejos Provinciales en el ejercicio de sus funciones autónomas».

«Constitución de 1920, artículo 151.- La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley, corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios».

El artículo 221 de la Constitución de 1933 derivó todo lo referente a la organización del Poder Judicial a la ley.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la norma que comentamos, es el siguiente en la Constitución de 1979:

“Artículo 241.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”.

Según la Constitución de 1979, la Corte Suprema era órgano bien de casación bien de última instancia, según lo determinara la ley.

En la Constitución de 1993 la regla consiste en que la Corte Suprema es órgano de casación, salvo que la acción haya iniciado trámite ante la propia Corte Suprema o ante una Corte Superior, en cuyo caso, será tribunal de instancia final.

También casa las resoluciones del Fuero Militar que impongan la pena de muerte. Esta norma no existía en la Constitución de 1979, en buena medida porque la pena de muerte en ella era sumamente restringida y, en todo caso, los tribunales militares sólo hubieran podido aplicársela a militares y policías según sus propias normas. Al darse a los tribunales militares competencia sobre civiles, se hizo necesaria esta casación.

Análisis exegético

El propósito de esta norma es establecer las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema y se refiere al caso en que la acción se inicie ante una Corte Superior o ante la misma Corte Suprema. Se da la posibilidad de conocer el caso bajo dos modalidades distintas entre sí:

- En casación, modalidad en la cual no falla sobre el fondo del asunto sino sobre la forma en que ha sido llevado el proceso y sobre la manera adecuada o inadecuada como ha sido aplicada la normatividad relativa al caso.
- En última instancia, que quiere decir que asume plena jurisdicción sobre el caso y revisa no sólo el proceso en sí mismo, y la forma cómo ha sido aplicada la ley, sino que entra a conocer y fallar sobre el fondo del asunto.

Los procesalistas entienden la redacción del artículo, ambigua por su construcción, en el sentido que la Corte Suprema ejerce la casación como regla general y asume carácter de instancia sólo cuando el proceso se inició ante la propia Corte o ante una Superior:

La Corte Suprema será solamente tribunal de casación, salvo los casos que se inician en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema. Exceptuando estos casos extremos y no comunes, la Corte Suprema será básicamente un tribunal de casación [...]” (51).

Javier de Belaunde tiene la misma opinión respecto de lo dicho sobre el rol de casación de la Corte Suprema, pero añade propuestas adicionales:

Como hemos puntualizado líneas arriba, lo central de la función del Tribunal Supremo es la labor casatoria, por lo que debe re-

(51) ZOLEZZI, Lorenzo. *Principios constitucionales de la administración de justicia*. En LANDA, César y FAÚNDEZ, Julio (editores). *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1966, p. 75.

ducirse al mínimo que actúe originariamente o en recursos distintos del de casación. Con este fin, debe fortalecerse la labor jurisdiccional de la Corte Superior reduciendo su papel de tribunal de primera instancia radicándolo como Tribunal de Apelaciones. Esto significa reordenar la asignación de materias a la Corte Superior y a los Juzgados de Primera Instancia.

Por último, respecto al recurso de casación debe replantearse la amplitud de su procedencia; y, visto que el volumen de causas ascenderá dramáticamente, debe introducirse –de modo general– el *certiorari*, es decir, la posibilidad de rechazar el recurso cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia; así como el recurso por salto de instancia” (52).

Y sobre el *certiorari* dice:

El *certiorari* significa que la Corte Suprema, según su sano criterio, rechaza o no los recursos que a ella lleguen. Esta institución dota la máximo Tribunal de un poder subjetivo de selección de causas, lo que dependiendo de la calidad profesional y moral de los Vocales Supremos, determinará la conveniencia o no de esta posible reforma. Se busca, en suma, agilizar el trabajo del Supremo Tribunal, permitiéndole rechazar recursos que cumplen requisitos de admisibilidad y procedencia, pero que debido a lo insustancial de la cuestión o a su falta de trascendencia, no merecen ser de conocimiento por él, evitando de este modo gastos de tiempo y energías que se deben utilizar para ventilar las causas que verdaderamente sean importantes (53).

En realidad, lo que Belaunde plantea, y que nosotros compartimos,

-
- (52) BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA, Javier de. *Institucionalidad jurisdiccional del Poder Judicial*. VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 30.
- (53) BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA, Javier de. *Institucionalidad jurisdiccional del Poder Judicial*. VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 31.

es la necesidad de que la Corte Suprema sea una entidad de casación y que no se sumerja en una cantidad inmanejable de expedientes por revisar, sino que elija de entre los que llegan a sus manos, según las prioridades de política jurisprudencial que se haya fijado. De esta manera resolverá sólo los casos relevantes, podrá hacer un mejor trabajo de resolución y no demorarán tanto los procesos.

El Código Procesal Civil ha establecido ciertas reglas que pueden ser útiles para comprender el tema de la casación:

“Código Procesal Civil, artículo 384.- El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

“Artículo 386.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o,
3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Está incluida en el inciso 1. La causal de aplicación indebida del artículo 236 de la Constitución (ahora el artículo 138 de la Constitución)”.

Como puede fácilmente verse, el tema de la casación está vinculado con el de la jurisprudencia como precedente vinculatorio. Sobre ello dice Javier de Belaunde:

El Código Procesal Civil en su Art. 400, incorpora la institución de las sentencias plenarias. Estas se producen cuando una de las Salas Supremas lo solicite en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto o cuando se conozca que otra Sala esté interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado. El correcto entendimiento de esta norma obliga a referir esta institución al orden jurisdiccional civil y en la medida de que existan dos o más Salas o dos o más secciones de la Sala civil. No

cabe interpretar dicho artículo exigiendo que el pleno casatorio se realice con la asistencia de todos los vocales de la Corte Suprema, pues de ser así, se estaría vulnerando el principio de especialización con grave afectación del derecho objetivo al incorporar a una decisión con efectos obligatorios a magistrados ajenos a la materia civil (54).

Es una labor que la Corte Suprema no ha realizado al menos hasta el momento de escribir estas líneas. Sería importante que lo haga para cumplir su función principal que es la de dar dirección a la jurisprudencia nacional, lo que equivale a decir: determinar los criterios de resolución jurisdiccional de conflictos en la sociedad. Es una tarea que siempre tuvieron en el mundo los tribunales máximos y que, si no se cumple, genera problemas bastante graves de desorientación social frente al Derecho.

El artículo 400 del Código Procesal Civil citado por Javier de Belaunde dice:

“Código Procesal Civil, artículo 400.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

(54) BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA, Javier de. *Institucionalidad jurisdiccional del Poder Judicial*. VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 35.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

La parte final establece que conoce en casación las resoluciones del fuero militar establecidas en el artículo 173, que son aquellas en las cuales se impone la pena de muerte. En todo lo que no establezca esta pena, las resoluciones de los tribunales militares no son revisables por la Corte Suprema, con lo cual, en la práctica, y salvo el tema de la pena de muerte, los tribunales militares son autónomos e independientes del Poder Judicial. No se cumple a cabalidad, entonces, la norma establecida en el inciso 1 del artículo 139 que se refiere a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

260. Artículo 142

«Artículo 142.- 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.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 289.- El Jurado Nacional de Elecciones es autónomo. El Jurado y sus órganos aprecian los hechos con criterio de conciencia. Resuelven conforme a derecho”.

Si bien del artículo 289 de la Constitución de 1979 podía entenderse que el Jurado ejercía jurisdicción y que por lo tanto sus decisiones no podían ser revisadas, la Constitución de 1993 lo dice inequívocamente tanto en este artículo 142 como en el 181.

La segunda parte del artículo 142 de la constitución de 1993 es una innovación, como todo lo referente al Consejo Nacional de la Magistratura en ella.

Análisis exegetico

Este artículo, tácitamente, da función jurisdiccional a estos dos órganos del Estado en las materias especializadas que les han sido encomendadas y lo hace diciendo que el Poder Judicial no es competente para revisar sus resoluciones.

Las materias de este artículo han sido expresamente encomendadas por las normas orgánicas de las dos entidades. Al Jurado Nacional de Elecciones la Constitución se las otorga en el artículo 178 y su forma de proceder está contenida en el 181. Al Consejo Nacional de la Magistratura se las concede el artículo 154 de la Constitución. En el caso del Consejo hay que hacer la aclaración adicional de que, según la parte final del inciso 3 del artículo 154, tampoco son impugnables sus decisiones sobre sanción de destitución a jueces y fiscales de todas las instancias. Esta norma debiera haber sido mencionada también aquí para dar una idea completa de la jurisdicción que asume el organismo. Es un defecto de técnica legislativa que debe ser corregido.

Según lo que manda este artículo, en los casos que tratamos no proceden siquiera las acciones constitucionales aplicables, contenidas en el artículo 200 de la Constitución.

Sin embargo, si no estamos ante las materias de las que trata este artículo, sino frente a medidas administrativas de cualquiera de estos dos órganos, entonces sí procederán contra ellas las acciones constitucionales y judiciales a que haya lugar. La jurisdicción que se les otorga es solo la expresamente señalada en este artículo.

Si bien la Constitución de 1979 no era tan explícita como los artículos 142 y 181 de la Constitución de 1993 sobre la inimpugnabilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, la concepción misma de esta inimpugnabilidad sí existió y fue sostenida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en esta resolución:

“Que conforme al artículo doscientos ochentiséis de la Constitución Política del Estado, el Jurado Nacional de Elecciones es el órgano encargado de todo lo referente a los procesos electorales que tengan lugar en el país, y, a él compete, como la única y soberana autoridad, conocer las materias relativas al ejercicio del derecho de sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de credenciales y todos los demás procedimientos y medidas electorales señalados en la ley;

Que conforme lo prescribe el artículo doscientos ochentinueve de la misma Carta, «El Jurado nacional de Elecciones es autónomo. El Jurado y sus Organos aprecian los hechos -relativos a las elecciones-, con criterio de conciencia, y resuelve conforme a derecho».

Que asimismo, estando a lo preceptuado por el artículo décimo tercero de la Ley Electoral catorce mil doscientos cincuenta, «el Jurado Nacional de Elecciones es la autoridad suprema en materia electoral y contra sus decisiones no procede recurso alguno. No podrá el mismo Jurado reconsiderar, revisar o modificar sus fallos y las resoluciones que pronuncie en ejercicio de sus atribuciones, serán cumplidas por las ‘autoridades a quienes se dirija, bajo responsabilidad de éstas’»”. (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 17 de julio de 1986 en la acción de amparo interpuesta por Víctor Guerrero Andía contra el Jurado Nacional de Elecciones).

También está el siguiente caso:

“Que, además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil sesenta y nueve «no procede ninguna acción judicial respecto de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones», salvo que éstas hubiesen vulnerado o amenazado los derechos constitucionales del accionante, pero, en el caso, submateria, no existe ninguna infracción ni amenaza de infracción de los derechos del actor”. (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 26 de enero de 1988 en la acción de amparo interpuesta por William Zabarburú Goñaz con el Jurado Nacional de Elecciones).

En este caso con menor contundencia que en otros, el Tribunal destaca que ya bajo el imperio de la Constitución de 1979 las resoluciones

del Jurado no eran impugnables judicialmente. Aquí hace la salvedad de que dicha impugnación sí procedería cuando se hubiese vulnerado o amenazado derechos constitucionales, lo que da a entender que el Tribunal consideraría válida la interposición de un hábeas corpus o un amparo.

261. Artículo 143

«Artículo 143.- El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.»

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Diversas Constituciones se ocuparon de la estructura orgánica del Poder Judicial y lo hicieron de formas distintas. La Constitución de 1823 dijo al respecto:

«Constitución de 1823, artículo 101.- Habrá en los departamentos de Lima, Trujillo, Cuzco, Arequipa, y demás que conviniese, Cortes Superiores de Justicia compuestas de los vocales y fiscales necesarios».

«Constitución de 1823, artículo 102.- Son atribuciones de las Cortes Superiores:

- 1.- Conocer en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles del fuero común, hacienda pública, comercio, minería, presas y comisos.
- 2.- Conocer de las causas criminales, mientras se pone en observancia el juicio de jurados.
- 3.- Decidir las competencias suscitadas entre los tribunales y juzgados y subalternos.
- 4.- Conocer de los recursos de fuerza en su respectivo departamento».

«Constitución de 1823, artículo 104.- Habrá jueces de derecho con sus juzgados respectivos en todas las provincias, arreglándose su número en cada una de ellas, según lo exija la pronta administración de justicia».

La Constitución de 1826 estableció lo siguiente:

«Constitución de 1826, artículo 107.- Son atribuciones de las cortes de distrito judicial:

- 1.- Conocer en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles del Fuero común, Hacienda pública, Comercio, Minería, Presas y Comisos, en consorcio de un individuo de cada una de estas profesiones en calidad de conjuer.
- 2.- Conocer de las competencias entre todos los jueces subalternos de su distrito judicial.
- 3.- Conocer de los recursos de fuerza que se introduzcan de los tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio».

«Constitución de 1826, artículo 108.- En las provincias se establecerán partidos judiciales proporcionalmente iguales, y en cada capital de partido habrá un juez de letras con el juzgado que las leyes determinen».

«Constitución de 1826, artículo 109.- Las facultades de estos jueces se reducen a lo contencioso, y pueden conocer sin apelación en los negocios civiles, hasta la cantidad de doscientos pesos».

La Constitución de 1828 organizó al Poder Judicial de la siguiente manera:

«Constitución de 1828, artículo 106.- Habrá en las capitales de departamento cortes superiores, y en las provincias juzgados de primera instancia; precediendo para el establecimiento de unos y otros petición de las juntas departamentales».

«Constitución de 1828, artículo 107.- Habrá tribunales especiales para el comercio y minería. La ley determinará los lugares donde deban establecerse y sus atribuciones peculiares».

«Constitución de 1828, artículo 113.- Las Cortes Superiores de Jus-

ticia se compondrán del número de vocales y fiscales que designe la ley. Su presidente será electivo en los mismos términos que el de la Corte Suprema».

«Constitución de 1828, artículo 115.- Son atribuciones de las Cortes Superiores:

- 1.- Conocer en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles del fuero común, y de las de comercio y minería con un conjuer de cada una de estas profesiones.
- 2.- De las causas criminales mientras se establece el juicio por jurados.
- 3.- De las causas sobre sucesión a patronatos ó capellanías eclesiásticas.
- 4.- De los recursos de fuerza.
- 5.- En primera instancia de las que conoce en segunda la Corte Suprema, (atribución 6, artículo 111).
- 6.- En segunda instancia de las que conoce en tercera la Corte Suprema con el conjuer respectivo, atribuciones 7 y 8 (artículo 111)
- 7.- Dirimir las competencias entre los juzgados subalternos.
- 8.- Velar sobre el pronto despacho de las causas en los juzgados de primera instancia».

«Constitución de 1828, artículo 117.- Son atribuciones de estos jueces (de primera instancia):

- 1.- Conocer en primera instancia de las causas civiles de su distrito, y de las criminales en la forma actual mientras se establecen los jurados, y cuando estos se establezcan, aplicar la ley.
- 2.- Conocer en primera instancia en las causas sobre sucesión a patronatos y capellanías eclesiásticas».

La Constitución de 1834 estableció las siguientes disposiciones:

«Constitución de 1834, artículo 109.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia. En las de departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores, y en los distritos judiciales, juzgados de primera instancia.

La división del territorio de la República en distritos judiciales, se hará por una ley».

«Constitución de 1834, artículo 115.- Las Cortes Superiores de Justicia se componen del número de vocales y fiscales que designe la ley».

«Constitución de 1834, artículo 116.- El Presidente de las Cortes Superiores se elegirá en los mismos términos que el de la Suprema».

«Constitución de 1834, artículo 118.- Son atribuciones de las Cortes Superiores:

- 1.- Conocer en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles de que conocen los juzgados de primera.
- 2.- De las criminales de que conocen los jueces de primera instancia según el artículo 120, atribución 1.
- 3.- De las causas sobre sucesión a patronatos ó capellanías eclesiásticas.
- 4.- De los recursos de fuerza.
- 5.- En primera instancia de las causas de que conoce en segunda la Corte Suprema.
- 6.- En segunda instancia de las que conoce en tercera la Corte Suprema.
- 7.- De las causas de pesquisa y demás que se susciten contra los jueces de primera instancia en razón de su oficio.
- 8.- Dirimir las competencias entre los juzgados subalternos.
- 9.- Requerir a los jueces de primera instancia para el pronto despacho de las causas pendientes en sus juzgados.
- 10.- Proponer ternas al Ejecutivo para agente fiscal, relatores, secretarios de Cámara y procuradores; y nombrar los demás empleados de su dependencia».

«Constitución de 1834, artículo 120.- Son atribuciones de estos jueces:

- 1.- Conocer en primera instancia de las causas civiles, del fuero común de su distrito judicial, y de las criminales en la forma actual, mientras se establece el juicio por jurados.
- 2.- Instruir el proceso y aplicar la ley en el juicio por jurados.
- 3.- Conocer en primera instancia en las causas sobre sucesión a patronatos y capellanías eclesiásticas».

«Constitución de 1834, artículo 121.- Habrá jueces de paz para los juicios de menor cuantía y demás atribuciones que les da la ley».

Las principales normas de la Constitución de 1839 fueron las siguientes:

«Constitución de 1839, artículo 113.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia; en las de departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores; y en los distritos judiciales, juzgados de primera instancia, cuya división territorial se hará por una ley».

«Constitución de 1839, artículo 114.- Habrá tribunales y juzgados privativos para las causas de comercio, minería, diezmos, aguas, presas y comisos. El número de sus vocales, sus atribuciones y lugares en que deban establecerse los juzgados, se determinará por una ley».

«Constitución de 1839, artículo 119.- Las Cortes Superiores de Justicia se componen del número de vocales y fiscales que designe la ley».

«Constitución de 1839, artículo 121.- Son atribuciones de las Cortes Superiores:

- 1.- Conocer en segunda y tercera instancia, de todas las causas civiles de que conocen lo juzgados de primera, en los casos y modo que designa la ley.
- 2.- De las causas criminales de que conocen los jueces de primera instancia, mientras se establece el juicio por jurados.
- 3.- De los recursos de fuerza.
- 4.- En primera instancia de la residencia de los prefectos.
- 5.- En segunda instancia de la de los demás empleados públicos que por las leyes estén sujetos a ella.
- 6.- De las causas de pesquisa, y demás que se susciten contra los jueces de primera instancia en razón de su oficio.
- 7.- Dirimir las competencias entre los juzgados de su dependencia.
- 8.- Conocer en segunda y tercera instancia de las causas del fuero militar, con los jefes que en clase de conjuces deban concurrir conforme a la ley.
- 9.- Requerir a los jueces de primera instancia para el pronto despacho de las causas pendientes en sus juzgados.
- 10.- Proponer al Ejecutivo en ternas dobles para jueces de primera instancia de su distrito, y en ternas sencillas, para agente fiscal, relatores, secretarios de Cámara y procuradores y nombrar los demás empleados de su dependencia».

«Constitución de 1839, artículo 123.- Son atribuciones de estos jueces (de primera instancia), conocer en primera instancia de las causas civiles del fuero común de su distrito judicial, de las capellanías laicales y sucesión a mayorazgos y de las criminales en la forma actual, mientras se establece el juicio por jurados».

«Constitución de 1839, artículo 124.- Habrá jueces de paz para el desempeño de las atribuciones que les designe la ley».

La Constitución de 1856 disminuyó significativamente el número de normas dedicadas a esta parte:

«Constitución de 1856, artículo 126.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia: en las de departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores: en las provincias, juzgados de primera instancia; y en todas las poblaciones, juzgados de paz.

El número de juzgados de primera instancia en las provincias y el de juzgados de paz en las poblaciones, se designará por una ley».

La Constitución de 1860 estableció:

«Constitución de 1860, artículo 125.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia: en las de Departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores: en las de provincia, juzgados de primera instancia; y en todas las poblaciones, juzgados de paz.

El número de juzgados de primera instancia en las provincias, y el de juzgados de paz en las poblaciones, se designará por una ley.

Este artículo fue modificado por la Ley del 18 de Octubre de 1887 cuyo artículo único dijo: “El artículo 125 de la Constitución queda modificado en los términos siguientes:

Habrá en la capital de la República una Corte Suprema: en las de Departamento y en las de Provincia Cortes Superiores y Juzgados de primera instancia respectivamente, a juicio del Congreso; y en todas las poblaciones Juzgados de Paz.

El número de juzgados de primera instancia en las provincias y el de Juzgados de Paz en las poblaciones se designarán por una ley».

Luego, la Ley del 31 de octubre de 1900 dijo: «Artículo único.- El artículo 125 de la Constitución queda reformado en los siguientes términos:

«Habrà en la Capital de la República una Corte Suprema; en las de Departamento y en las provincias Cortes Superiores y Juzgados de primera instancia, respectivamente, a juicio del Congreso, y en todas las poblaciones Juzgados de Paz».

La Constitución de 1867 dijo:

«Constitución de 1867, artículo 122.- Habrà en la Capital de la República una Corte Suprema de Justicia; en las de Departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores; en las de Provincia Juzgados de 1ra. Instancia, y en todas las poblaciones, Juzgados de Paz.

El número de Juzgados de 1ra. Instancia y de paz en cada provincia, se determinará por una ley».

La Constitución de 1920 estableció lo siguiente:

«Constitución de 1920, artículo 146.- Habrà en la capital de la República una Corte Suprema; en las de departamentos, y en las de provincias, Cortes Superiores y Juzgados de Primera Instancia, respectivamente, a juicio del Congreso, y en todas las poblaciones, Juzgados de Paz.

La ley deteminará la organización del Poder Judicial, la forma de los nombramientos y las condiciones y requisitos a que éstos se sujetarán».

Finalmente, la norma de la Constitución de 1933 fue:

«Constitución de 1933, artículo 221.- Habrà en la Capital de la República una Corte Suprema de Justicia; en las de Departamento que determine la ley, Cortes Superiores; Juzgados de Primera Instancia, en las

capitales de provincia; Juzgados de Paz Letrados, en los lugares que señale la ley; y en todas las poblaciones, Juzgados de Paz.

La ley establecerá la organización del Poder Judicial, la forma de los nombramientos y las condiciones y requisitos a que éstos sujetarán».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que es antecedente de éste en la Constitución de 1979 tiene la siguiente redacción:

“Artículo 237.- Son órganos de la función jurisdiccional:

- 1. La Corte Suprema de Justicia, con sede en la capital de la República. Su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional.*
- 2. Las cortes superiores, con sede en la capital del distrito judicial que señala la ley.*
- 3. Los juzgados civiles, penales y especiales, así como los juzgados de paz letrados en los lugares que determina la ley. Y*
- 4. Los juzgados de paz en todas las poblaciones que lo requieren.*

Cada uno de los órganos es autónomo en el ejercicio de sus funciones”.

La Constitución de 1979 describía y enumeraba a los principales órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

La Constitución de 1993, en cambio, indica que los órganos del Poder Judicial son jurisdiccionales y de gobierno. La enumeración y demás normas que les sean aplicables las delega a la ley.

Análisis exegetico

La Constitución hace bien al separar los dos tipos de órganos que existen en el Poder Judicial y que cumplen funciones tan distintas entre sí, que sólo muy pocas veces quien tiene calidades y formación para

cumplir una de ellas, podrá también cumplir la otra. Las dos funciones son:

- La de fondo del Poder Judicial, aquella para la que existe, que es la *función jurisdiccional del Estado*. Como hemos dicho ya varias veces, ella consiste en *decir Derecho* en los problemas sociales sometidos a su conocimiento a través de los procesos.

Esta función es cumplida por los magistrados judiciales nombrados específicamente para tal efecto (ver el inciso 19 del artículo 139 de la Constitución). De manera que no basta pertenecer al Poder Judicial para poder ejercer la función jurisdiccional: hay que tener nombramiento específico para ejercitarla.

- La de gestión del Poder Judicial, que son las funciones de conducción (de *gobierno* la llama la Constitución en este artículo) y de administración que deben existir en toda institución: toma de decisiones de diseño y orientación de todo el organismo y de las decisiones administrativas que las lleven a cabo, y la posterior ejecución de ellas en los distintos niveles y especialidades en que ello es necesario.

Si bien debe existir una conexión entre lo jurisdiccional y lo administrativo, que puede ser garantizada con la participación de magistrados judiciales en los órganos de gobierno, la tarea de gerenciar la institución generalmente deberá ser llevada a cabo por especialistas, pues la cantidad de personal, de recursos y de necesidades que tiene el Poder Judicial es enorme y compleja y los jueces y demás magistrados no tienen necesariamente la preparación para ejecutarla (o al menos, su especialización profesional no contiene ninguna formación específica en ella).

La Constitución sólo menciona a los órganos jurisdiccionales y caracteriza como tales a la Corte Suprema, a las demás cortes y a los juzgados según se establece en la ley, que resulta ser la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esto equivale a decir que dichos órganos pueden ser o pueden no ser, total o parcialmente, los órganos de administración del Poder Judi-

cial. Esto quiebra una tradición de mucho tiempo, según la cual eran los propios magistrados los que conducían la administración del órgano. A fines del año 1995, se estableció por norma de rango de ley una reorganización administrativa del Poder Judicial que privó al Presidente de la Corte Suprema de todo poder de decisión administrativo y gubernativo, encomendándolo a otros órganos. En el momento de escribir esta parte del trabajo, esta reorganización ha iniciado sus funciones y no puede ser evaluada debidamente.

La ley de reorganización es la número 26546 promulgada el 21 de noviembre de 1995, cuyas normas establecen un verdadero sistema de gobierno del Poder Judicial. Los dispositivos más importantes son:

«Ley 26546, artículo 1.- Por un período de 360 días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Comisión Ejecutiva a que se refiere el Artículo 2 asumirá las funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial. En consecuencia, por el plazo antes señalado, quedan en suspenso la competencia y atribuciones de los órganos de gobierno previstos en los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87. del decreto supremo 017-93-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las que serán ejercidas por dicha Comisión Ejecutiva o por quienes ésta designe en la respectiva jurisdicción.

El Presidente de la Corte Suprema y la Sala Penal de la Corte Suprema, mantienen la competencia y atribuciones que por ley les corresponde a excepción de todo aquello que se oponga a la presente ley».

«Ley 26546, artículo 2.- La Comisión Ejecutiva estará integrada por los Vocales Supremos presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, quienes actuarán como un organismo colegiado y continuarán como miembros de la Comisión independientemente del cargo que ostenten en el siguiente año judicial. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Vocales Supremos.

La Comisión Ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado y contará con las atribuciones que la Comisión establezca en su reglamento de funciones».

Como se puede ver, la Comisión Ejecutiva no está integrada por vocales en ejercicio de cargos, sino por las tres personas individuales que ocupaban las tres presidencias. Fue un encargo de naturaleza personal, con ropaje institucional. Normas posteriores ampliaron el plazo de trabajo de la Comisión.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales, el artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece lo siguiente:

«Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 26.- Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

1. La Corte Suprema de Justicia de la República;
2. Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales.
3. Los Juzgados Especializados y Mixtos en las provincias respectivas.
4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
5. Los juzgados de paz»

262. Artículo 144

«Artículo 144.- El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Corte Suprema aparece en la Constitución de 1823:

«Constitución de 1823, artículo 98.- Habrá una Suprema Corte de Justicia que residirá en la capital de la República, compuesta de un presidente, ocho vocales, y dos fiscales, divididos en las salas convenientes».

La Constitución de 1826 le dio una estructura distinta:

«Constitución de 1826, artículo 103.- Esta se compondrá de un presidente, seis vocales, y un fiscal divididos en las salas convenientes».

Según la Constitución de 1828 la organización de la Corte Suprema sería la siguiente:

«Constitución de 1828, artículo 105.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia, cuyos vocales serán elegidos uno por cada departamento».

«Constitución de 1828, artículo 108.- La Corte Suprema de Justicia se compondrá de siete vocales y un fiscal, pudiendo el Congreso aumentar su número según convenga».

«Constitución de 1828, artículo 109.- El presidente de la Suprema será elegido de su seno por los vocales de ella, y su duración será la de un año».

La estructura volvió a variar en la Constitución de 1834:

«Constitución de 1834, artículo 111.- La Corte Suprema de Justicia se compone de un vocal de cada uno de los departamentos que dan senadores y consejeros de Estado, y de un fiscal. Los departamentos que no tengan individuos con los requisitos de esta Constitución, podrán nombrar libremente a otros de fuera».

«Constitución de 1834, artículo 112.- El Presidente de la Suprema será elegido de su seno por los vocales de ella, y su duración será de un año».

La Constitución de 1839, que fue la última en regular constitucionalmente la organización interna de la Corte dentro del período que tratamos. La organizó así:

«Constitución de 1839, artículo 115.- La Corte Suprema se compone de siete vocales y un fiscal, nombrados de la terna doble que presente el Consejo de Estado al Ejecutivo».

«Constitución de 1839, artículo 116.- El Presidente de la Suprema será elegido de su seno por los vocales de ella, y su duración será la de un año».

No hemos encontrado más normas sobre este tema específico.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente expreso en la Constitución de 1979. Sin embargo, era la normatividad que existía en la legislación sobre Poder Judicial.

Análisis exegético

Hace al Presidente de la Corte Suprema el Presidente de todo el Poder Judicial. Normalmente esto se entendió como una responsabilidad no sólo de representación, sino también de gobierno. Sin embargo, a fines de 1995 como se ha dicho ya al comentar el artículo anterior, una reorganización del Poder Judicial estableció órganos distintos que son los que gobiernan y ejercen las atribuciones administrativas, por lo que actualmente, y mientras esta situación no sea modificada, el Presidente de la Corte Suprema y del Poder Judicial, sólo tiene responsabilidades de carácter jurisdiccional y, en la práctica, sólo representa a quienes ejercen esta función, no la administrativa que, de acuerdo a esta reorganización ha devenido en totalmente independiente de la autoridad del Presidente.

Lo propio ha ocurrido con la Sala Plena de la Corte Suprema, que sigue teniendo las funciones jurisdiccionales que le atribuye su Ley Orgánica.

263. Artículo 145

«Artículo 145.- El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que son antecedente de éste que comentamos tenía el contenido siguiente:

“Artículo 238.- La Corte Suprema formula el proyecto de presupuesto del Poder Judicial. Lo remite al Poder Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público. Puede sustentarlo en todas sus etapas.

El presupuesto del Poder Judicial no es menor del dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central”.

“Artículo 239.- La Corte Suprema de Justicia, por intermedio de uno de sus miembros, tiene derecho de concurrir a las Cámaras Legislativas para tomar parte sin voto en la discusión de los proyectos de ley que presenta y de la Ley de Presupuesto de la República en lo concierne al Poder Judicial”.

La Constitución de 1979 daba a la Corte Suprema la atribución de formular su presupuesto y de defenderlo en la discusión parlamentaria a través de uno de sus miembros.

La Constitución de 1993 dice que es el Poder Judicial el que presenta su presupuesto y lo sustenta ante el Congreso. En la sistemática de la Constitución de 1993 habrá que entender estas normas a la luz del artículo 144 que dice que la Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. Como la Constitución no hace diferencias hay que entender que es el órgano máximo tanto jurisdiccional como administrativamente y, también como gobierno del Poder Judicial.

Análisis exegético

Este artículo es una forma de dar autonomía al Poder Judicial del Poder Ejecutivo, pues serán sus órganos de gobierno los que se presenten directamente ante el Congreso a sustentar sus pliegos (lo que es ratificado por la parte final del primer párrafo del artículo 80). Esto permite al Poder Judicial expresar ante el órgano que finalmente aprueba el Presu-

puesto, cuales son sus necesidades y urgencias, tanto de gasto corriente como de inversión, sin la intermediación del Poder Ejecutivo, a través de los Ministerios de Economía y Finanzas y eventualmente de Justicia (aunque estrictamente a éste no le correspondería tratar temas presupuestales del Poder Judicial), los que podrían dar una versión distinta de las reales necesidades, haciendo más difícil el cumplimiento de la función jurisdiccional.

Desde luego, la decisión definitiva sobre el Presupuesto corresponde al Congreso por la Constitución (ver el artículo 77 de la Constitución y el caso excepcional del segundo párrafo del artículo 80).

264. Artículo 146

«Artículo 146.- La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.

Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

- 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley.*
- 2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento.*
- 3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. Y*
- 4. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial fueron tratadas con las siguientes normas en las Constituciones de 1920 y 1933:

«Constitución de 1920, artículo 149.- Los miembros del Poder Judicial no podrán ser nombrados por el Poder Ejecutivo para desempeñar ningún cargo político, exceptuándose a los Magistrados de la Corte Suprema que podrán ser nombrados Ministros de Estado».

«Constitución de 1933, artículo 225.- No pueden ser nombrados para ningún cargo judicial el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los miembros del Poder Legislativo, los Directores de los Ministerios y los funcionarios que ejercen autoridad política mientras estén en el ejercicio de sus funciones».

«Constitución de 1933, artículo 226.- Los miembros del Poder Judicial, no pueden desempeñar ningún cargo que dependa de la elección del Congreso, ni de nombramiento del Poder Ejecutivo, ni de ninguna otra autoridad o corporación administrativa. Se exceptúan los cargos diplomáticos, los de la enseñanza universitaria, las comisiones codificadoras o de reforma de las leyes, la delegación del Perú en congresos y conferencias internacionales o científicas, y las funciones de árbitro o de abogado en los tribunales de arbitraje internacional en que se controvierta algún derecho del Perú.

La aceptación de un nombramiento prohibido por este artículo, importa la pérdida del cargo judicial y de todos los goces inherentes a él».

La inamovilidad de los jueces en sus cargos fue establecida en la Constitución de 1823 (luego desapareció de los textos constitucionales hasta donde hemos podido estudiar):

«Constitución de 1823, artículo 97.- Los jueces son inamovibles, y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a la ley».

La permanencia en el servicio fue establecida de distintas formas en cuatro Constituciones del siglo pasado:

«Constitución de 1826, artículo 98.- Durarán los magistrados y jueces tanto cuanto duraren su buenos servicios».

«Constitución de 1826, artículo 99.- Los magistrados y jueces no pueden ser suspendidos de su empleos, sino en los casos determinados por las leyes; cuya aplicación, en cuanto a los primeros, corresponde a la Cámara de Senadores; y a las cortes del distrito, en cuanto a los segundos, con previo conocimiento del gobierno».

«Constitución de 1828, artículo 104.- Los jueces son perpetuos, y no pueden ser destituidos sino por juicio y sentencia legal».

«Constitución de 1834, artículo 108.- La duración de los jueces es en razón de su buen comportamiento, y no podrán ser destituidos sino por juicio y sentencia legal».

«Constitución de 1856, artículo 125.- Son amovibles los miembros del Poder Judicial, y la ley fijará la duración de sus empleos».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de este artículo, en la Constitución de 1979, son los siguientes:

“Artículo 242.- El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

- 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley.*
- 2. Su permanencia en el servicio hasta los setenta años y la inamovilidad en sus cargos, mientras observan conducta e idoneidad propias de su función. Los Magistrados no pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento. Y*
- 3. Una remuneración que les asegura un nivel de vida digno de su misión y jerarquía”.*

“Artículo 243.- La función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria.

Los Magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga”.

Ambas Constituciones establecen las siguientes normas:

- La incompatibilidad de la función jurisdiccional con cualquier otra salvo la enseñanza. La Constitución de 1993 añade que ésta debe ser realizada fuera de horas de trabajo.
- La independencia con sometimiento sólo a la Constitución y la ley.
- La remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

La Constitución de 1979 establecía la permanencia en el servicio garantizada hasta los setenta años. La de 1993 establece la misma garantía pero sin determinar edad alguna.

Finalmente, la Constitución de 1993 trae una norma que no existía en la Constitución de 1979: que los jueces sólo perciben las remuneraciones previstas en el presupuesto, las de enseñanza, y otras que expresamente prevea la ley.

Análisis exegético

El primer párrafo establece la incompatibilidad de la función jurisdiccional con cualquier otra actividad pública o privada porque, en caso contrario, podría caer fácilmente en la tentación de defender los intereses en los que participa o, peor aún, podría ser buscado por los interesados e incorporado en sus organizaciones para que los defienda. Esta norma es, en síntesis, una razonable protección contra la corrupción.

Se hace excepción de la docencia fuera del horario de trabajo judicial, porque es sabido que la Constitución permite a todo trabajador público ejercerla (ver el artículo 40 de la Constitución). Por lo demás, no podrá haber peligro de corrupción como la mencionada en el párrafo anterior por dedicarse a ella.

Consecuente con lo anterior, la Constitución establece que los jueces sólo perciben las siguientes remuneraciones:

- Las que les asigna el Presupuesto del Poder Judicial, que son sumas claras y determinadas.
- Las que perciban por enseñanza.
- Aquellas que correspondan a otras tareas que estén expresamente autorizadas por ley.

No pueden percibir otro tipo de remuneraciones, pero sí podrán tener rentas o ingresos por otros conceptos que no sean su prestación de servicios bajo modalidad alguna.

En la parte final el artículo establece que es deber del Estado dar cuatro garantías para la función jurisdiccional que los magistrados judiciales ejercen:

- La independencia, estando sólo sometidos a la Constitución y la ley. Esta independencia quiere decir que en el ejercicio de su función, sólo se atienen a lo que les dictan sus conocimientos y su conciencia. Cualquiera que pretenda influir en ello actúa inconstitucionalmente.

El sometimiento a la Constitución y la ley puede desdoblarse en dos significados:

- a. El primero, que sólo están obligados a hacer lo que ellas les establecen como deberes.
- b. El segundo, que en todo ejercicio jurisdiccional que hagan tienen que respetar la Constitución y la ley, que están por encima de lo que les dicte su conciencia. Desde luego, el juez debe dar a estas normas la interpretación adecuada y, dado el caso, elaborar la integración que deba hacer, pero el sometimiento a la Constitución y la ley es una regla de la que el juez no puede salir.

Desde luego, *ley* aquí está utilizado no en sentido estricto de norma aprobada por el legislativo y promulgada por el ejecutivo, sino en el sentido amplio de *norma jurídica*.

- La inamovilidad en los cargos que ocupan y la imposibilidad de trasladarlos sin su consentimiento. Esta garantía es muy importante porque en el aparato público suele muchas veces ocurrir que la manera de hostilizar a un trabajador es movilizarlo periódicamente de un lugar a otro con el correspondiente trastorno de la vida personal y familiar, a fin de presionarlo o hacerlo renunciar.

De acuerdo a la Constitución, un juez no puede ser movido del cargo que ocupa ni siquiera para ser ascendido. Así, si un juez tiene un cargo fuera de la ciudad sede de la Corte Superior del distrito judicial, y es promovido a vocal superior y como tal tiene que mudarse, puede decidir no ascender y quedarse en su lugar habitual. Tiene derecho a ello merced al inciso que comentamos.

- La permanencia en el servicio mientras observe conducta e idoneidad propias de la función. Esto quiere decir que un juez tiene estabilidad en la función y que sólo puede ser removido de ella por su propia voluntad o por sanción a su mala conducta o a su falta de idoneidad, para la función. Esta es una garantía que busca permitir al juez la seguridad necesaria para ejercitar su función adecuadamente y sin la necesidad de hacer cálculos de futuro que puedan trastocarla o corromperla por falta de seguridad.

Desde luego, esta permanencia no afecta el principio de que los jueces deben ser ratificados cada siete años (artículo 154 inciso 2 de la Constitución).

- La remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía. Es una promesa que la mayoría del tiempo no ha sido cumplida y que debería serlo porque, unida a la permanencia en el servicio del inciso previo, garantizaría que los buenos jueces sigan en su trabajo de manera permanente. Desde luego, la remuneración dignificada no sólo cumple el papel de hacer permanecer a las personas en los cargos. Sobre todo, tiene por finalidad retribuir un trabajo de mucha importancia en la vida pública.

No escapará a nadie que en la medida que estas garantías se cumplan efectivamente, se elevará la calidad de los jueces tanto porque los que ya lo son progresarán, como porque otros muchos que tienen gran

valía, pensarían en ingresar a la carrera judicial, cosa que muchos ahora no hacen.

265. Artículo 147

«Artículo 147.- Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere:

- 1. Ser peruano de nacimiento.*
- 2. Ser ciudadano en ejercicio.*
- 3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.*
- 4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema, fueron constitucionalmente establecidos en las primeras Cartas, y variaron de una a otra. Luego de la Constitución de 1939 dichos requisitos dejan de aparecer en los textos constitucionales, lo que probablemente indica que se prefirió darles rango de ley. Una síntesis de los requisitos que hemos encontrado es la siguiente:

- 1.- Ser de cuarenta años. (Constitución de 1823, artículo 99; Constitución de 1839, artículo 117).
- 2.- La edad de treinta y cinco años. (Constitución de 1826, artículo 104).
- 3.- Cuarenta años de edad y nacimiento en la República, ó en otras secciones de América con diez años de servicio en los tribunales superiores del Perú. (Constitución de 1828, artículo 110).

4.- Ser ciudadano en ejercicio. (Constitución de 1823, artículo 99; Constitución de 1826, artículo 104; Constitución de 1828, artículo 110; Constitución de 1828, artículo 110; Constitución de 1839, artículo 117).

5.- Haber sido miembro del alguna de las Cortes de jerarquía inmediatamente inferior a la Suprema o haber ejercitado la abogacía por un cierto lapso (a veces estos dos requisitos concurren y en otras sólo se autoriza como requisito la pertenencia a Corte). (Constitución de 1823, artículo 99; Constitución de 1826, artículo 104; Constitución de 1828, artículo 110; Constitución de 1828, artículo 110).

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para el texto que comentamos es el siguiente:

“Artículo 244.- Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere:

- 1. Ser peruano de nacimiento.*
- 2. Ser ciudadano en ejercicio.*
- 3. Ser mayor de cincuenta años.*
- 4. Haber sido magistrado de la Corte Superior durante diez años o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por un período no menor de veinte años.*

Los requisitos para los demás cargos judiciales están señalados por la ley”.

Ambas Constituciones exigen como requisitos el ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

La Constitución de 1979 exigía edad mínima de cincuenta años; la de 1993 exige cuarenticinco.

La Constitución de 1979 exigía haber sido magistrado de Corte Superior durante diez años, o haber sido abogado en ejercicio o profesor de Derecho por veinte años.

La Constitución de 1993, en cambio, exige los mismos diez años como vocal de Corte Superior o, alternativamente:

- Bien diez años como fiscal superior, o
- Bien haber ejercido la abogacía o la cátedra de Derecho por quince años.

Análisis exegético

Son peruanos de nacimiento los señalados en el artículo 52 de la Constitución, a cuyo comentario nos remitimos.

La ciudadanía se obtiene a los 18 años de edad según el artículo 30 de la Constitución. Como según el inciso 3 de este artículo que comentamos se debe ser mayor de cuarenticinco años para ser magistrado de la Corte Suprema, en principio todas las personas que cumplen el requisito de edad tienen el ejercicio de la ciudadanía. Las excepciones, es decir, aquellos que no la tienen a pesar de cumplir la edad requerida son:

- Aquellos que no se han inscrito en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).
- Los que han sido interdictados civilmente y no gozan de la capacidad de ejercicio (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
- Los condenados a sentencia con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad (Artículo 34 de la Constitución).

Los requisitos de los incisos 3 y 4 se explican por sí solos.

266. Artículo 148

«Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Antecedente constitucional de lo contencioso-administrativo existe en la Constitución de 1867:

«Constitución de 1867, artículo 130.- La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 240.- Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado.

La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia”.

Ambas Constituciones consagran la acción contencioso administrativa contra los actos que causan estado. La Constitución de 1979 daba ciertas indicaciones procesales sobre la acción, que no figuran en la de 1993.

Análisis exegético

En el ejercicio de la función ejecutiva, los órganos del Estado tienen muchas veces que resolver sobre la aplicación de la ley a los ciudadanos, sobre sus deberes y sus derechos. Cuando el ciudadano discrepa

de la forma cómo la autoridad se ha pronunciado, inicia un procedimiento administrativo, que es regulado por leyes especiales y por una de aplicación general que funciona en deficiencia o ausencia de otras normas y que es la Ley de Procedimientos Administrativos aprobada por Decreto Ley 26111 del 30 de diciembre de 1992.

El procedimiento administrativo tiene dos y excepcionalmente tres instancias (esto último cuando cabe interponer el recurso impugnatorio de revisión). Cuando el interesado ha recorrido todo el trámite del procedimiento administrativo, ha interpuesto el último recurso impugnatorio que le correspondía y éste ha sido resuelto por acto expreso o por silencio administrativo, entonces se dice que se *agotó la vía* administrativa o, lo que es lo mismo, que la resolución final *causó estado*.

Una resolución que causa estado en materia administrativa, tiene presunción de legalidad y es ejecutable porque proviene de la autoridad del Estado en ejercicio de funciones legítimas. Por consiguiente, si el interesado discrepa del sentido final de lo resuelto, ya no tiene más recurso que interponer dentro del procedimiento administrativo y se verá perjudicado por ella.

Sin embargo, todo el procedimiento administrativo ha sido hecho en virtud de la potestad ejecutiva del Estado, no de la jurisdiccional y, por consiguiente, lo único que ha pasado es que la administración pública ha aplicado la norma legal al interesado según ella la entiende. No ha habido por tanto acto jurisdiccional ni cosa juzgada sobre la materia.

La persona tiene derecho a la administración de justicia y, por tal razón y lo dicho anteriormente, tiene también derecho a que los tribunales apliquen su jurisdicción a esta materia. Este es el fundamento de la acción contencioso-administrativa: que un magistrado con función jurisdiccional revise y falle en relación a un acto administrativo producido por un funcionario, o un organismo de la administración pública, que no detenta la función jurisdiccional sino la ejecutiva. En resumen, se trata de garantizar la primacía de la función jurisdiccional sobre la ejecutiva en materia de decidir sobre la aplicación de las leyes a los hechos.

A la ley 26111 le ha sido añadido un título preliminar mediante la Ley 26654 del 15 de Agosto de 1996, cuyo artículo VI establece:

“Ley 26111, título preliminar establecido por la ley 26654, artículo VI.- Las resoluciones que pongan fin a un procedimiento no judicial podrán ser impugnadas ante el Poder Judicial mediante la acción a que se refiere el artículo 486, numeral 6) del Decreto Legislativo 768, Código Procesal Civil, sin perjuicio de la acción de garantía constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la norma legal que ampara la resolución».

Esta referencia es al llamado proceso abreviado que está determinado entre los artículos 486 y 494 del Código Procesal Civil. En sus causas discurren varios tipos de juicios y, según el inciso 6 del artículo 486, es también la vía para la impugnación de acto o resolución administrativa.

Las reglas específicas para este proceso comienzan en el artículo 540 del Código Procesal Civil. Para efectos de nuestro trabajo son importantes los dos primeros artículos:

“Código Procesal Civil, artículo 540.- La pretensión contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin de que se declare su invalidez o ineficacia.

Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa”.

La segunda parte del artículo se expresa equivocadamente: desde que la acción contencioso administrativa tiene fundamento constitucional en el artículo que comentamos, mal podrá la ley hacer excepción de ella. Tales excepciones sólo podrán figurar en normas de rango constitucional.

“Código Procesal Civil, artículo 541.- Son requisitos para su admisibilidad que:

1. Se refiera a un acto o resolución que cause estado;
2. El acto o la resolución se haya impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas; y,
3. Se interponga dentro de los tres meses de notificado o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producida resolución ficta por silencio administrativo”.

Los incisos son claros. Tal vez sólo la última parte merezca una palabra adicional: la resolución ficta por silencio administrativo consiste en lo siguiente: si recorro a la autoridad, no me responde y pasa el lapso requerido por la ley, se considera que me ha respondido afirmativamente, si hay silencio positivo, o negativamente, si hay silencio negativo. Cuando hay silencio positivo no queda nada por reclamar. Cuando hay silencio negativo, me ha sido denegado lo que pedí y, por consiguiente, recurriré a la acción contencioso administrativa. Hubiera sido más técnico que el Código Procesal Civil dijera “resolución ficta por silencio administrativo negativo”.

Producido el fallo final del proceso por acción contencioso-administrativa, se habrá *dicho Derecho* y no habrá recurso adicional porque se habrá producido la cosa juzgada.

Un caso interesante de jurisdicción constitucional en el Perú sobre la materia de este artículo que comentamos, es el siguiente:

“Que, en el presente caso, la calificación de los profesores como servidores públicos o privados no es objeto de acción de amparo, sino, materia de lo contencioso-administrativo, criterio que es concordante con lo resuelto en la acción de garantía interpuesta por don Alvaro Laucata, a que se hace referencia a fojas setentinueve y que fue desestimada por este Tribunal de Garantías Constitucionales, por resolución publicada en el diario oficial El Peruano el trece de marzo de mil novecientos ochentinueve”. (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 18 de noviembre de 1991 en la acción de amparo seguida por la Southern Perú Copper Corporation con el Ministerio de Educación).

La resolución diferencia los ámbitos de la acción de amparo y de lo contencioso-administrativo. El amparo es vía para proteger derechos constitucionales y la calificación de los profesores como servidores públicos o privados no es tal tipo de materia. En este caso, la demandante ha recurrido de la Resolución Directoral 107-89-ED que, precisamente, realizaba tal diferenciación. Por tratarse de un acto administrativo, la vía correctamente recomendada es la impugnación en la vía contencioso-administrativa.

267. Artículo 149

«Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Este artículo es muy importante en el contexto de la Constitución porque abre una ventana hacia la pluriculturalidad del país y hacia el respeto a las tradiciones de grupos humanos numerosos e importantes. Establece la posibilidad de que, en su territorio, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejerzan funciones jurisdiccionales de conformidad con el Derecho consuetudinario.

267.1. Las normas internacionales

Los principios establecidos en este artículo tienen reconocimiento en instrumentos internacionales y, particularmente, en el Convenio 169 de la OIT:

“Convenio N.169 OIT, artículo 8.-

1.- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los

derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes».

Las normas aquí establecidas, abogan por el reconocimiento de la costumbre en la regulación jurídica de las minorías, al tiempo que exigen la incorporación de sus miembros a la comunidad nacional con los derechos que les serán propios en dicho contexto. Se trata como de un doble esfuerzo jurídico y una posición de relativo privilegio pues el miembro de una comunidad minoritaria puede elegir entre su sistema jurídico y el general. El límite, como en el caso de nuestra Constitución, es el respeto de los derechos fundamentales. Desde luego, todo ello debe ser visto dentro de un proceso que involucra la integración, el respeto a las diferencias y la incorporación en la cultura mayoritaria de elementos de las culturas minoritarias. Nos hemos ocupado más extensamente del tratamiento de estos temas, que exceden el punto específico de este artículo referido al pluralismo jurídico, a propósito del comentario del artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

“Convenio N.169 OIT, artículo 9.-

1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».

Como desarrollaremos a continuación, el tema del pluralismo jurídico no está básicamente centrado en la problemática penal, pero es indudable que ella es uno de sus problemas más agudos, desde que usualmen-

te puede castigarse a un miembro de minorías culturales por la comisión de hechos que para la cultura predominante son delitos pero para la de él no. La gravedad de la consecuencia jurídica es tan grande, y la injusticia tan manifiesta, que siempre hay un acápite importante para el tema penal en estos problemas. El Convenio pide dos cosas: la primera, la mejor, que las propias minorías resuelvan sus problemas penales de acuerdo a sus reglas; la segunda, que si deben ser autoridades de la sociedad general las que se ocupan de ella, tengan en cuenta las costumbres de los pueblos minoritarios y no los midan con la vara de la cultura dominante.

“Convenio N.169 OIT, artículo 10.-

- 1.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a los miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
- 2.- Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento».

El reclamo, en este caso, ya no tiene que ver con la aplicación de las reglas de conducta social en el sentido de relaciones sociales usuales, sino con la aplicación de las reglas de sanción penal. El propósito parece ser el no recluir a un miembro de las minorías en una cárcel común en la cual puede no adaptarse culturalmente, sino buscar otras formas de sanción. En todo caso deberá siempre velarse, en la aplicación de las penas y medidas de seguridad, porque sean en lo posible compatibles con su cultura. Esto atañe tanto a la forma de reclusión como a las costumbres, las exigencias de vida cotidiana y, aún, a la naturaleza del trabajo obligatorio que se pueda imponer a la persona.

267.2. El pluralismo jurídico

La autorización que el artículo 149 de la Constitución da a las autoridades comunales para ejercer funciones jurisdiccionales se halla restringida al ámbito territorial comunal que es un espacio predefinido en los planos de reconocimiento de la propia comunidad o, en todo caso, un ámbito que ellas pueden probar que les pertenece, lo que es especialmente importante en el caso de las Comunidades Nativas de la Selva, muchas de las cuales no tienen reconocimiento formal del Estado, pero sin em-

bargo existen según establece el artículo 89 de la Constitución. Como hemos oportunamente dicho al comentar el artículo 89, el registro de las comunidades es un acto administrativo de reconocimiento, pero no es constitutivo porque las comunidades existen jurídicamente por mandato del artículo mencionado.

En el entorno antedicho es que se reconoce a las autoridades de las comunidades la atribución de la función jurisdiccional. Las autoridades a que nos referimos son las libremente nominadas en la comunidad según sus tradiciones y con las competencias que la costumbre les ha dado. No hay entre estas autoridades título ni reconocimiento formal alguno del Estado que sea necesario: son ellas, según resultan reconocidas dentro de la Comunidad, las que tienen la atribución de ejercer la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional será ejercitada de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere esto decir que aplicarán las costumbres del lugar (en lo que no hay problema porque la teoría del Derecho ha reconocido tradicionalmente que la costumbre jurídica puede tener un ámbito territorial de vigencia determinado). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan a la ley porque son llamadas por ella (que siempre pueden ser aplicadas en el Derecho), pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro Derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización.

Esto que aquí tratamos tiene que ver con la cultura del pueblo minoritario al que está destinada la norma pues las costumbres no son sino algunas de las materializaciones de la cosmovisión del mundo y, precisamente, cuando tratamos el tema de la diversidad étnica y cultural a propósito del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, relacionamos estrechamente la definición de la cultura a la cosmovisión integral que las personas tienen del mundo.

Para el caso del Derecho, sin embargo, es necesario hacer ciertas precisiones adicionales, provisto que aquí no tratamos solamente con los grandes conceptos, sino con grupos humanos y áreas territoriales determinadas, dentro de las cuales se organizan comunidades que tienen percepciones jurídicas que pueden ser (y a menudo lo son), distintas a las de

la sociedad general en ámbitos importantes de la regulación de la conducta humana. El Instituto de Ética y Derechos Humanos de Friburgo ha elaborado un documento *propuesta sobre derechos culturales*, que en su artículo primero propone definiciones para los términos cultura, identidad cultural y comunidad cultural. Dice:

«Artículo 1.- Definiciones.

Para los fines de la presente declaración:

a. El término «cultura» comprende los valores, las creencias, las lenguas, las ciencias, las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida por los cuales una persona o un grupo se expresa o se desarrolla libremente.

b. La expresión «identidad cultural» es comprendida como el conjunto de elementos de la cultura a través de los cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; la identidad cultural implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, dentro de un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto.

c. Se entiende por «comunidad cultural» a un grupo de personas que, compartiendo relaciones culturales, se reconocen en una identidad común que tienen la voluntad de preservar y desarrollar» (55).

La definición de cultura que existe en el apartado a. de la cita corresponde a la cosmovisión de las personas. Ya hemos comentado sobre él en líneas anteriores y no consideramos necesaria ninguna adición.

El concepto de identidad cultural se arraiga en las relaciones sociales humanas: crea vínculos entre persona y grupo de manera que se pro-

(55) INSTITUTO DE ETICA Y DERECHOS HUMANOS DE FRI-BURGO. *Anteproyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996. Apéndice 2, p. 158.

duce el reconocimiento de la pertenencia del individuo a dicha colectividad. La identidad cultural da también una autopercepción y autoidentidad a la persona misma. Opera, en este sentido, tanto identificando al grupo como dando estructura espiritual a cada ser humano que pertenece a él. En la identidad cultural hay también el contenido de un pasado y un futuro común, un legado de generaciones anteriores y la voluntad de participar y de hacer participar del mismo a las generaciones futuras: memoria y proyecto.

La comunidad cultural supone la identidad cultural de las personas pero ya organizada en un grupo humano concreto y existente. Hay que notar que en la definición dada no se exige que sean personas que vivan en un lugar común y que tengan una organización propia. Esto probablemente se debe al hecho que la declaración proyectada por el Instituto tiene vocación universal. En el caso peruano, sin embargo, las minorías que conforman universos culturales propios y distintos parcialmente del general, sí tienen una organización y un territorio propios, que son referencia grupal indiscutible. Aún quienes han emigrado del lugar, lo tienen como referencia de origen, de pertenencia, de *hogar* en el sentido romanista del término: el lugar al que perteneces, donde están tus raíces, y donde reposan tus muertos que son tus deidades familiares. El carácter sacro de estas ideas ha variado con los siglos pero su significación valorativa en el alma humana permanece, al menos para dichas comunidades y sus miembros.

Y precisamente en virtud de esta pertenencia a la comunidad cultural consideramos que, en adición a lo ya establecido por la Constitución, sería un buen avance explorar la posibilidad de establecer que los miembros de la comunidad que no vivan dentro de su territorio, pero que quieran someter sus diferencias a la decisión jurisdiccional y consuetudinaria de sus autoridades, y consientan en hacerlo, puedan someterse a este tipo de procedimiento. Desde luego, habría que analizar los aspectos prácticos de lo que ello significa (procedimiento, presencia de las partes, manera de ejecutar las decisiones en el lugar de residencia, etc.). Lo obvio es que la persona no cambia su cosmovisión ni sus valores al mudar de residencia, aunque las nuevas y distintas condiciones de vida sí pueden influir en su modo de ser. Es un tema de importancia para el respeto a las diferencias que existen entre nosotros y debería ser profundizado para estudiar todas sus aristas y determinar que disposiciones adicionales podrían

establecerse en beneficio de aplicación de las normas consuetudinarias que realmente se respetan por distintos grupos humanos en nuestro país.

Al llegar a este punto, se presentan los problemas referentes al contenido de las culturas y a sus diferencias. A veces, éstas podrán ser menores, de grado, sin afectar seriamente los valores y las concepciones de las demás. Sin embargo, existen otros casos en los cuales las preferencias chocan entre sí de manera frontal en lo que podríamos llamar *asuntos de principio*. El problema es graficado por Hurtado Pozo:

“[...] señalemos el caso de ciertos italianos que admiten culturalmente la vendetta o de algunos sectores musulmanes que practican la mutilación del clítoris de las niñas” (56).

El propio Hurtado Pozo se pregunta por los límites del pluralismo jurídico:

Si por pluralismo cultural se entiende el reconocimiento que los numerosos y variados modos de vida practicados por las personas son todos valiosos, se plantea la cuestión de saber si todos ellos pueden ser conjuntamente practicados o si sólo deben reconocerse como valiosas aquellas pautas culturales que respeten los derechos fundamentales. Cuestión que implica la determinación de los límites de la tolerancia, que supone el respeto de la libertad individual expresada en la diversidad de pautas culturales, de opinión y de experiencia de vida. Respeto que concierne tanto al Estado como a las personas naturales (57).

Fernando de Trazegnies también se pregunta por el problema y ofrece perspectivas de método de solución:

-
- (56) HURTADO POZO, José. *Derecho penal y derechos culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, p. 106.
- (57) HURTADO POZO, José. *Derecho penal y derechos culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, p. 113.

Creo que la idea de pluralismo jurídico encierra una dificultad de mucho fondo, que no puede ser escamoteada con una defensa simplista del derecho de cada cultura a autodeterminar sus valores ni tampoco con una posición despectiva, basada en una presunta superioridad de la cultura occidental sobre las demás. Hay que adoptar una actitud seria y seguir una reflexión cuidadosa. Pero en esos términos, cuando nos encontramos con situaciones culturales que chocan profundamente nuestros valores y convicciones morales, qué hacer? [...]

Creo que cuando menos debemos conservar un derecho de crítica racional y un derecho a veto. Si estamos ante situaciones frente a las que no tenemos legalmente injerencia, cuando menos debemos estar en aptitud de manifestar nuestra reprobación. Y si estamos ante hechos nacionales que pueden ser procesados por el Derecho, debemos sentirnos cómodos de decir: «Bueno, nosotros no vamos a modelar esa otra cultura con las pautas de la nuestra; pero sí vamos a vetar ciertas prácticas, porque ya son demasiado ofensivas a nuestros valores culturales». Los derechos humanos son conquistas demasiado importantes de la humanidad y no podemos claudicar en esta materia porque, por definición, intentan constituir la base de toda cultura y no solamente la expresión de la cultura occidental (58).

Consideramos que la posición expresada por Fernando de Trazegnies en el sentido del derecho al veto de prácticas contrarias a los principios esenciales de la propia cultura concuerda con el principio de respeto y mutua integración en la diversidad cultural que hemos desarrollado a propósito del comentario al artículo 2 inciso 19 de la Constitución. Sin embargo, como es obvio, permanece el problema de que la decisión de veto la hará la mayoría sobre la minoría en una sociedad determinada. Este, sin embargo, hoy por hoy en el mundo, parece ser más un problema de hecho que de Derecho: aprovechando los ejemplos de Hur-

(58) TRAZEGNIES G., Fernando de. *Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidades y límites*. VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima, CAAAP-SER, 1993. p. 34.

tado Pozo, en Italia se podrá sancionar a quien ejerce la vendetta, pero en la India aún se mantiene impune en la realidad la extirpación del clítoris a las niñas.

En realidad, el problema del pluralismo jurídico inquieta a las personas, originalmente, porque se puede apreciar que cuando existen minorías culturales que tienen sus propias reglas consuetudinarias, suelen ser avasalladas por la cultura dominante, engrilladas a cumplir las normas oficiales, y castigadas muchas veces injustamente cuando no proceden de esta manera.

Las soluciones que propone el pluralismo jurídico tienen que ver con el mutuo respeto y éste funciona dentro del ámbito de lo que es discutible, sujeto a posiciones intermedias variables, sujeto a la opinión. Por definición, el pluralismo jurídico supone un solo sistema jurídico en toda la organización social, que admite matices y diferencias en los asuntos de detalle, pero no en los grandes principios porque, en este caso, ya no estaríamos ante un sistema plural sino ante tantos sistemas jurídicos independientes entre sí como comunidades autónomas jurídicamente existieran. Son dos situaciones completamente distintas.

El pluralismo jurídico tiene como límite los asuntos de principio porque, en ellos, la tolerancia y el respeto mutuo devienen incompatibles en términos reales debido a que ni la cultura mayoritaria tolera la conducta de la minoría, ni la cultura minoritaria tiene entre sus esquemas la posibilidad de represión (en sus variadas formas) de la mayoría por la conducta ejercitada. Este límite no puede ser traspasado, salvo que lleguemos a una situación de total exclusión de los sistemas jurídicos.

Lo difícil, desde luego, es elaborar la diferencia entre asuntos de gran principio dentro del sistema jurídico, y otros que son opinables y por tanto discutibles. Es una tarea gigantesca y compleja, pero que el Derecho ha estado acostumbrado a hacer muchísimas veces. Para ello tiene el instrumento fundamental de la jurisprudencia la que, a través de su trabajo de casuística a base de principios fundamentales, discrimina precisamente lo esencial e inmutable, al menos para largos períodos de vida social, de lo mudable. Las grandes transformaciones que hicieron los pretores y los jurisconsultos al Derecho Romano en momentos sucesivos de su historia, procedieron de este modo y se debieron, precisamente, al

desajuste que progresivamente fue mostrando el Derecho Romano a la realidad, desde la aldea de campesinos que fue originalmente, hasta la gran capital del imperio universal que llegó a ser y que, por consiguiente, atrajo a sí muchas personas de muchas culturas distintas, que tuvieron que convivir y tener relaciones, muchas de ellas con consecuencias jurídicas.

Es en la labor jurisdiccional en la que se funda la distinción entre principios y normas accesorias y mudables. Si la jurisprudencia es fuerte y conciente de su papel orientador, podrá hallar las soluciones. Si no lo es, probablemente lleve a la sociedad a una desorientación general sobre el tema del pluralismo o de la imposición, de lo opinable y de los principios. En el Perú, la jurisprudencia parece hasta ahora más lo segundo que lo primero. La trascendencia de que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional puedan cambiar el rumbo, es verdaderamente significativa para el tema que aquí nos ocupa y muestra las dimensiones de organización política de la sociedad que tienen.

Entendemos que es a esto a lo que alude Fernando de Trazegnies cuando utilizando como referencia el sistema del Derecho Internacional Privado, dice lo siguiente:

Creo que para llegar a un verdadero pluralismo jurídico habrá que tomar el modelo de razonamiento del Derecho Internacional Privado, pero será necesario afinar todas las categorías, repensarlas dentro de los nuevos términos de referencia, rechazar las que no nos sirvan e inventar nuevas. Así como creo que en ese campo hay una experiencia riquísima en materia de conflicto de leyes, creo también que muchos de sus instrumentos conceptuales no nos van a servir. Pero sabemos también que el Derecho, como expresión del ingenio humano, es eminentemente creativo, inventa cosas, tiene capacidad de innovar: así como inventó el Derecho Internacional Privado, va a tener que inventar ahora un razonamiento que permita articular el conjunto de ordenes jurídicos plurales dentro de un mismo Estado (59).

(59) TRAZEGNIES G., Fernando de. *Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidades y límites*. VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y*

En aplicación de estos criterios que la Constitución establece, y que comparte con La Convención 169 de la OIT, antes transcrita, la única limitación que existe a la aplicación del pluralismo jurídico consiste en que no se deberá violentar los derechos fundamentales de las personas. Como hemos oportunamente visto, para la Constitución los derechos fundamentales son los que se hallan consignados en el artículo 2 de su texto.

Hurtado Pozo concuerda con esta posición:

[...] la necesidad de fijar qué principios debe tener en cuenta el Estado para reconocer y proteger el pluralismo cultural. De esta manera, se puede lograr que los diversos grupos sociales o culturales reconozcan principios mínimos que funcionen como límites de tolerancia y como barreras frente al abuso del poder estatal. Los derechos humanos constituyen estos principios mínimos en la medida en que, cualquiera que sea el contexto cultural, deben ser adscritos a las personas por su sola condición humana.

En esta perspectiva, el respeto del pluralismo cultural no es ilimitado, en el sentido de considerar como un bien en sí la diversidad social o cultural, sin tomar en cuenta si algunas de sus manifestaciones constituyen los derechos humanos, ámbito ético común (60).

Y más adelante añade:

El reconocimiento del pluralismo cultural y de las jurisdicciones no oficiales está condicionado al respeto de los derechos fundamentales, del núcleo intangible de estos derechos. En la apreciación de este límite, debe tomarse igualmente en cuenta la importancia vital que el mantenimiento de una pauta cultural puede representar

nativas en el nuevo contexto nacional.- Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 32.

- (60) HURTADO POZO, José. *Derecho penal y derechos culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, p. 114.

para la supervivencia del grupo cultural concernido. Este planteamiento parece ser el más adecuado para lograr que nuestro sistema social y político en general y el sistema penal en particular sean cada vez más conformes a la diversidad cultural que caracteriza a nuestro país. Por el contrario, es contraproducente el criterio resultante de amalgamar el reconocimiento incondicional del pluralismo cultural con los criterios de equivalencia de las culturas y de relativismo axiológico (61).

Evidentemente, lo que ocurrirá cuando uno de estos derechos sea violado es que se interpondrá una acción ante el Poder Judicial para revisar el caso. Esta acción sólo podrá ser declarada fundada si efectivamente se ha violado el derecho fundamental. En cualquier otro caso, y siempre que se cumplan los presupuestos anteriores, deberá ser declarada improcedente.

Entendemos que, respetando las particularidades culturales del grupo humano dentro del cual se aplique este artículo 149, las autoridades comunales deberán respetar lo esencial de las garantías y derechos de la administración de justicia y que podrá revisarse el caso que haya sido llevado sin observar su cumplimiento según lo entienda el grupo involucrado. Obviamente, la forma de revisarlo deberá ser establecida en la ley que reclama la parte final del artículo.

También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, los tribunales ordinarios deberán inhibirse, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo.

Como ya viene dicho, un aspecto importante del pluralismo jurídico es el problema de la sanción en el Derecho Penal: éste se ha basado tradicionalmente en el principio de que se responde penalmente cuando hay culpabilidad y cuando, además, se ha tenido conciencia de causar un

(61) HURTADO POZO, José. *Derecho penal y derechos culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, p. 124.

daño. El dolo penal tiene características propias en cuanto a la conciencia de causar un daño, aunque como fenómeno psicológico sea igual al dolo en otros aspectos del Derecho.

Ha sido tradicional en los Códigos Penales, establecer como causal de justificación el error en la apreciación del acto penal dañoso, llamado *error en la prohibición*. Sin embargo, a estas disposiciones, en nuestro país se añadió usualmente una que protegiera particularmente a los peruanos que tienen una cultura propia y autóctona, diferente a la traída por los europeos y adaptada a nuestro país. No siempre la forma en que esto último se hizo fue feliz. Muchas veces la norma se utilizó con buena intención pero de manera totalmente discriminatoria frente al indígena, considerándolo un ser inferior que no había desarrollado culturalmente como para comprender la cultura occidental.

El nuevo Código Penal vigente, trae dos artículos respecto de este tema: el 14 referido al error en la prohibición y el artículo 15 referido al problema de la pluriculturalidad:

“Código Penal, artículo 14.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

“Código Penal, artículo 15.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

Antonio Peña tiene la siguiente opinión sobre la norma:

El artículo regula la situación de los comuneros (entre los que identificamos a los aymaras), que habitan en sus respectivas

comunidades, pero ¿qué pasa con los emigrantes de estos grupos culturales o con esas grandes masas de quechuas o aymaras, u otros grupos étnicos, que se han desplazado en bloque hacia las ciudades o hacia el sector oficial? Al respecto la norma no dice nada. Como paliativo, para los casos penales, una alternativa de solución resulta del artículo 15 del Código Penal [...]

Este artículo regula lo que se ha venido en denominar «error de comprensión culturalmente condicionado». Sin embargo, nótese, que no deja de ser una solución etnocéntrica. Consideramos «error» o «hecho punible» aquello que puede indentificar como elemento cultural a un grupo étnico y, aunque los liberemos de pena, siempre los podremos sujetar a los procedimientos de administración de justicia contrarios a ellos.

El problema va más allá de una alternativa legal (62).

Para Antonio Peña, por consiguiente, el artículo 15 pertenece al género del artículo 14, solamente que en el ámbito específico del error producido por la cultura de quien actúa. A pesar de que excluye de responsabilidad, el propio Peña encuentra en el artículo un sabor etnocentrista aunque, sin lugar a dudas, está elaborado con la más positiva de las voluntades.

José Hurtado Pozo, por su parte, sostiene que no es conveniente considerar al artículo 15 como una forma de error culturalmente condicionado sino como un caso de incapacidad penal:

La inserción del art. 15 en nuestro Código Penal obliga a la doctrina a formular propuestas de interpretación que permitan una mejor sistematización de las categorías teóricas así como una aplicación coherente de las disposiciones legales. Dada la peculiar ma-

(62) PEÑA JUMPA, Antonio. *Derecho y pluralidad cultural: el caso de los Aymaras de Puno*. VARIOS AUTORES. *Derechos culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, pp. 102-103.

nera como ha sido redactado el art. 15, resulta conveniente comprender esta disposición como una regla preveyendo un caso especial de incapacidad penal y no como una forma de «error culturalmente condicionado».

De lege ferenda puede sostenerse que, en cierta forma, el art. 15 resulta superfluo en la medida en que la gran mayoría de los casos en que la represión comporta un conflicto cultural pueden ser resueltos como casos de error de prohibición. La necesidad de una disposición haciendo referencia expresa al respeto de la diversidad cultural se explica por la manera como los jueces habían ignorado este pluralismo, se ha aplicado incorrectamente las reglas del Código Penal de 1924 referentes, por ejemplo, al error de prohibición o a la incapacidad penal. Hubiera sido mejor completar la regulación del error de prohibición con una prescripción que obligando a los jueces a tomar en consideración la cultura de los procesados.

La actual regulación del art. 15 tiene el efecto paradójico de concluir afirmando, en parte, algo que fue criticado debidamente: el considerar a los indígenas o aborígenes, como incapaces por el simple hecho de ser diferentes culturalmente de quienes producen, controlan y aplican el sistema de control social (63).

En el fondo, también Hurtado Pozo considera que lo regulado en el artículo 15 puede, en la mayoría de los casos, ser exonerado o disminuido en responsabilidad por aplicación del artículo 14. La parte final de la cita indica, a su vez, el color etnocentrista ya notado por Antonio Peña.

Nosotros consideramos que la mejor solución sería la que propone Hurtado: hacer una especificación en el artículo 14 de manera que los casos de error culturalmente condicionado formen parte de él y no estén separados en un artículo distinto que, por la fuerza de las cosas, es etnocentrista y tiende a considerar más la existencia de una incapacidad penal que la de una causal de justificación.

(63) HURTADO POZO, José. *Derecho penal y derechos culturales*. VARIOS AUTORES. *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996, p. 124.

En cualquier caso, sí es evidente que en un país pluricultural como el Perú la norma debe existir en el ámbito penal, y debe ser obedecida y aún enriquecida por la actividad jurisdiccional.

267.3. *Las rondas campesinas y el pluralismo jurídico*

La norma del artículo 149 de la Constitución, permite que participen las Rondas Campesinas, las que pueden ejercer dos tipos de labores según la tradición:

- Resolver conflictos de acuerdo al Derecho consuetudinario ellas mismas, pues en muchas comunidades se les reconoce la autoridad de hacerlo.
- Ejecutar las decisiones coactivamente, pues también tienen poder material a su disposición, reconocido inclusive por el Derecho del Estado.

El tema de las rondas campesinas ha sido intensamente estudiado durante los años ochenta y noventa en el Perú. Hay varios trabajos empíricos que arrojan luces sobre su inicio y desarrollo. A continuación citaremos a varios de estos estudiosos para, luego, recapitular sus aportes. Todo parece indicar que las rondas campesinas tienen origen en el último cuarto del siglo XX. Ana Teresa Revilla cuenta lo siguiente:

El origen de las Rondas Campesinas se remonta a 1977 en la provincia de Chota del departamento de Cajamarca, en donde la población de Cuyumalca, luego de sufrir el saqueo del centro educativo, se organizó para hacer frente a los ladrones. Una vez que experimentó los resultados positivos, el ejemplo se extendió a lo largo de todo el departamento de Cajamarca, para luego alcanzar otros departamentos como Piura (64).

(64) REVILLA, Ana Teresa. *Justicia de Paz y Derecho Consuetudinario VARIOS AUTORES. Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 80.

La significación de las rondas como movimiento llegó a ser muy grande porque resultaron una solución múltiple contra la delincuencia común, impune por la falta de apoyo policial en el ámbito rural, y contra la agresión subversiva que no respetaba la vida de los campesinos. Su crecimiento es recordado por Carlos Tapia citando a Orin Star:

Según Orin Starn, una investigadora sobre este tema, «las rondas del norte representan uno de los movimientos rurales más grandes e importantes en Latinoamérica en las postrimerías del siglo XX». El mismo estudio señala que, hacia 1990, existían más o menos 3,500 caseríos del norte del país donde se habían organizado rondas; en el departamento de Amazonas 150, en Ancash 30, en Cajamarca 2,350 en Huánuco 400, en la Libertad 40, en Lambayeque 50 y en Piura aproximadamente 800. Lograron organizarse a nivel de los distritos, de valles, a nivel de las provincias y hasta a nivel departamental, como fue en los casos de Cajamarca y de Piura (65).

Podría parecer que las rondas fueran una solución de emergencia, aparecida de momento, pero no fue así. Monseñor José Dammert, de gran experiencia en la zona de Cajamarca que fue la de su vicariato, dice:

Las actuales rondas no surgieron espontáneamente. Sus antecedentes se encuentran en los vigilantes o «gendarmes» que tenían los hacendados de la región para defenderse de los abigeos. En la guerra con Chile, Don Miguel Iglesias equipó y armó en su hacienda de Udina a un buen número de estos vigilantes para defender Lima en 1980. En otro caso, en el régimen de Leguía, estas fuerzas de vigilantes comandadas por Eleodoro Benel mantuvieron en jaque a las fuerzas del orden. Por otro lado, los campesinos propietarios de minifundios también se unían con el mismo fin de defensa frente al abigeato. Al respecto existe un cuadro de Mario

(65) TAPIA, Carlos. *Autodefensa Armada del Campesinado*. Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, CEDEP, 1995, p. 44.

Urteaga que representa a un grupo de campesinos conduciendo a un abigeo para entregarlo a las autoridades (66).

Inicialmente, como viene dicho, las rondas campesinas fueron una organización de patrullaje y protección. Sin embargo, muy pronto ocurrió lo inevitable: eran la forma organizada de la fuerza en la zona, en un contexto en el que no se podía contar con el apoyo de la fuerza pública. Es bastante obvio que las rondas campesinas, al cubrir este vacío en la vida social, se convirtieron muy pronto en el árbitro de las grandes decisiones, particularmente en los conflictos en los que era necesario aplicar coacción. Así, cuenta Tapia:

Las rondas campesinas se desarrollaron en el norte del país, a mediados de la década de los 70, para cumplir funciones de patrullaje contra el abigeato; luego ampliaron estas funciones a la resolución de conflictos internos entre los campesinos y la ejecución de diversas obras comunales. En realidad solucionaron problemas que habían sido descuidados por la ausencia, indiferencia o corrupción del Estado (67).

Opinión similar, más inclinada hacia los aspectos jurisdiccionales de su función, obviamente informal, es la que dan Ana Teresa Revilla y Jorge Price:

Las rondas asumen, y les otorgan, todo tipo de atribuciones, pues ellas constituyen una autoridad importante en los lugares donde existen, si es que no son «la autoridad». Es por ello, que en los testimonios recogidos de la gente de la zona se dice que:

-
- (66) DAMMERT, Mons. José. *Rondas Campesinas, democracia y pacificación*. VARIOS AUTORES. *Primer taller nacional sobre rondas campesinas, justicia y derechos humanos*. ¿Lima?, Obispado de Cajamarca, Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, ¿1992?, p. 26.
- (67) TAPIA, Carlos. *Autodefensa Armada del Campesinado*., Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, CEDEP, 1995, p. 43.

Las rondas son más respetadas que las otras autoridades. El Juez, el Prefecto, los guardias, antes se dejaban sobornar por el que tenía algo de dinero. Ahora con las rondas ya se hace justicia, ellos están ahí, ellos ven todo».

Es en base a esta autoridad que se les reconoce a las rondas, como las llamadas a resolver todo tipo de conflictos. De la relación de «denuncias asentadas» en la Federación Provincial de Rondas Campesinas de Cajamarca según el informe de los años 1987-1989 (pp.3 y 4) se encuentra que éstas resuelven problemas relacionados al derecho de familia, al derecho penal y al derecho agrario, que escapan al ámbito de «defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes» que establece la ley de Rondas Campesinas (Ley 24571) (68).

Raquel Yrigoyen da una perspectiva del mismo fenómeno, pero desde el campo de la antropología jurídica:

La Ronda es entendida —en el contexto en el que opera— como una instancia competente, legítima y eficaz, no sólo para la investigación y «persecución» del abigeato (motivo originario), sino para cumplir tareas de administración, gobierno y gestión comunal; así como para resolver conflictos diversos y sancionar normas de regulación de la vida social. Estas se garantizan por el acuerdo y, cabe convocar a las rondas para una reacción social institucionalizada, coactiva, frente a la transgresión de su sistema.

Dado que las normas se crean en las asambleas, en las que participan todos, las reglas de regulación social pueden entenderse como fundantes de sus relaciones sociales. Ese es el argumento por el cual la misma comunidad puede exigir su cumplimiento y, «aplicar una sanción» ante su incumplimiento. No se trata de la ficción de un «contrato social», tras el cual, de facto, se desconocen las leyes que —se supone nos hemos «comprometido» a cum-

(68) REVILLA V., Ana Teresa y PRICE M., Jorge. *La administración de la justicia informal*. Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1992, p. 192.

plir, como se da en el derecho occidental moderno. Sino que, la sanción, proviene del incumplimiento de un acuerdo; pero su objetivo no es punitivo, sino «simbólico», sirve para que el disidente comprenda y respete el acuerdo (69).

La forma como actúan las rondas campesinas desde el punto de vista de procedimiento jurídico está relatada por Espinosa de la siguiente manera:

En un inicio las Rondas sólo solucionaban los casos referidos a robos o abigeatos, pero al pasar el tiempo, ampliaron sus funciones y comenzaron a resolver diversos tipos de problemas que surgían en la comunidad. Actualmente también intervienen en las disputas de linderos, los casos de calumnias, la distribución del agua, problemas de herencias, peleas conyugales, etc. En estos casos, usualmente participan a petición de una o ambas partes en conflicto.

Los ronderos tratan de llegar a un arreglo entre las partes y evitar un conflicto mayor que podría terminar en el Poder Judicial. Por lo general, las partes en litigio terminan firmando un «acta de arreglo», en la que especifican los términos del acuerdo al que se ha llegado. En otros casos, se recurre a la asamblea de ronderos o asamblea comunal en la que se administra la «justicia popular». A estas asambleas tradicionalmente se les ha denominado «juicios populares», pero en la actualidad no siempre se utiliza este nombre ya que los grupos subversivos, sobre todo Sendero Luminoso, han utilizado el mismo nombre para justificar el asesinato de personas inocentes (70).

-
- (69) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Rondando el Derecho*. VARIOS AUTORES. *Primer taller nacional sobre rondas campesinas, justicia y derechos humanos*. ¿Lima?; Obispado de Cajamarca, Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, ¿1992?, p. 52.
- (70) ESPINOSA DE RIVERO, Oscar. *Rondas campesinas y nativas en la Amazonía peruana*. Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 1992, pp. 23-24.

Las rondas muchas veces han aplicado castigos reñidos con los derechos humanos. El mismo autor da cuenta de ello:

En algunos casos, sobre todo en los primeros años de funcionamiento de las Rondas, se recurría frecuentemente al castigo físico e incluso al ajusticiamiento. Al acusado se le castigaba con azotes o bien sumergiéndolo en ríos o lagunas heladas al amanecer. Esto supuso, en varias ocasiones, el maltrato de los delincuentes. Con el tiempo esta práctica es cada vez menos frecuente, recurriéndose más bien al trabajo en favor de la comunidad. En cuanto a los ajusticiamientos, sólo se han presentado algunos casos esporádicos desde hace ya varios años (71).

Finalmente, para las rondas existentes en las comunidades nativas de la Selva dice Javier Aroca:

Las comunidades nativas administran justicia; ello es aceptado y respetado por los propios nativos. La nuestra es una sociedad pluricultural, muy compleja, y por tanto necesitada de incorporar los elementos de todas las culturas, con sus valores, verdades y moral propios, para que el Estado tenga legitimidad política. Sería interesante que la Constitución incorporara una norma que reconociera la facultad de administrar justicia en asuntos de mínima cuantía o en conflictos menores, como lo establece la ley de comunidades nativas vigente, lo que contribuiría a cerrar la brecha que existe entre el sistema nacional y las comunidades (72).

De este largo recuento de investigaciones y conclusiones de terceros, podemos extraer las siguientes conclusiones respecto de las rondas campesinas:

-
- (71) ESPINOSA DE RIVERO, Oscar. *Rondas campesinas y nativas en la Amazonía peruana* Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 1992, p. 25.
- (72) AROCA MEDINA, Américo Javier. *Problemática de las Comunidades Nativas*. VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 187.

- Son una forma de organización popular del ámbito rural de la sierra peruana, que tuvieron por finalidad original proteger a las comunidades y poblados menores del abigeato y otras formas de delincuencia común.
- Muy rápidamente ganaron legitimidad, en buena parte porque son un trabajo comunal compartido por los mismos pobladores. Además, ante una fuerza pública ausente del campo, las rondas campesinas ocuparon muy rápidamente el lugar del instrumento con poderío material no sólo para proteger de terceros, sino para imponer las propias decisiones y el orden dentro de la vida social comunal.
- Las rondas pasaron de ser instrumentos de seguridad a ser también instancias de resolución de conflictos, probablemente, arbitrando en ellos en la medida que contaban luego con la fuerza hegemónica como para imponer sus decisiones.
- Las rondas, de esta manera, se convirtieron en una institución de la vida comunal que ayudó sustantivamente al orden y a la pacificación de la vida rural peruana.
- No nacieron de la nada; antes bien, están enraizadas en la historia de las relaciones de poder local y en las prácticas de organización para la defensa en las serranías andinas.
- Indudablemente, las rondas han sido un sistema informal de administración de justicia y de ejercicio de la fuerza pública. Sin embargo han tenido un importante papel social y la legitimidad necesaria para llevarlo a cabo.
- También han sido un instrumento de aplicación del derecho consuetudinario, en la medida que no es su característica ser una organización de letrados ni particularmente interesada en la aplicación de las normas del Derecho formal establecido.

Las rondas campesinas recibieron un primer reconocimiento a través de la Ley 24571, promulgada el 06 de noviembre de 1986. Sin embargo, cuando el terrorismo creció al punto de amenazar la paz y la seguridad de buena parte de los Andes en el Perú, el Estado decidió aprovechar la estructura de seguridad que significaban las rondas campesinas y, así, se dictó el Decreto Legislativo 740, promulgado el 08 de noviembre de 1991. Sus principales normas fueron las siguientes:

“Decreto legislativo 740, artículo 1.- Las Rondas Campesinas reconocidas por la ley 24571 ubicadas dentro del ámbito territorial de las zo-

nas declaradas en Estado de Excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, podrán adquirir por compra, donación por parte del Estado, particulares, armas de caza del tipo calibre 12 GAUGE, triple cero u otras, previa autorización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas».

“Decreto legislativo 740, artículo 2.- Las armas a que se refiere el artículo anterior, serán empleadas por las Rondas Campesinas en actividades de autodefensa de su comunidad para evitar la infiltración terrorista y del narcotráfico, defenderse de los ataques de éstos y apoyar a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación».

De esta manera, el movimiento popular original de las rondas campesinas, va a ser controlado, por lo menos en parte, por el aparato militar y va a ser concentrado en la lucha contrasubversiva:

Conjuntamente con la existencia de estas rondas campesinas, a las que denominaremos rondas autónomas, empiezan a surgir otro tipo de rondas campesinas también llamadas Comités de Defensa Civil, impulsadas por las Fuerzas Armadas en las zonas en las que existe violencia política, declaradas en estado de excepción. Ya para el año 1983 en Ayacucho el Ejército empieza a instar a la población para que se organice en rondas campesinas «como lo habían hecho los campesinos en Cajamarca (73).

La transformación que en realidad hizo perder a muchas rondas su independencia y su naturaleza eminentemente asociativa y popular, tuvo sin embargo un efecto significativo en la lucha contrasubversiva en dos aspectos: estratégicamente frenó el avance de Sendero Luminoso quien podía luchar exitosamente contra las fuerzas del orden pero mal podía hacerlo contra los propios campesinos armados, en su propio terreno. Este movimiento fue el principio del fin senderista. Por otro lado, las

(73) REVILLA V., Ana Teresa y PRICE., Jorge. *La administración de la justicia informal*. Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1992, p. 91.

rondas proveyeron real seguridad a las poblaciones campesinas aisladas que, hasta entonces, habían estado a merced de la brutalidad de Sendero (y, muchas veces, también de la contrasubversión). Carlos Tapia recoge este aspecto de la evolución de los hechos:

Por el contrario, los comités de autodefensa o destacamentos antisubversivos del campesinado, organizados a partir de la necesidad de defenderse de los ataques del senderismo, o impulsados posteriormente por la acción del Ejército, han venido cumpliendo funciones marcadamente militares dentro de la estrategia del enfrentamiento armado a la subversión.

Según el mismo trabajo de Orin Starn, hacia 1,990 existían ya un gran número de comités armados de defensa civil y rondas antisubversivas. Así, en el departamento de Apurímac había 200, en Ayacucho 300, en Junín 350, en Huancavelica 150 y en Pasco 20. Lo que demuestra que se conformaron antes de que el gobierno dispusiera el Decreto Legislativo 741 en 1992, que permite el armamento del campesinado con armas legalmente entregadas por el poder del Estado, y que se llevó a cabo con posterioridad a la dación de la norma que comentamos (74).

La dimensión contemporánea de la organización de rondas campesinas y comités de defensa que tienen vinculación con las Fuerzas Armadas está dada por Tapia:

“Según datos actuales dados por fuentes del Ejército existen más o menos 4,200 comités de autodefensa, que integran a unos 240 mil miembros y en cuyas manos el Estado ha entregado 16,000 escopetas. Ayacucho tiene el mayor número de comités de autodefensa, son 1,560 comités donde están agrupados más de 60 mil campesinos, que cuentan con más de seis mil escopetas. En segundo lugar está el departamento de Junín, que tiene 525 comités con 35 mil miembros que cuentan con 3,800 escopetas. Sumando en-

(74) TAPIA, Carlos. *Autodefensa Armada del Campesinado*. Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación-CEDEP, 1995, p. 45.

tonces los comités de Ayacucho y de Junín podemos constatar que aproximadamente el 50% de las escopetas dadas por el Estado han sido entregadas a los comités de estos dos departamentos (75).

Es a estas rondas campesinas, tanto a las nacidas del propio seno de la población, como a las vinculadas a las Fuerzas Armadas en la lucha contrasubversiva, a las que se refiere sin distinción del artículo 149 de la Constitución.

Como vemos, desde su mismo origen las rondas campesinas han prestado apoyo coactivo en sus lugares de existencia y, muy pronto además, iniciaron labores de resolución de conflictos. La pregunta que se plantean ahora muchos especialistas es si todas estas rondas campesinas deben ejercitar lo mandado por el artículo 149 de la Constitución porque, bien vistas las cosas, algunas son autónomas del Estado, pero otras están estrechamente vinculadas a la fuerza pública. Si estas últimas administraran justicia ¿cómo estaríamos seguros de que no lo hacen siguiendo consignas de las fuerzas del orden? Si ello ocurriera de esta manera, el sentido del artículo 149 se desnaturalizaría completamente porque no estaríamos abriendo paso al pluralismo jurídico sino a una forma totalmente aberrante de traspaso de las facultades jurisdiccionales a los aparatos de represión del Estado y, particularmente, ello ocurriría en zonas convulsionadas por la violencia política. En otras palabras, una mala decisión en un mal escenario de aplicación.

Debemos entender que cuando el artículo 149 se refiere a las autoridades de las comunidades con el apoyo de las rondas, se está refiriendo a las organizaciones tradicionales y con respaldo en la población misma. Por ello, y a pesar de que una ronda campesina vinculada a la fuerza pública tenga apoyo en su base poblacional, consideramos que sólo debe permitírsele ser el brazo ejecutor de las decisiones de las autoridades tradicionales, pero no resolver conflictos por sí misma. El riesgo de intervención a través de ella de los aparatos del Estado es muy grande como para correr el riesgo.

(75) TAPIA, Carlos. *Autodefensa Armada del Campesinado.*, Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación-CEDEP, 1995, pp. 45-46.

Todo lo que hemos dicho hace indispensable, en nuestro criterio, que se dicte la ley de desarrollo constitucional de este artículo, de manera que se tenga reglas claras y seguras sobre los alcances y límites de estas normas. Es una ley ya debida hace mucho tiempo por el Congreso de la República.

267.4. Coordinación de la jurisdicción consuetudinaria y la estatal

La parte final del artículo requiere que haya una ley que coordine la jurisdicción especial que hemos tratado con la del Poder Judicial. Esta ley es urgente porque los conflictos de jurisdicción que pueden presentarse estorbarían la paz de estas comunidades y enturbiarían sus relaciones con las autoridades del Estado. Es algo en lo que mejor resulta no incurrir. Y, como es obvio, al estar vigente la Constitución ya las autoridades comunales tienen el derecho de ejercitar la función jurisdiccional que les da este artículo. El problema de conflicto de jurisdicciones, por consiguiente, puede presentarse en cualquier momento.

Un problema no abordado en el artículo pero evidente por sí mismo es el de la relación entre los órganos que ejecuten las decisiones que tratamos aquí (rondas campesinas u otros) y la Policía Nacional que tiene también dichas funciones reconocidas como norma general por el artículo 166 de la Constitución.

La posibilidad de un conflicto en la relación entre los organismos ejecutores comunales y la Policía hace aún más necesaria la ley que establezca coordinaciones y funciones de unos y otros, porque de presentarse la discordia, puede tener trágicas consecuencias inclusive de conflicto material. Es bueno prevenir y anteponer las soluciones.

En nuestro criterio, la base para estas normas de discriminación consiste en lo siguiente:

- Reconocer a las autoridades comunales la preeminencia sobre el Poder Judicial, para conocer de estos procesos, siempre que hayan sido abiertos ante ellas.
- Reconocer a las Rondas Campesinas la preeminencia para imponer las decisiones.

- Dar a la autoridad pública del Estado claras atribuciones de supervisión de estos procesos, sin intervención directa alguna, con la finalidad de que detecten en ellos posibles violaciones a los derechos fundamentales de la persona.
- Establecer cuáles serán las autoridades públicas que hagan la supervisión anterior. Cuales la ejercitarán de oficio y cuáles a pedido de parte. En esto hay que guardar un alto realismo pues es probable que no haya muchas autoridades del Estado en dichos lugares, fuera de los tenientes gobernadores y los jueces de paz.
- Determinar los rasgos esenciales de los principales procedimientos a aplicar en estos casos.
- Determinar las garantías que tendrán las autoridades para ejercitar esta función libre y responsablemente. Esto incluye las inmunidades e inviolabilidades que puedan corresponderles.

TITULO IV

CAPITULO IX

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

268. TITULO IV, CAPITULO IX: CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

El Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional especializado en la selección y el nombramiento de jueces y fiscales, salvo cuando provengan de elección popular; ratificarlos cada siete años y aplicarles la sanción de destitución provisto el cumplimiento de los requerimientos de procedimiento establecidos para cada caso. Las normas que contienen esta caracterización son los artículos 150 y 154 de la Constitución de 1993.

Recoge, así, atribuciones que antes reposaban en manos del Poder Ejecutivo (nombramiento de magistrados) y de la Corte Suprema (sanción de magistrados). En este sentido, y sólo para los efectos indicados, comparte el mismo tipo de poder autónomo que tienen los demás órganos del Estado.

El Consejo Nacional de la Magistratura ha sido dotado de una estructura que hace difícil que quienes finalmente lleguen a conformarlo, respondan a una determinada orientación ideológica o política. Antes bien, todo tiende a hacer que el Consejo adquiera verdadera independencia institucional para el cumplimiento de su función. En este sentido, es una de las transformaciones más importantes que ha hecho la Constitución de 1993.

269. Artículo 150

«Artículo 150.- El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

No hubo antecedente constitucional de un órgano como el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, sí hay elementos sobre el nombramiento de los jueces que son muy diversos entre sí y, en gran síntesis, pueden ser descritos de la siguiente manera:

- Una de las formas fue la de nombramiento por el Poder Legislativo o alguno de sus órganos componentes, a propuesta del Poder Ejecutivo. Es el caso de las Constituciones de 1826, 1834, 1856 y 1860 (que, sin embargo, dieron el nombramiento de los vocales supremos al Legislativo y el de los demás al Ejecutivo).
- Otra fue el nombramiento por el Poder Ejecutivo. Es el caso de las Constituciones de 1828,
- Otra fue el nombramiento por el Poder Ejecutivo en base a propuestas que presentaran otros órganos del Estado. Es el caso de la Constitución de 1839.
- Otra fue la elección de los vocales supremos por el Congreso en base a la lista de abogados con estudio abierto durante veinte años, que remitirá la Corte Suprema. Los vocales superiores por el Poder Legislativo a propuesta de la Corte Suprema, los jueces de derecho lo serán por la Corte Suprema a propuesta de la respectiva Corte Superior y los jueces de paz por la Corte Superior a propuesta de los jueces de primera instancia. Es el caso de la Constitución de 1867.
- Otra fue la proposición de que los vocales y fiscales supremos serán elegidos por el congreso a propuesta del Ejecutivo; los de las cortes superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a pro-

puesta de la Corte Suprema y los jueces y fiscales también por el Poder Ejecutivo a propuesta de las Cortes Superiores. Es el caso de la Constitución de 1920.

- Finalmente, la otra forma fue el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema por el Congreso con propuesta del Poder Ejecutivo y el nombramiento de los demás por el Poder Ejecutivo. Los miembros de las cortes superiores serían propuestos por la Corte Suprema y los jueces y fiscales por la respectiva Corte Superior. Fue el caso de la Constitución de 1933.

Consideramos interesante transcribir las reglas detalladas sobre este tema trascendental:

«Constitución de 1826, artículo 60.- Corresponde además a la Cámara de Censores:

1.- Escoger de la terna que remita el Poder Ejecutivo, los individuos que deben formar el Tribunal Supremo de Justicia, y los que se han de presentar para los arzobispados, obispados, canónjías y prebendas vacantes.

[...]”.

El artículo 90 inciso 20 de la Constitución de 1828 dio la potestad al Poder Ejecutivo: “Nombra a propuesta en terna del Senado a los vocales de la Corte Suprema y superiores de Justicia, y a los demás jueces y empleados, ó dependientes de estos tribunales, a propuesta en terna de las cortes respectivas”.

Según la Constitución de 1834, los miembros del Poder Judicial eran nombrados por el Poder Legislativo:

«Constitución de 1834, artículo 24.- La Cámara de Diputados elige jueces de primera instancia de las correspondientes listas».

«Constitución de 1834, artículo 34.- La pertenece también elegir de las correspondientes listas vocales para las Cortes Superiores de Justicia».

La Constitución de 1839 no estableció nada concreto respecto del tema. Sólo contuvo la siguiente norma:

“Constitución de 1839, artículo 115.- La Corte Suprema se compone de siete vocales y un fiscal, nombrados de la terna doble que presente el Consejo de Estado al Ejecutivo”.

La Constitución de 1856 estableció:

«Constitución de 1856, artículo 127.- Los vocales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo: los de las Cortes Superiores y los jueces de primera instancia, lo serán por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de las juntas departamentales».

La norma de la Constitución de 1860 tuvo una versión original que fue luego modificada:

«Constitución de 1860, artículo 126.- Los vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo: los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo, a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores.

Si ocurriese alguna vacante en la Corte Suprema, durante el receso del Congreso, la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo proveerá interinamente la plaza, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo”.

La Ley 1163 del 9 de Octubre de 1909 estableció las siguientes normas:

“Artículo 1.- Cuando ocurra alguna vacante de vocalía en la Corte Suprema, durante el receso del Congreso, entrará a desempeñarla provisionalmente, el Presidente de la Corte Superior de Lima y, en su defecto, uno de los demás vocales del mismo tribunal, siguiéndose el orden de rigurosa antigüedad.

Si la vacante fuere de fiscal, entrarán a desempeñarla los adjuntos designados conforme al artículo 104 del reglamento de tribunales.

Estos funcionarios ejercerán el cargo hasta que, reunido el Congreso, se provean las vacantes con arreglo a la Constitución.

Artículo 2.- Las vacantes que por este motivo resulten en la Corte Superior mencionada, serán llenadas interinamente conforme a Ley”.

Las normas de la Constitución de 1867 fueron las siguientes:

«Constitución de 1867, artículo 123.- Los Vocales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso. Para este nombramiento la Corte Suprema remitirá al Congreso, en caso de vacante, una lista de todos los abogados que tengan veinte años de estudio abierto.

Los Vocales de la Corte Superior serán nombrados por el Congreso a propuesta en terna doble de la Corte Suprema, la una de magistrados con diez años de servicios y la otra de abogados con diez años de estudio abierto.

Los Jueces de derecho serán nombrados por la Corte Suprema a propuesta de la respectiva Corte Superior. Los de paz serán nombrados por la Corte Superior respectiva a propuesta en terna del Juez de 1ra. Instancia.

Los Representantes no pueden ser propuestos ni elegidos para ninguna vocalía».

La Constitución de 1920 estableció:

«Constitución de 1920, artículo 147.- Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos, propuestos por el Gobierno de acuerdo con la ley».

«Constitución de 1920, artículo 148.- Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores, de conformidad con la ley».

Finalmente, las reglas dadas por la Constitución de 1933 fueron éstas:

«Constitución de 1933, artículo 222.- Los Vocales y Fiscales de la

Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo».

«Constitución de 1933, artículo 223.- Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales, a propuesta, en terna doble, de la respectiva Corte Superior».

«Constitución de 1933, artículo 224.- Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero si impide el reingreso en el servicio judicial».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 245 de la Constitución de 1979 es el antecedente del 150 de la Constitución de 1993. Dice:

“Artículo 245.- El Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura.

El Senado ratifica los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema”.

Mientras en la Constitución de 1979 se establecía que el Consejo Nacional de la Magistratura proponía magistrados para el nombramiento Presidencial, en la Constitución de 1993 es el propio Consejo el que los nombra (salvo los casos de elección popular).

Análisis exegético

El Consejo Nacional de la Magistratura ha sido diseñado en la Constitución como un órgano verdaderamente independiente de los Poderes del Estado, y cuya función es nombrar, ratificar y sancionar a los magistrados judiciales y a los miembros del Ministerio Público.

Es un órgano verdaderamente independiente en su composición porque sus miembros son nombrados por diversos organismos entre los cuales no se hallan ni el Ejecutivo ni el Legislativo (ver el artículo 155 de la Constitución). Su nominación es tan diversa y compleja, que es prácticamente imposible que los poderes políticos del Estado, y aún los partidos políticos, puedan tener mayoría en él. Puede decirse que su composición es adecuada para lograr que los jueces sean elegidos y removidos por un órgano que no obedece directivas de ninguno otro.

Sin embargo, la Constitución no ha dado al Consejo Nacional de la Magistratura la condición de un órgano independiente en materia presupuestaria, como sí lo ha hecho con otros órganos del Estado. Esto siempre limita las posibilidades de acción del Consejo que, así, tendrá que negociar permanentemente con el Ejecutivo no sólo el presupuesto anual, sino los recursos cotidianos para funcionar. Nosotros consideramos que la verdadera independencia institucional en el Estado se alcanza cuando existen reglas presupuestales claras que garantizan a un órgano su no dependencia, ni la necesidad de negociar permanentemente con el Poder Ejecutivo.

La función principal del Consejo Nacional de la Magistratura consiste en seleccionar y nombrar a los jueces y fiscales de todos los niveles. Con este fin organiza concursos para llenar las plazas y evalúa uno por uno a todos los candidatos a fin de seleccionar a los idóneos. La única excepción a esta regla es el caso de los jueces que son elegidos por el pueblo, lo que ocurrirá con los jueces de paz y, eventualmente, con los de primera instancia según el artículo 152 de la Constitución.

Aunque no figura en esta parte de la Constitución, el Consejo Nacional de la Magistratura nombra también al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (artículo 182 de la Constitución) y al Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (artículo 183 de la Constitución).

En el caso de la elección del jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, la ley obliga a que el Consejo Nacional de la Magistratura elija de entre una terna propuesta por el Poder Ejecutivo. Este es un recorte a la libertad de selección del Consejo que no parece adecuarse a los términos amplios que la Constitución da al funcionamiento del Con-

sejo Nacional de la Magistratura. Según nosotros, esta terna es inconstitucional porque está en el espíritu de la Constitución (y en la naturaleza de las cosas), que la decisión sobre quién será Jefe de esta oficina, quede fuera del alcance de los poderes políticos, máxime si tanto en el Legislativo como en el Ejecutivo hay posibilidad de reelección.

270. Artículo 151

«Artículo 151.- La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

Un exceso de celo, explicable por los propósitos, ha hecho a los constituyentes colocar esta norma en la Constitución.

Dice Sánchez Palacios sobre las funciones de la Academia:

Los tratadistas reconocen en la Academia de la Magistratura, dos funciones fundamentales:

- a.- La formación de quienes aspiran ingresar a la carrera de la magistratura, mediante la preparación en los conocimientos, habilidades y destrezas específicos de la labor del juez o del fiscal, según corresponda.
- b.- El perfeccionamiento, capacitación y especialización de los ma-

gistrados y demás funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público, en forma permanente durante su desempeño (76).

Es evidente que el Poder Judicial y el Ministerio Público requieren un programa de formación permanente de sus miembros. En realidad, ello es necesario en toda institución de esta naturaleza y lo raro es que no se haya previsto nunca de manera sistemática en el campo de la administración de justicia (como sí está previsto, por ejemplo, en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional).

Para estos efectos, establecer una Academia de la Magistratura es una excelente idea que no puede sino merecer respaldo. Acertadamente, además, se establece una norma de carácter general, que no pretende invadir el terreno de qué y cómo se hará el trabajo.

Sin embargo, el artículo tiene un par de defectos importantes que son los siguientes:

- La Academia depende del Poder Judicial, aún cuando allí se forman jueces y fiscales. Además, como no podía ser de otra manera, la norma sobre ella está ubicada en la parte del Consejo Nacional de la Magistratura, que es el órgano encargado de seleccionar y nombrar precisamente a dicho personal.

La concepción es francamente deficiente desde el punto de vista orgánico y hace mal el constituyente en entrar en estos detalles. A nuestro juicio lo más adecuado hubiera sido que la Academia fuera un organismo independiente de los otros órganos a los que sirve directa o indirectamente y que se constituya en una institución con dirección propia y autónoma, que es lo único que garantiza que sus planes de formación sean serios y orientados hacia el servicio a jueces y fiscales, antes que a intereses subalternos, por importantes y legítimos que ellos puedan ser.

(76) SANCHEZ PALACIOS PAIVA, Manuel. *Formación y capacitación de Magistrados*. VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 55.

- el segundo defecto consiste en que se exige la capacitación para la *selección* de jueces y fiscales. Según esto, caben dos interpretaciones posibles:
 - a. La primera y con mayor contenido literal, es que todo candidato a una plaza de juez o de fiscal, debe llevar un curso en la academia. En ciertas circunstancias, la Academia se puede ver obligada a dar el mismo curso a mil o mil quinientas personas que candidateen a puestos en la magistratura.
 - b. La segunda, más adecuada a las posibilidades reales y a la finalidad de dictar un curso a quienes ingresarán al Poder Judicial, es considerar que dicho curso es una etapa indispensable en el proceso de selección y, así, el curso podría darse a candidatos preseleccionados y no a todos los postulantes, como en el párrafo anterior.

Para nosotros las dos alternativas son interpretaciones razonables y, por razones operativas y de *ratio legis* la segunda es la más adecuada.

Una alternativa organizativa para la Academia de la Magistratura, en el plano constitucional, sería para nosotros la siguiente:

- Debe establecerse como un organismo autónomo, no dependiente ni del Poder Judicial, ni del Ministerio Público ni del Consejo Nacional de la Magistratura. Cada uno de estos órganos tendrá siempre la tentación, con la mejor de las intenciones, de instrumentalizar los esfuerzos de la Academia en función de sus propias prioridades, cuando la enseñanza debe estar al margen de estos intereses.
- Debe tener un consejo independiente, conformado por personas nombradas por los tres órganos anteriores, sin representación institucional, es decir, nombramiento por la persona misma. Los nominados deberían tener trayectoria académica en la enseñanza superior.
- Los cursos de la Academia para selección de ingreso a la magistratura, deben estar dirigidos a quienes ya fueron aprobados previa-

mente para ingresar y tendrían que consistir en un plan de estudios que debe ser aprobado para que el ingreso quede perfeccionado.

- Los cursos para magistrados deben ser elaborados bajo el concepto de cursos de perfeccionamiento en la tarea jurisdiccional. Su carácter de requisito para el ascenso debe ser secundario. Lo esencial es la capacitación y la actualización de los magistrados.
- La Academia debe tratar de establecer vinculaciones con otras instituciones académicas para que así, su personal especializado encuentre apoyo en universidades y centros de investigación y pueda llevar adelante la tarea de capacitación de la mejor manera posible. Pensar en una Academia de la Magistratura constituida como otra escuela de estudios superiores, con su propio plantel total de profesores, sus aulas y equipos, se parece más al despilfarro. Después de todo, los mejores profesores se hallan ya en las universidades y sería absurdo iniciar una competencia para tomarlos. Antes bien, un equipo selecto y polifacético en la Academia, puede complementar excelentemente sus labores con servicios especializados de terceros en los cursos.

La Academia de la Magistratura es un proyecto constitucional que debe ser desarrollado para la mejoría del actual sistema peruano de administración de justicia. Es esencial para ello.

271. Artículo 152

«Artículo 152.- Los Jueces de Paz provienen de elección popular.

Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley.

La ley puede establecer la elección de los jueces de primera instancia y determinar los mecanismos pertinentes.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre los jueces de paz hemos encontrado los siguientes antecedentes:

«Constitución de 1826, artículo 127.- En cada pueblo cuyos habitantes no bajen de cien almas, por sí ó en su comarca, habrá un juez de paz».

«Constitución de 1826, artículo 128.- Donde el vecindario en el pueblo, ó en su comarca pase de mil almas, habrá (a más de un juez de paz por cada doscientas) un alcalde, y en donde el número de almas pase de mil, habrá por cada dos mil un alcalde».

«Constitución de 1826, artículo 129.- Los destinos de alcalde y de jueces de paz son consejiles, y ningún ciudadano, sin causa justa, podrá eximirse de desempeñarlos».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La Constitución de 1993, sin antecedentes en la materia, ha establecido que los jueces de paz serán elegidos. Dice Torres y Torres Lara:

d) Elección y revocación de jueces.

Es necesario introducir el derecho a la elección de los jueces de Paz y de Primera Instancia, luego de su preselección según los méritos profesionales. Tal elección debe ser determinada en base a los candidatos que pasan el respectivo concurso de méritos. La condición de elegibles debe también convertirlos en revocables. La ciudadanía debe percibir que son sus jueces (77).

(77) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú. 1993*. Lima, en Asesorandina S.R.L., 1993, p. 198.

Los jueces de paz cumplen una importante función en el país. Dice Ana Teresa Revilla:

Según investigación realizada por Hans-Jürgen Brandt, los Jueces de Paz asumen una carga promedio de 100 casos anuales. Si tomamos en cuenta que el Poder Judicial tiene alrededor de 350,000 causas, podemos decir que los Jueces de Paz asumen más de la mitad de los conflictos jurídicos en el país (78).

Los jueces de paz, como su nombre lo indica, son pacificadores de los problemas y conflictos sociales. Existen dos tipos de jueces de paz: los letrados, que deben ser abogados y están sujetos a aplicar el Derecho, y los no letrados, que son jueces legos en Derecho y de conciencia, es decir, no tienen que ser abogados y resuelven según su criterio, no estando obligados a aplicar la ley.

Los jueces de paz tienen que ver con los problemas cotidianos de la vida de las personas. Teóricamente está muy cerca de las personas cuyos problemas juzga, siendo esto más cierto en la realidad de los pequeños pueblos que en la de las grandes ciudades. Sin embargo, en éstas es todavía más cercano el juez de paz a la población en los pueblos jóvenes que en los barrios más asentados y formales.

Sobre la competencia de los jueces de paz dice María Antonieta Delgado:

Resulta esencial para fortalecer la función de los jueces de paz definir de forma bastante clara y concreta su ámbito de competencia. La experiencia peruana ha demostrado la necesidad de dotar al juez de paz de competencia para:

1° Resolver los pequeños conflictos y controversias de contenido civil y penal que se presenten en las comunidades.

(78) REVILLA, Ana Teresa. *Justicia de Paz y Derecho Consuetudinario*. VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 81.

2° Resolver asuntos vinculados a aspectos locales de contenido familiar y vecinal, a través de sencillos mecanismos conciliatorios y de equidad (79).

Todo ello ha hecho ver la conveniencia, promovida por cada vez más personas en nuestro país, de que los jueces de paz sean elegidos popularmente. Dice Fernando de Trazegnies sobre estos asuntos:

Corresponde un papel sumamente importante a la justicia de paz no letrada, esa justicia olvidada y menospreciada por el arrogante Derecho formal porque la considera nimia y poco racional, pero que está en permanente contacto con la vida efectiva de los diferentes grupos culturales del país. Pero esa justicia de paz debe tener una perfecta simbiosis con la población dentro de la que actúa, las personas que acuden a ella deben creer en el juez y deben sentirse identificadas con sus razonamientos, procedimientos y símbolos externos. Para ello, pienso que la mejor manera de lograr ese nivel de comunicación es hacer que esos jueces sean elegidos por aquellos que les van a solicitar su intervención para solucionar sus conflictos. No hay duda que quienes forman la comunidad local conocen mejor que nadie a la persona respetable del lugar en quien pueden confiar para que haga de árbitro en sus conflictos.

Este es un punto fundamental. Pero, además, la justicia de paz debe estar en posibilidad legal de aplicar preferentemente el Derecho consuetudinario de los pueblos en los que se ejerce (80).

Desde luego, no se tratará de una campaña electoral que permita la elección. La ley que se dicte al respecto tendrá que ser elaborada con la sabiduría suficiente como para que el pueblo pueda elegir a su juez de paz, pero de entre personas de idoneidad y calidad humana garantizada.

(79) DELGADO MENENDEZ, María Antonieta. *La opción por la justicia de paz. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 152.

(80) TRAZEGNIJES GRANDA, Fernando de. *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*. Lima, ARA Editores, 1996, p. 67.

Existen muchos mecanismos para lograrlo, pero la ley tendrá que ser inteligentemente hecha para dar los mejores resultados, sobre todo en un país de costumbres y cosmovisiones tan distintas como es el nuestro.

Sobre el procedimiento de elección de los jueces de paz dice Javier de Belaunde:

Respecto a la regulación legal de la elección popular de los jueces de paz, queremos coincidir con algunas pautas que da el grupo de trabajo coordinado por Ana Teresa Revilla.

«El Juez de Paz debe ser un vecino del lugar, no un abogado y menos un estudiante de derecho». Resulta importante tener en cuenta el argumento para esta afirmación, cual es que «los criterios para resolver no son necesariamente jurídicos». A ello podríamos añadir que, en gran medida, el prestigio social de la justicia de paz radica en que ella no ha sido formalizada por el razonamiento de los abogados. En consecuencia, la preferencia que la actual Ley Orgánica da a los abogados y estudiantes de derecho, más que una garantía aparece como una amenaza.

- «La población en favor de la que el Juez de Paz va a desempeñar su función es la única que debe participar en su elección. Para esto es muy importante tomar en cuenta si existe alguna organización comunal, pues de ser este el caso, deberá ser elegido por los miembros de la Comunidad, conforme a las prácticas tradicionales».

- «Cuando las organizaciones sociales, por mayoría de sus miembros, hayan decidido asumir las funciones jurisdiccionales que les reconoce el artículo 149 de la Constitución del Estado, ejercerán las funciones y atribuciones legalmente reconocidas a los Jueces de Paz, así como aquellas derivadas de sus propios usos y costumbres». Por tanto, debe resolverse el tema de la coordinación de la jurisdicción especial consagrada en el art. 149 constitucional con la justicia de paz. Entendemos que la cuestión va más allá, pero, ciertamente, donde exista autoridad comunal que ejerza funciones jurisdiccionales, no debiera existir paralelamente un juez de

paz, teniendo que realizarse la elección de dicha autoridad de acuerdo a sus usos y costumbres (81).

También tendrá la ley que ocuparse de todos los elementos que menciona el segundo párrafo del artículo 152 y con cuya pertinencia concordamos.

Será indispensable también, en nuestro criterio, hacer viable la posibilidad de remoción por el pueblo de los jueces que incumplan con su labor, como lo preanuncian sin que la Constitución haya dado detalles, el artículo 2 inciso 17 y el artículo 31 de la Constitución.

La parte final del artículo deja abierta la posibilidad de que los jueces de primera instancia sean también elegidos. No prohíbe ni manda. Pertenece a la discrecionalidad política del Legislativo autorizarlo por ley, o delegar función legislativa al Ejecutivo para que lo haga él. Javier de Belaúnde es contrario a la idea:

No consideramos conveniente el sistema de elección popular en la justicia profesional. Si bien las ventajas de este sistema para el juez de paz nos parecen indudables por las razones ya expuestas, estimamos inconveniente que jueces profesionales sean elegidos pro votación popular.

Y es que no existen las mismas razones para sustentar la elección popular en ambos casos. La justicia de paz es una justicia esencialmente conciliadora, donde lo fundamental no se encuentra ni en la aplicación de la ley ni en la evaluación de las calidades técnicas del juez profesional debe primar una evaluación no sólo de su idoneidad moral, sino de su capacidad técnica; y para ello la elección popular no parece ser el mejor sistema.

De otro lado, dado que el juez de primera instancia se encuentra generalmente vinculado a un ámbito geográfico provincial,

(81) BELAUNDE L. DE R., Javier de. *Elección popular de jueces*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 215.

tendrá que hacerse conocer a fin de resultar elegido. Ello será tanto más necesario en las ciudades donde exista una gran concentración de población. Para ello, el candidato a juez requerirá, bien sea del aparato de los partidos políticos, o de importantes recursos económicos para poder sostener un proceso electoral. Lo expuesto constituye un peligro inminente, no sólo de injerencia partidaria, sino fundamentalmente de influencia de grandes intereses económicos en este sistema. Ello puede resultar tanto más grave en zonas penetradas por el narcotráfico.

En consecuencia, estimamos que la solución constitucional al respecto no es responsable ni ha sido suficientemente meditada. Basta revisar lo que ocurre en muchos de los Estados de los Estados Unidos de América, donde los jueces son elegidos mediante votación, para concluir que se trata de un sistema que viene siendo cuestionado y revisado debido a la vinculación y los lazos que, a propósito del financiamiento de campañas electorales, establecen los jueces con las grandes firmas de abogados y las grandes empresas (82).

Compartimos las inquietudes de Javier de Belaunde y, por consiguiente, consideramos inconveniente en el Perú abrir la posibilidad de elección de jueces especializados o mixtos y fiscales homólogos (que, hay que recordar, son nominados como sus pares del Poder Judicial). Los peligros son mucho mayores que las posibles ventajas.

272. Artículo 153

«Artículo 153.- Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.»

(82) BELAUNDE L. DE R., Javier de. *Elección popular de jueces*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 214.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de esta norma en la Constitución de 1979 es el siguiente artículo:

“Artículo 243.- La función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria.

Los Magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga”.

Las dos Constituciones contienen idénticas normas en este punto.

Análisis exegético

La participación política está garantizada a todas las personas en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 31 de la Constitución. Los derechos de sindicalización y de declararse en huelga están reconocidos a todos los trabajadores en el artículo 28 de la Constitución y a los trabajadores públicos en el artículo 42 de la Constitución.

Por consiguiente, si se pretendía que jueces y fiscales no ejercitaran dicho derecho debía también hacerse la excepción pertinente, que es lo que ocurre en este artículo.

Estimamos que las prohibiciones de la sindicalización y de la huelga son claras. En lo que se refiere a la prohibición de participar en política, se trata de que:

- No se afilien a partidos políticos,
- No postulen a cargos electivos (sólo lo pueden hacer si dejan el cargo seis meses antes de la elección como manda el artículo 91),
- No hagan actividad política favorable a determinado grupo, candidato o persona.

Sin embargo, no se les puede impedir que voten porque son ciudadanos en ejercicio de derechos políticos, y éstos no pueden ser

inhabilitados a otros que a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo. Tal el mandato del artículo 34 de la Constitución.

Es razonable que se recorten estos derechos en la medida que cuando jueces y fiscales hacen parte de grupos políticos o de presión, pueden desnaturalizar el ejercicio de la función jurisdiccional según sus respectivas competencias y eso debe evitarse de todas formas.

El hecho que los magistrados no puedan sindicalizarse ni declararse en huelga hace indispensable que el Gobierno Central vele por sus derechos, de manera que no se abuse ilegítimamente de esta desventaja que los jueces y fiscales tienen por razón de su función.

La prohibición de sindicalización no alcanza a la asociación que es un derecho constitucionalmente reconocido. Los magistrados judiciales peruanos tienen una asociación en la que participan como tales. Es perfectamente constitucional.

273. Artículo 154

«Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.

3. Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, res-

pectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

4. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los antecedentes sobre el nombramiento de magistrados judiciales han sido dados a propósito del artículo 150. Allí nos remitimos.

Sobre ratificaciones judiciales se ocuparon de la siguiente forma las Constituciones de 1920 y 1933:

«Constitución de 1920, artículo 152.- La carrera judicial será determinada por una ley que fije las condiciones de los ascensos. Los nombramientos judiciales de Primera y Segunda Instancia serán ratificados por la Corte Suprema cada cinco años».

«Constitución de 1920, artículo 153.- La no ratificación de un Magistrado por la Corte Suprema, no le priva de su derecho a los goces adquiridos conforme a la ley».

«Constitución de 1933, artículo 224.- Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero si impide el reingreso en el servicio judicial».

En referencia a la conducta ilegal de los jueces, diversas constituciones otorgaron acción popular en casos de soborno, prevaricato, cohecho, abreviación o suspensión de las formas judiciales, procedimientos ilegales contra la libertad personal, la seguridad del domicilio y en general contra los derechos individuales. Las normas a las que nos referimos son las siguientes: Constitución de 1823, artículo 109; Constitución de 1826, artículo 100; Constitución de 1828, artículo 130; Constitución de

1834, artículo 129; Constitución de 1839, artículo 131; Constitución de 1856, artículo 131; Constitución de 1860, artículo 130; Constitución de 1867, artículo 128; Constitución de 1920, artículo 157; Constitución de 1933, artículo 231.

Sobre el tema de destitución de magistrados, existen los siguientes antecedentes:

«Constitución de 1828, artículo 104.- Los jueces son perpetuos, y no pueden ser destituidos sino por juicio y sentencia legal».

«Constitución de 1839, artículo 112.- Podrán ser destituidos por juicio y sentencia legal».

«Constitución de 1920, artículo 151.- La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley, corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes en la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 247.- El Consejo Nacional de la Magistratura hace las propuestas para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores. Para las propuestas de Magistrados de Primera Instancia y demás cargos de inferior jerarquía actúa un Consejo Distrital de la Magistratura en cada sede de Corte, presidido por el Fiscal más antiguo del distrito e integrado por los dos Magistrados más antiguos de la Corte y dos representantes elegidos por el Colegio de Abogados de la jurisdicción. Las propuestas se hacen previo concurso de méritos y evaluación personal”.

La diferencia entre ambas Constituciones es manifiesta: en la de 1979 el Consejo Nacional de la Magistratura proponía los nombramientos judiciales al Poder Ejecutivo. En la de 1993 es el propio Consejo el que nombra.

“Artículo 248.- La Corte Suprema investiga, en forma permanente y obligatoria, bajo responsabilidad, la conducta funcional de los jueces.

Les aplica las sanciones a que haya lugar. Les garantiza el derecho de defensa. Anual y públicamente da cuenta del cumplimiento de esta función.

La destitución de los Magistrados requiere resolución, previo proceso administrativo”.

“Artículo 249.- El Consejo Nacional de la Magistratura recibe denuncias sobre la actuación de los Magistrados de la Corte Suprema. Las califica. Las cursa al Fiscal de la Nación si hay presunción de delito, y a la propia Corte Suprema para la aplicación de medidas de carácter disciplinario”.

En la Constitución de 1979, las sanciones las imponía la Corte Suprema. En la Constitución de 1993 las aplica el Consejo Nacional de la Magistratura.

Análisis exegético

Las funciones centrales del Consejo Nacional de la Magistratura tienen que ver con la provisión de personas para cubrir los cargos de la magistratura en el Poder Judicial y el Ministerio Público, así como con las ratificaciones y las sanciones.

El Primer inciso obliga a nombrar previo concurso público de méritos y evaluación personal a los jueces y fiscales de todos los niveles. El Consejo, por tanto dicta los reglamentos que permitan hacer de estas evaluaciones una selección objetiva de los más capaces. La rigurosidad que impone la Constitución en esta materia es alta, desde que se exige el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros para que haya nombramiento.

La ley 26397, promulgada el 06 de diciembre de 1994, contiene la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y trae las siguientes normas sobre el nombramiento de jueces y fiscales:

«Ley 26397, artículo 22.- El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas:

a. El Presidente del Consejo convoca a concurso para cubrir nuevas plazas o las que se encuentren vacantes.

La convocatoria es publicada tres veces consecutivas en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación.

Tratándose de la designación de un juez o fiscal ante una Corte Superior, la convocatoria debe publicarse también en el periódico encargado de los avisos judiciales de la sede de la respectiva Corte Superior y, en otro medio de comunicación masiva de dicha sede.

b. Los postulantes deben solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura ser considerados candidatos y someterse al respectivo concurso de méritos y evaluación personal, presentando los documentos que señale el reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura.

c. Terminada la calificación de la documentación presentada, el Consejo publica la nómina de los postulantes que considere aptos para ser evaluados, a efectos de que se puedan formular tachas, acompañadas con la prueba instrumental.

d. Cumplido lo previsto por el inciso anterior, se procede a llevar a cabo el concurso de méritos y evaluación personal de los postulantes».

«Ley 26397, artículo 23.- Las etapas del concurso público de méritos y evaluación personal son:

a. Calificación de los méritos acreditados en el curriculum vitae.

b. Examen escrito.

c. Evaluación personal».

El inciso segundo habla de las ratificaciones que son procesos de evaluación de todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público que se realizan cada siete años. Una vez concluida la evaluación

el Jurado debe votar en cada caso individual si ratifica o no ratifica al magistrado. Si lo ratifica, queda habilitado para seguir en la carrera. Si no, es automáticamente separado.

La Constitución prohíbe que los no ratificados reingresen a la carrera judicial o al Ministerio Público, con lo que esta decisión es, en realidad, una inhabilitación perpetua. Debió, por tanto, señalar expresamente dos cosas: que había derecho de defensa y que las resoluciones deben ser motivadas (como sí se hace al final del inciso tercero). No hubiera estado demás hacerlo, sobre todo después de lamentables experiencias de ratificaciones judiciales en el pasado, particularmente la acontecida en el período 1981-1982. Ahora ello sólo puede ser aplicado por interpretación ya que, en materia de ratificaciones, el Consejo Nacional de la Magistratura tiene jurisdicción, es decir, que dicta resolución que no puede ser impugnada ante el Poder Judicial, según dice el artículo 142 de la Constitución. Por tanto, al ejercerse la función jurisdiccional, son aplicables todos los principios y derechos relativos a ella, contenidos en el artículo 139.

Como queda expreso del final de este inciso, las ratificaciones judiciales no son procesos de naturaleza disciplinaria y funcionan con independencia de las sanciones que deba imponerse.

Sobre las ratificaciones, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura dice:

«Ley 26397, artículo 30.- A efectos de la ratificación de jueces y fiscales a que se refiere el inciso b) del artículo 21 de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista personal en cada caso.

Tres meses antes del inicio del proceso de ratificación el Presidente del Consejo solicita los informes pertinentes.

Reunidos los elementos de juicio el Pleno del Consejo decide la ratificación o separación de los Jueces y Fiscales.

Para la ratificación se requiere el voto conforme de la mayoría simple de Consejeros asistentes.

La separación del cargo no constituye pena ni priva de los derechos adquiridos conforme a ley, pero sí impide el reingreso al Poder Judicial y Ministerio Público».

El inciso tercero encarga al Consejo aplicar las sanciones de destitución a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Existen dos procedimientos básicos:

- El que aplica sanciones directamente a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos.
- El que aplica sanciones a los jueces a solicitud de la Corte Suprema, y a los fiscales a solicitud de la Junta de Fiscales Supremos.

En este inciso, como comentamos antes, sí se establece como requisitos la resolución motivada y la audiencia previa con el interesado. También en este inciso hay imposibilidad de impugnar la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura según la parte final. De esta forma, no se podrá interponer acción ni recurso alguno contra la resolución, con lo que también tiene naturaleza jurisdiccional y constituye cosa juzgada. Es obvio que la Constitución ha tratado estos temas de manera poco sistemática, porque este carácter de no impugnabilidad debería figurar, cuando menos, también en el artículo 142 para dar una visión más coherente de las cosas.

Sobre la destitución de Magistrados dice la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura:

«Ley 26397, artículo 31.- Procede aplicar la sanción de destitución a que se refiere el inciso c. del Artículo 21 de la presente Ley por las siguientes causas:

1. Ser objeto de condena a pena privativa de la libertad por delito doloso.
2. La comisión de un hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público.

3. Reincidencia en hecho que configure causal de suspensión, conforme a lo establecido en la ley de la materia.
4. Intervenir en procesos o actuaciones a sabiendas de estar incurso en prohibición o impedimento legal».

En referencia al trámite que debe seguirse para la investigación de oficio o a pedido de parte que realizará el Consejo (artículo 32 de la Ley 26397), dice lo siguiente:

«Ley 26397, artículo 34.- En los procesos disciplinarios a que se refieren los Artículos 32 y 33 de la presente ley, rigen las siguientes normas:

1. En ningún caso puede emitirse resolución definitiva, sin previa audiencia del interesado, dándole oportunidad para que efectúe los descargos correspondientes.
2. El Consejo debe resolver considerando los informes y antecedentes que se hayan acumulado sobre la conducta del juez o fiscal, así como las pruebas de descargo presentadas.
3. La resolución debe ser motivada, con expresión de los fundamentos en que se sustenta.
4. Contra la resolución que pone fin al procedimiento sólo cabe recurso de reconsideración, siempre que se acompañe nueva prueba instrumental dentro de un plazo de cinco días útiles contados a partir del día siguiente de recibida la notificación.

Independientemente de la medida disciplinaria de suspensión que el Poder Judicial y el Ministerio Público pueden imponer, también están facultados para disponer la suspensión, como medida provisional, en aquellos casos en que el acto cometido por los jueces y fiscales respectivamente, sea pasible de destitución; hasta que el Consejo Nacional de la Magistratura decida si corresponde aplicar tal medida».

Cabe recordar, también, que por Resolución 028-95-CNM de fecha 15 de Agosto de 1995, fue promulgado el Reglamento de procesos disci-

plinarios del Consejo Nacional de la Magistratura, aplicable a estos casos.

Finalmente, el inciso cuarto establece que es el Consejo Nacional de la Magistratura, como órgano autónomo, el que extiende el título oficial que acredita a los jueces y fiscales como tales. No es competencia ni del Órgano Legislativo, ni del Ejecutivo, signo de la voluntad de que ellos no tengan ninguna intervención en el asunto.

274. Artículo 155

«Artículo 155.- Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.

2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.

3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.

4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.

5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.

6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de esta norma en la Constitución de 1979 es transcrito a continuación:

“Artículo 246.- El Consejo Nacional de la Magistratura está integrado de la siguiente forma:

El Fiscal de la Nación que lo preside.

Dos representantes de la Corte Suprema.

Un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.

Un representante del Colegio de Abogados de Lima. Y

Dos representantes de las Facultades de Derecho de la República.

Los miembros del Consejo son elegidos cada tres años. No está sujetos a mandato imperativo. Son remunerados con dietas que se fijan en el Presupuesto General de la República.

La ley establece la organización y el funcionamiento del Consejo. Este se reúne cada vez que es necesario”.

En ambas Constituciones sólo uno de los miembros elegido por la Corte Suprema es común. Todos los demás miembros tienen origen distinto en una y otra Carta.

En la Constitución de 1993 puede haber dos miembros más, elegidos por el propio Consejo, de entre las propuestas que presenten las instituciones representativas del trabajo y del empresariado.

Según la Constitución de 1979 su plazo en el cargo era de tres años. En la de 1993 es de cinco.

Análisis exegetico

Son todas estas disposiciones operativas que se explican por sí mismas. La regla general ha sido establecer una lista de órganos electivos y un modo de elección dentro de cada uno de ellos, que hacen muy difícil que algún poder o grupo pueda influir mayoritariamente dentro del Consejo. Los órganos e instituciones representados son muy distintos entre sí, todos de importancia en el país y de relevancia suficiente como para elegir a quienes nombrarán a los jueces, y se ha utilizado los mecanismos más democráticos posibles para la nominación en cada caso. En estos aspectos, la Constitución está elaborada con especial espíritu de independencia y democracia.

No ofrece problema identificar a las instituciones mencionadas en los incisos del artículo pues todas ellas tienen reconocimiento y forma de organización por ley. Esto es evidente por sí mismo en los casos de la Corte Suprema y de la Junta de Fiscales Supremos. Los colegios de abogados y colegios profesionales también tienen que ser creados por ley según el artículo 20 de la Constitución, concordado con el segundo párrafo del artículo 76 del Código Civil.

Las universidades fueron hasta hace poco creadas por ley, pero en la actualidad son autorizadas por el CONAFU, organismo público que cumple un procedimiento según el cual es perfectamente claro cuándo existe y cuando no existe una Universidad (la propia Constitución dice que «*La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento*» en el artículo 18 segundo párrafo).

Lo que no queda claro del texto constitucional es cuáles son las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial, porque en estos campos hay muchas instituciones y pueden crearse varias más fantasmas que, luego, pidan ejercitar el derecho de proponer listas al Consejo. Son asuntos que deben aclararse por normas de rango inferior, ya que la Constitución no puede determinar cuáles son estas instituciones representativas. Tampoco la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura ha dicho nada al respecto. Sólo establece que para la ampliación del nú-

mero de miembros conforme el artículo 155 segundo párrafo de la Constitución, así como para autorizar al Presidente a solicitar las listas de candidatos, se requiere el voto favorable de los dos tercios de los Consejeros. La elección de los miembros adicionales requiere la misma votación (artículo 17 último párrafo de la Ley 26397).

275. Artículo 156

«Artículo 156.- para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura se requieren los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, salvo lo previsto en el inciso 4 del artículo 147. El miembro del Consejo Nacional de la Magistratura goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema están contemplados en el artículo 147 de la Constitución y son:

- Ser peruano de nacimiento, lo que se halla establecido en el artículo 52 de la Constitución.
- Ser ciudadano en ejercicio. Son ciudadanos los mayores de dieciocho años según el artículo 30 de la Constitución. Como el requisito siguiente para postular al cargo es tener cuarenticinco años, en principio todos los candidatos cumplen lo demandado. Sin embargo, hay algunos casos en que el ejercicio de la ciudadanía no es hábil y, por consiguiente, quienes se hallan incursos en ellos no pueden postular al Consejo. Se trata de los siguientes casos:
 - a. Los que no se han inscrito en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).

- b. Quienes han sido interdictados civilmente y no gozan de la capacidad de ejercicio (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
 - c. Quienes sufren condena con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
 - d. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad (Artículo 34 de la Constitución).
- Deben ser mayores de cuarenticinco años.

El requisito del inciso 4 del artículo 147 no es aplicable a los candidatos al Consejo Nacional de la Magistratura por mandato expreso del artículo que comentamos. Por la misma razón, es posible que los candidatos no tengan la profesión jurídica. Esto es razonable desde que para nombrar buenos jueces y fiscales no hay necesidad de saber Derecho.

En materia de beneficios y derechos que compartan con los magistrados de la Corte Suprema, en el texto constitucional encontramos los siguientes:

- La jerarquía en el servicio a la Nación (artículo 39).
- El privilegio del antejucio (artículo 99).
- La independencia con el sólo sometimiento a la Constitución y la ley (artículo 146 inciso 1).
- La permanencia en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, dentro del límite de los cinco años de su nombramiento (artículo 146 inciso 3).
- La remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía (artículo 146 inciso 4).

En materia de obligaciones e incompatibilidades que los miembros del Consejo compartan con los magistrados de la Corte Suprema, encontramos las siguientes en el texto constitucional:

- La incompatibilidad de la función con cualquier otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo (artículo 146 primer párrafo).
- Sólo pueden percibir las remuneraciones que asigna el presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley (Artículo 146 segundo párrafo).
- No pueden participar en política, sindicalizarse ni declararse en huelga (artículo 153).

Adicionalmente, tanto en materia de beneficios y derechos, como de obligaciones e incompatibilidades, vocales supremos y miembros del Consejo Nacional de la Magistratura deberán tener trato igual dentro de la ley para que el mandato de la parte final de este artículo constitucional se cumpla.

La ley 26397 en su artículo 4 establece que los miembros no están sujetos a mandato imperativo de las entidades o gremios que los eligen. Se denominan CONSEJEROS. Su mandato es irrevocable y no hay reelección inmediata de los titulares y suplentes que han cubierto el cargo en caso de vacancia, siempre que el período de ejercicio sea mayor de dos años continuos o alternados. El cargo es indelegable. Los consejeros son responsables por los actos que realicen en ejercicio de sus funciones y pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado por el voto de los dos tercios del número legal de miembros. (Esta disposición repite lo establecido en el artículo 157 de la Constitución).

276. Artículo 157

«Artículo 157.- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El nombramiento de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura es de cinco años (parte final del artículo 155 de la Constitución). Se ha establecido que durante este período tienen permanencia en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función (pues se les aplica el inciso 3 del artículo 146 como indicamos al comentar el artículo anterior).

Si los miembros del Consejo incumplieran estos deberes de manera grave, entonces alguna autoridad tiene que poder removerlos de su cargo. Por la alta jerarquía del órgano, se ha establecido en este artículo que sea el Congreso y sólo mediante el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros, requisito significativamente alto y que sólo puede cumplirse cuando hay aceptación generalizada entre los congresistas de que la conducta de la persona ha sido reprobable.

Estimamos, por estas razones, que la norma es adecuada y sólo queda decir que, salvo la renuncia, no existe otro mecanismo de quitar permanencia en el cargo a estos magistrados.

TITULO IV

CAPITULO X

MINISTERIO PUBLICO

277. TITULO IV, CAPITULO X: MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público es un órgano de nivel constitucional que, en gran síntesis, vela por la legalidad de la vida política y social del país investigando, ejercitando acciones, e ilustrando las decisiones judiciales cuando ello le es requerido, en aplicación de la ley.

La función y responsabilidad máxima del Ministerio Público es que la ley sea aplicada en todos los planos y niveles de la vida política y social. Desde luego, no tiene facultades coactivas ni de decisión directa para lograrlo, pero sí debe prestar vigilancia a la vida social y ejercitar sus funciones en todo ámbito donde la ley sea incumplida.

Para ello, el artículo 159 de la Constitución de 1993 lo dota de una serie de importantes atribuciones, en su mayor parte vinculadas al quehacer judicial y a la investigación de circunstancias contrarias a la legalidad.

El Ministerio Público tiene una organización independiente y autónoma, pero hecha a imagen y semejanza de la judicial: esto se debe a que las labores del Ministerio Público tienen íntima vinculación con el ejercicio de la jurisdicción, como hemos visto.

Tal vez la modificación más importante entre la Constitución de 1979 y la de 1993 sea que la función de defensor del pueblo que tenía en la primera, ha sido independizada hacia un órgano especializado en la segunda Carta.

También es importante que en la Constitución de 1993 se le de como atribución “Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función” (artículo 159 inciso 4). En la Constitución de 1979 su atribución respecto de este punto era “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial” (Artículo 250 inciso 5 de la Constitución de 1979). La diferencia de función es evidente por sí misma.

278. Artículo 158

«Artículo 158.- El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las Constituciones del Perú siempre consideraron necesaria la existencia de Fiscales ante la Corte Suprema y las Cortes Superiores. Las normas son las siguientes: Constitución de 1823, artículos 98 y 101; Constitución de 1826, artículo 103; Constitución de 1828, artículos 108 y 113; Constitución de 1834, artículos 111 y 115; Constitución de 1839, artículos 115 y 119; Constitución de 1856, artículo 133; Constitución de 1860, artículo 126; Constitución de 1867, artículo 124; Constitución de 1920, artículos 147 y 148; y, Constitución de 1933, artículos 222 y 223.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 antecedentes de éste que comentamos son los siguientes:

“Artículo 250.- El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. [...]”.

“Artículo 251.- Son órganos del Ministerio Público:

- 1. El Fiscal de la Nación.*
- 2. Los Fiscales ante la Corte Suprema. Son nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado. Se turnan cada dos años en la Fiscalía de la Nación.*
- 3. Los fiscales ante las cortes superiores. y*
- 4. Los Fiscales ante juzgados de Primera Instancia y de Instrucción.*

Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías.

Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos. Una Ley Orgánica fija las demás disposiciones relacionadas con la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público”.

Lo común en ambas Constituciones es lo siguiente:

- Que el Ministerio Público es autónomo.
- Que los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas, obligaciones, incompatibilidades, así como requisitos y procedimientos en el nombramiento, que sus pares en el Poder Judicial.

El procedimiento de nombramiento es, entonces, bastante distinto en las dos Constituciones (como a su turno lo es el de los jueces).

La Constitución de 1993 trata con mayor detalle (y con particularidades de procedimiento), el tema de la elección del Fiscal de la Nación.

Análisis exegético

El Ministerio Público es un órgano autónomo del Estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tiene capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados judiciales, y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos.

La Constitución establece las líneas generales de su organización que luego son detalladas en la Ley Orgánica del Ministerio Público:

- Como Presidente del Ministerio Público está el Fiscal de la Nación que es elegido por la Junta de Fiscales Supremos para un período de tres años, prorrogable por reelección sólo por otros dos. El máximo período continuo que puede estar un Fiscal de la Nación en el cargo es, entonces, cinco años.

La ley 26288 del 18 de Enero de 1994, en oportunidad que se produjo un reiterado empate de dos votos a dos votos por la elección de Fiscal de la Nación, estableció normas que, en los hechos, condujeron a que fuera nominada la Fiscal de la Nación que entonces ejercía el cargo. Las reglas fueron las siguientes:

«Ley 26288, artículo 1.- El Fiscal de la Nación es elegido por la Junta de Fiscales Supremos en votación secreta.

En caso de empate se procede a una segunda votación. Si el empate se repite corresponde asumir el cargo del Fiscal de la Nación al Fiscal Supremo con mayor antigüedad en el cargo.

La antigüedad de los fiscales que tengan la misma jerarquía en el Ministerio Público, se computa a partir de la fecha en que juramentaron el cargo como titulares o provisionales. Si dos o más fiscales lo hicieron en el mismo día, se considera más antiguo al que hubiera desempeñado más tiempo el cargo anterior y, en su defecto, a quien primero se hubiere colegiado como abogado».

- Luego vienen los fiscales que, también, están organizados en analogía con el Poder Judicial: fiscales supremos en el nivel de la Corte Suprema, superiores en el nivel de las Cortes Superiores y los fiscales provinciales a nivel de los juzgados. El artículo 36 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que también son órganos del Ministerio Público los fiscales adjuntos y las Juntas de Fiscales.

La principal de estas últimas es la Junta de Fiscales Supremos que está conformada por aquellos fiscales que tienen rango equivalente a los vocales de la Corte Suprema de la República. La Junta de Fiscales Supremos tiene una serie de atribuciones a lo largo de la Constitución:

- a. Solicitar al Consejo Nacional de La Magistratura que sancione con destitución a los Fiscales Supremos (artículo 154 inciso 3).
- b. Elegir un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 155 inciso 2).
- c. Aprobar el proyecto de presupuesto del Ministerio Público (artículo 160).
- d. Elige un miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 179 inciso 2).

La Constitución establece que tienen los mismos derechos y prerrogativas que sus equivalentes de rango en el Poder Judicial.

Los derechos que la Constitución hace que el Estado garantice a los magistrados judiciales están en los cuatro incisos del artículo 146 y son:

- Independencia con sujeción a la Constitución y a la ley.
- Inamovilidad en sus cargos y prohibición de ser trasladados sin su consentimiento.
- Permanencia en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función.

- Remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

Exige a los miembros del Ministerio Público los mismos requisitos que se exigen para ser nombrado en el rango equivalente del Poder Judicial. En este aspecto, la Constitución sólo establece requisitos para magistrado supremo, que serían aplicables a los fiscales supremos. Están en el artículo 147 y son:

- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio. A la edad requerida para ser fiscal supremo (cuarenticinco años), no tienen ciudadanía en ejercicio las siguientes personas:
 - a. Las que no están inscritas en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).
 - b. Las que fueron interdictadas y, por consiguiente, no tienen capacidad de ejercicio (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
 - c. Las personas condenadas con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
 - d. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo (Artículo 34 de la Constitución).
- Ser mayor de cuarenticinco años.
- Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

También les asigna las mismas incompatibilidades. Ellas están en el primer párrafo del artículo 146: «*La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo*».

A su vez, les asigna las mismas obligaciones. Las consignadas en la Constitución están en los siguientes dispositivos:

- El segundo párrafo del artículo 146 que establece: *«Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley».*
- El artículo 153: *«Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga».*

En lo relativo a procedimiento de nombramiento, hay que referirse a las normas que están en la parte correspondiente al Consejo Nacional de la Magistratura, particularmente los artículos 151, 152 y 154 de la Constitución.

Un aspecto de técnica legislativa deficiente pero que tiene importancia en su nivel es que los fiscales deberán tener capacitación en la Academia de la Magistratura, pero ella pertenece al Poder Judicial, sin injerencia del Ministerio Público, al menos en el plano constitucional, pues la norma del artículo 151 no prevé nada al respecto. Es algo que debiera modificarse constitucionalmente, en adición a los derechos que la legislación de segundo rango pueda dar al Ministerio Público en la dirección de dicho organismo.

Todo el aparato orgánico de gobierno del Ministerio Público fue modificado mediante las disposiciones transitorias de la Ley 26623, promulgada el 18 de junio de 1996, que estableció el Consejo de Coordinación Judicial y que declaró en reorganización al Ministerio Público. Sus principales normas para lo que aquí tratamos son las siguientes:

«Ley 26623, segunda disposición transitoria, complementaria y final.- Declárase en reorganización al Ministerio Público durante el plazo que determine el Consejo de Coordinación Judicial. En consecuencia, quedan en suspenso la vigencia de los artículos 30 segundo párrafo, 31, 33, 42, 63, 97, 98 y 99 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Las funciones de gobierno y gestión del Ministerio Público serán asumidas por la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público o por quien ésta designe en la respectiva demarcación.

La Comisión Ejecutiva estará integrada por los actuales Fiscal de la Nación, Fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal y Fiscal de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, quienes actuarán como un órgano colegiado y bajo la presidencia del primero de los nombrados, continuando como miembros de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público independientemente del cargo que ostenten en los siguientes años judiciales. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Fiscales. Esta Comisión se encarga, asimismo, de la reorganización del Instituto de Medicina Legal del Perú Leonidas Avendaño Ureta.

La comisión contará con un Secretario Ejecutivo, quien asumirá a partir de la vigencia de la presente ley, las atribuciones de personal y presupuestales correspondientes a la titularidad del pliego presupuestal del Ministerio Público, así como del Instituto de Medicina Legal del Perú, de ser el caso, con la competencia establecida en esta ley, en las normas presupuestales y las que la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público establezca en su Reglamento de Organización y Funciones».

«Ley 26623, tercera disposición transitoria, complementaria y final.- Son funciones de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, que serán ejercidas a través de su Presidente, las siguientes:

- a) Aprobar, a iniciativa del Secretario Ejecutivo, el plan de reestructuración y reforma de dicho organismo;
- b) Dictar, a propuesta del Secretario Ejecutivo, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público;
- c) Aprobar el proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público, que presente el Secretario Ejecutivo, así como los proyectos de normas legales necesarios para el adecuado funcionamiento de la institución;
- d) Emitir opinión sobre los asuntos que sometan a su consideración los Poderes Públicos;
- e) Decidir el ejercicio de la acción penal contra los Jueces de Segunda y Primera Instancia por delitos cometidos en su actuación judicial.

Para tal efecto se instruirá al fiscal que corresponda para que ejerce la acción penal. Si en su caso, los actos u omisiones denunciados, sólo dieren lugar a la aplicación de medidas disciplinarias, remitirá lo actuado al órgano de control respectivo;

- f) proceder como se dispone en el inciso precedente, cuando la denuncia o la queja se dirigiese contra un Fiscal. Si el acto u omisión sólo diere lugar a sanción disciplinaria, pasará lo actuado a la Fiscalía Suprema de Control Interno o al órgano que corresponda;
- g) Determinar las especialidades en todos los niveles, el número de Fiscales Superiores y Provinciales de cada Distrito Judicial, teniendo en cuenta las necesidades correspondientes y las posibilidades del Pliego Presupuestal del Ministerio Público, así como designar Fiscales Ad Hoc, conceder licencias, aplicar sanciones y, en general, ejercer su autoridad a todos los funcionarios del Ministerio Público cualquiera sea su categoría y actividad funcional especializada;
- h) Todas las demás atribuciones que correspondan al gobierno y gestión del Ministerio Público, asumiendo durante el proceso de reorganización la competencia y funciones previstas en la Ley orgánica del Ministerio Público como de competencia del titular de la entidad y, en particular, las atribuciones establecidas en los artículos 4, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público».

«Ley 26623, cuarta disposición transitoria, complementaria y final.- Son funciones de la Secretaría Ejecutiva:

- a) Dictar y supervisar la política general de gestión y administración del Ministerio Público;
- b) Ejercer las atribuciones y facultades inherentes a su condición de Titular del Pliego Presupuestal del Ministerio Público, así como las correspondientes a los sistemas administrativos;
- c) Administrar y supervisar el personal administrativo y auxiliar del Ministerio Público y del Instituto de Medicina Legal, pudiendo realizar las acciones de desplazamiento convenientes, así como la contratación del personal requerido;

- d) Realizar la racionalización, calificación y evaluación del personal del Ministerio Público, ratificando, asignando o cesando al personal, según los resultados de la evaluación;
- e) Dictar el Reglamento de Organización y Funciones de la Secretaría Ejecutiva;
- f) Proponer el proyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público;
- g) Reformar el Sistema de Fiscales, el Despacho Fiscal, la Carrera Fiscal y el Sistema de Control del Ministerio Público;
- h) Aprobar los documentos de gestión, directivas y procedimientos para la mejor administración y cumplimiento de las funciones del Ministerio Público;
- i) Coordinar y celebrar acuerdos de cooperación técnica y financiamiento nacionales e internacionales;
- j) Separar a los Fiscales que no observen conducta e idoneidad propias de su función; y,
- k) Las demás que se establezcan en el Reglamento de Organización y Funciones de la Secretaría Ejecutiva».

En la parte introductoria al tema del Poder Judicial, hemos desarrollado un análisis de los aspectos de la reorganización de las instituciones del sistema de administración de justicia, en especial a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el tema. A dicho comentario nos remitimos aquí.

279. Artículo 159

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

2. *Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.*
3. *Representar en los procesos judiciales a la sociedad.*
4. *Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.*
5. *Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.*
6. *Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.*
7. *Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación» (83).*

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que es antecedente del que comentamos, tiene el texto siguiente:

“Artículo 250.- El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde:

1. *Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley.*

(83) Según la Ley 26900 del 15 de Diciembre de 1997, el Registro nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva que tenía la Defensoría del Pueblo, ha sido transferido al Ministerio Público.

2. *Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.*

3. *Representar en juicio a la sociedad.*

4. *Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública.*

5. *Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.*

6. *Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia; en los casos que la ley contempla. Y*

7. *Las demás atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes”.*

Las atribuciones que ambas Constituciones dan al Ministerio Público son las mismas salvo los tres aspectos siguientes:

- La Constitución de 1979 ordenaba al Ministerio Público *vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial*. La de 1993 le ordena *conducir desde su inicio la investigación del delito*. La Policía deberá cumplir los mandatos del Ministerio Público para ello.
- La Constitución de 1993 da al Ministerio Público iniciativa legislativa, cosa que no existía en la Constitución de 1979.
- La función de defensor del pueblo que el Ministerio Público tenía en la Constitución de 1979, ha sido trasladada a la Defensoría del Pueblo en la Constitución de 1993.

280. Artículo 159 inciso 1

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

[...]».

Análisis exegético

Según este inciso, el Ministerio Público promueve la acción en los casos indicados, de oficio o a petición de parte. La actuación *de oficio*, es la que realiza el organismo por propia iniciativa. La acción a petición de parte, es promovida cuando alguien que no es el Ministerio Público solicita que sea tramitada.

Existen circunstancias en que el Ministerio Público tiene la atribución de oficio; en algunos otros sólo la tiene a iniciativa de parte; y, finalmente, existen otros en los que puede iniciarse de una u otra manera. Son los códigos procesales los que establecen estos detalles en multitud de casos distintos.

La acción de que trata este inciso es la que corresponde:

- A la defensa de la legalidad, es decir, cuando la pretensión tiene por finalidad hacer que las disposiciones jurídicas sean efectivamente aplicadas, según su fuerza y rango. No es posible hacer una lista detallada porque la casuística es inmensa pero, por ejemplo, es el caso de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, que el Ministerio Público puede interponer a través del Fiscal de la Nación según el artículo 203 inciso 2 de la Constitución.
- La acción sobre pretensiones que corresponden a los intereses públicos tutelados por el Derecho, se refiere a todos aquellos contenidos en normas jurídicas referidas al interés público, al interés social o al bien común. Los casos por antonomasia son los de naturaleza penal y que están expresamente contenidos en el inciso 5. Pero también hay muchas otras circunstancias en las cuales, sin que exista delito de por medio, hay o puede haber quebrantamiento de intereses públicos. Han sido usuales las intervenciones del Ministerio Público cuando se producen cobros ilegales por el acceso a bienes de uso público (estacionamiento en la calle o cobro de ingreso a playas en el verano, por ejemplo) y en muchas otras circunstancias como, por ejemplo, la vigilancia del recuento de votos en los procesos electorales.

Hay que tener en cuenta que en la sistemática de esta Constitución, la Defensoría del Pueblo se ocupará de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisará el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, según el primer párrafo del artículo 162 de la Constitución. En otras palabras, en este tema podrán coincidir en la protección ambos órganos del Estado.

281. Artículo 159 inciso 2

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

[...]».

Análisis exegético

El Ministerio Público, sin tener injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, ni tener capacidad disciplinaria, ejerce una labor que acompaña a los jueces produciendo dictámenes y participando en los actos procesales. De esta manera, en representación de la sociedad, es un vigilante que ejerce atribuciones dentro de cada procedimiento. Se considera una forma efectiva de protección de la ciudadanía en pro de una recta administración de justicia.

Si bien el Ministerio Público no tiene capacidad de sancionar directamente a los magistrados judiciales, sí puede interponer las acciones que estime pertinentes cuando considere que han cometido delito contra la administración de justicia. Esta es una forma de control importante en el contexto general de la labor jurisdiccional.

Para todo ello, el número de fiscales, los medios con que deben contar y la libertad de acción en el ejercicio de su trabajo para centrarse

en los asuntos verdaderamente fundamentales, son aspectos muy importantes, que no siempre están a disposición en la vida cotidiana. Es de esperar, para consolidar la legalidad en el país, que el Ministerio Público cuente con creciente capacitación y recursos a fin de que pueda cumplir su misión cada vez de mejor manera.

282. Artículo 159 inciso 3

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

[...]».

Análisis exegético

En los procesos judiciales el Ministerio Público representa los intereses colectivos, es decir, los que corresponden a la sociedad en su conjunto. No representa a parte interesada porque eso sería defender los intereses individuales. No representa al Estado ni a gobierno alguno porque, muchas veces, su labor consiste en enfrentarse al poder en defensa de la sociedad. En este sentido, debe tener una actuación independiente de todo interés particular o particularizable, para buscar que en la administración de justicia se cumplan los valores y principios jurídicamente tutelados, que son comunes a la vida social de todos.

Es importante destacar que el Ministerio Público, como dice el inciso primero de este artículo, protege no todos los intereses públicos, sino sólo los *jurídicamente tutelados*. Hay muchos otros intereses públicos que pertenecen al ámbito de la economía, de la política, de la vida académica y educativa, etc. El Ministerio Público no representa a la sociedad en todos y cada uno de estos aspectos, por más importantes que sean. Sólo lo hace cuando encuentra que existe una norma jurídica que ampara un determinado interés público y que no está siendo cumplido debidamente. Decimos *norma jurídica* y no *ley* (o disposición legislativa)

porque el Ministerio Público puede muy bien defender principios de la vida pública que no estén recogidos en la legislación, pero sí en el Derecho más globalmente considerado. Sería el caso, por ejemplo, de una intervención para proteger la aplicación del Derecho consuetudinario en función del segundo párrafo del inciso 8 del artículo 139; o de la aplicación del artículo 149 de la Constitución.

283. Artículo 159 inciso 4

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

[...].».

Análisis exegético

Es una atribución que asumirá el Ministerio Público cuando las normas procesales respectivas entren en vigencia y constituye un cambio importante con relación al pasado, en el que la investigación prejudicial la hacía la Policía y la judicial el Juez Instructor.

Para efectos del cumplimiento de esta atribución, el artículo establece la sujeción de la Policía Nacional al Ministerio Público sobre la materia específica.

El Código Procesal penal trae varias normas sobre la investigación penal a partir de su artículo 91. Sin embargo es este numeral el que importa para efectos de nuestro comentario. Dice:

“Código Procesal Penal, artículo 91.- La etapa procesal de la investigación persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decidir

si formula o no acusación. Tiene por finalidad determinar: si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

La Policía y sus cuerpos especializados en Criminalística, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control y todos los organismos del Estado que, por la naturaleza de las actividades, pueden aportar medios útiles al mejor esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar, deben prestar apoyo al Fiscal. Las Universidades, Institutos Superiores, organismos técnicos de los Ministerios y cualquier otra entidad pública o privada, están obligadas a proporcionar los informes y realizar los estudios que se les requiera”.

Se supone que teniendo al Ministerio Público como conductor de la investigación criminal, las personas tendrán mayores seguridades que en el sistema actual. De hecho, es un sistema que se sigue en varios países desde largo tiempo atrás y que tiene experiencia probada.

284. Artículo 159 inciso 5

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

[...].».

Análisis exegético

El Ministerio Público, tiene como una de sus funciones esenciales interponer la acción penal, en cualquiera de las dos formas que señala el inciso (y que describimos al comentar el inciso primero de este artículo).

Se le da el monopolio de la acción penal para que, previo estudio de la misma, la califique y haya, así, una primera evaluación sobre su procedencia. Esto es importante tanto dar garantía a las personas de no ser procesadas penalmente sin que haya razones atendibles sobre la posibilidad de comisión de un delito, como para descargar el despacho judicial de procesos que no tienen viabilidad.

El único caso en que la Constitución obliga al Ministerio Público a simplemente dar trámite a la acción, es el del artículo 100, cuando el Congreso acusa por el procedimiento del antejuicio. En tal circunstancia, el Fiscal de la Nación debe formular la denuncia (no puede considerar que no procedería hacerlo), y según dice el párrafo final: *«Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso»*.

285. Artículo 159 inciso 6

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

[...]».

Análisis exegetico

Existen diversas situaciones, normalmente antes de que se tome una decisión jurisdiccional, en las que se solicita la opinión del Ministerio Público sobre el caso. Esta opinión es viabilizada a través de un dictamen que no tiene fuerza vinculatoria, es decir, no obliga en su contenido y sentido al órgano jurisdiccional al momento de resolver, pero sí debe ser tenido en cuenta. En las sentencias precedidas de un dictamen fiscal, el juzgador tendrá que decir si está de acuerdo con él, o si no lo está y, en tal caso, porqué discrepa. Es una manera adecuada de colaborar a la mejor administración de justicia.

286. Artículo 159 inciso 7

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

[...]

7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.»

Análisis exegetico

La iniciativa en la formación de las leyes la tiene según lo prescrito en el artículo 107 segundo párrafo, es decir, «[...] *en las materias que le son propias [...]*». Nos remitimos al comentario hecho a ese artículo para el tema específico de la iniciativa como institución.

Generalmente, es un poco difícil precisar cuáles son las *materias propias* de un órgano del Estado que tiene funciones tan amplias y diversas como las que establece este inciso. Por ello, sólo podemos decir que habrá que tener criterio extensivo al interpretar esta norma y que todo proyecto de ley que presente el Ministerio Público, que de alguna manera se relacione con sus atribuciones, debe ser tenido como una iniciativa válida. Esto supone, desde luego, que el Ministerio Público puede presentar proyectos de ley sobre competencias de otros órganos del Estado, siempre que tengan que ver con sus atribuciones. Así, por ejemplo, para defender los intereses públicos, podrá presentar un proyecto regulador de los espacios de uso público sobre los que detenta poder el municipio. En principio, los asuntos municipales corresponden a sus respectivos gobiernos, pero si se trata de algo que también se vincula al interés público, será a su vez competencia del Ministerio Público.

El inciso también indica la atribución de dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República de los vacíos o defectos de la legislación. Indudablemente, de ejercitarse, esta atribución colaborará a hacer mucho más eficiente y correcta la legislación nacional. Como ya hemos comentado en otros casos, las atribuciones deben ser ejercitadas con discrecionalidad, lo que no es lo mismo que al libre arbitrio (que pertene-

ce a la esfera de los derechos privados, no de las atribuciones públicas). Esto quiere decir que el Ministerio Público puede utilizar o no esta atribución según las circunstancias, pero que es su deber ejercerla cuando la legislación muestre graves problemas en su aplicación.

287. Artículo 160

«Artículo 160.- El proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Como ya se ha comentado a propósito del 80, la norma que permite que el Fiscal de la Nación sustente su presupuesto ante el Ejecutivo y también ante el Congreso, le da una posibilidad de autonomía mayor que en el caso en que sólo fuera el Poder Ejecutivo el que sustenta este presupuesto ante el Congreso. De la manera como está reglado, el Fiscal de la Nación podrá expresar las necesidades del Ministerio Público de manera directa y obtener la mejor asignación de recursos posibles.

TITULO IV

CAPITULO XI

DEFENSORIA DEL PUEBLO

288. TITULO IV, CAPITULO XI: DEFENSORIA DEL PUEBLO

Madrazo cuenta, con detalles, la evolución de la institución del Defensor del Pueblo, desde sus orígenes suecos a principios del siglo XIX, hasta su implantación en América Latina a través de Guatemala:

La casi bicentenaria institución sueca del Ombudsman presenta un doble plano de análisis respecto a lo que ha sido su desarrollo histórico-jurídico.

El primer plano tiene que ver con el ámbito de su competencia. Se pueden distinguir claramente dos grandes momentos: uno que se corresponde con el surgimiento de la figura, en el que ésta tiene asignadas tareas de enmienda y sugerencias administrativas por actos o conductas de servidores públicos que encajan en la denominada mala administración, por la negligencia, desatención, lentitud, arbitrariedad, abuso o ineptitud con que se llevan a cabo y la afectación que generan a los particulares.

El segundo momento se corresponde con los años posteriores a la segunda conflagración mundial del presente siglo, en que el crecimiento de las facultades de los Estados hace que se ensanchen las áreas de eventual conflicto y afectación a los derechos de los particulares por parte de las autoridades. Esa situación produce que se asignen al Ombudsman tareas adicionales a las que tradicionalmente tenía y se vea inmerso en la protección y defensa de los De-

rechos Humanos. Tal dualidad competencial podría plantearse por algunos como una regresión jurídica ya que se distorsionaría la naturaleza original de la institución o se consideraría que los instrumentos tradicionales de protección de los Derechos Humanos han resultado ineficaces y requieren del auxilio de otra institución protectora. Creo que ni lo uno ni lo otro, más bien la instauración de la figura allende la frontera nórdica ha tenido que ajustarse a las condiciones particulares de cada país o región en el mundo.

Así, mientras en la mayoría de los países europeos la actividad de la institución aún se identifica con la labor de mejora y resarcimiento de las malas actuaciones administrativas de los servidores públicos y se busca avanzar en materia de protección de derechos sociales y colectivos, en Latinoamérica el Ombudsman llegó con una naturaleza criolla, pues aparte de luchar contra la deficiente administración pública, se ocupa de tareas de protección y defensa de los Derechos Humanos, es decir, lo reconocen como un mecanismo que de manera eficaz tutela los derechos fundamentales y sociales de los particulares. En el caso latinoamericano no sólo se trata de atender e investigar las quejas individuales, sino que a través de labores de promoción, difusión y capacitación entre todos los sectores de una sociedad se pretende acreditar la asignatura pendiente de que la sociedad alcance una adecuada cultura en materia de Derechos Humanos.

Fue así como en 1985 el Ombudsman llegó a tierras americanas. Ese año Guatemala puso el ejemplo al resto de los países latinos al incorporar en su ordenamiento jurídico la figura del Procurador de los Derechos Humanos. Desde ese primer momento se conformó la investidura criolla de la institución (84).

El Ombudsman, antecedente de la Defensoría del Pueblo que incorpora nuestra Constitución, fue establecido por primera vez en Suecia, el año 1809 y estaba orientado a recibir quejas de los ciudadanos sobre los

(84) MADRAZO, Jorge. *Protección de la vida, libertad e integridad*. VARIOS AUTORES. *Foro internacional Defensoría del Pueblo-Lima, 1 y 2 de Julio de 1996*. Lima, Comisión Andina de Juristas, agosto 1996, pp. 69-71.

actos de la administración que vulneraban sus derechos. Su finalidad era buscar el arreglo de las situaciones irregulares y, si no lo lograba, investigarlas e informar de ellas al Órgano Legislativo, del que era, según frase acuñada ya como una tradición: *comisionado parlamentario*.

La institución es incorporada por la Constitución española de 1978 y de allí migra a nuestros países latinoamericanos. Como dice Madrazo, el primero en recogerla de este lado del Atlántico es Guatemala en 1985. Pero en Latinoamérica, el órgano se adapta a las necesidades de los pueblos: aquí se trata de proteger integralmente los derechos humanos. Así, el Defensor del Pueblo toma la función de revisar las irregularidades administrativas contra los derechos ciudadanos pero va más allá y asume competencia en toda vulneración de derechos humanos que se produzca en la sociedad.

La Defensoría del pueblo es definida de la siguiente manera por García Laguardia:

La International Association Ombudsman definió la institución del Defensor del Pueblo como una institución incluida en la Constitución, creada a través de un acto de la legislatura o del Parlamento y encabezada por un alto funcionario público, independiente y responsable ante el Parlamento que recibe quejas de ciudadanos agredidos por la administración pública, sus funcionarios y empleados actúan de acuerdo a su propia decisión y tiene el poder de investigar, recomendar acciones correctivas y emitir informes.

En resumen podemos decir que el Defensor del Pueblo con el nombre con el que se llame, es un funcionario establecido en la Constitución, designado por el Legislativo por una mayoría calificada sin vinculación con los partidos políticos, que tiene una autonomía completa en su gestión y con la función de fiscalización de la administración (85).

(85) GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. *Protección de la vida, libertad e integridad*. VARIOS AUTORES. *Foro internacional Defensoría del Pueblo - Lima, 1 y 2 de Julio de 1996*. Lima, Comisión Andina de Juristas, agosto 1996, pp. 36-37.

Fix-Zamudio añade a la definición, la importancia de la labor de composición de posiciones que puede hacer el Defensor del Pueblo para solucionar los problemas:

En primer término, dicho organismo debe intentar un acuerdo entre las partes, y de no lograrlo, realiza una investigación para proponer, si procede, recomendaciones que sin carácter obligatorio contengan las soluciones que considere más adecuadas para evitar o para subsanar las citadas violaciones. Esta labor se comunica periódicamente a los más altos órganos del gobierno y del parlamento (pero también pueden hacerse públicas de manera inmediata las recomendaciones de particular importancia), con una atribución adicional para proponer las medidas legales y reglamentarias que se consideren necesarias para perfeccionar la protección de los citados derechos e intereses. Por tal motivo también se le ha calificado como «magistratura de influencia, opinión o de persuasión (86).

La Comisión Andina de Juristas muestra una definida predilección por la intermediación de posiciones entre los intereses en conflicto que puede realizar la Defensoría:

Una atribución que contribuye a facilitar la solución de las quejas que llegan a conocimiento del Defensor es la de actuar como mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado. Estas funciones pueden llegar a ser más eficaces que la posibilidad de ejercer algún tipo de presión o censura.

En efecto, a través de la conciliación se formulan recomendaciones para solucionar el conflicto que cuentan con un gran peso moral pero que carecen de fuerza vinculante; en la mediación, en cambio, la Defensoría controla el proceso sin ejercer influencia alguna en el contenido y sin imponer una decisión. Ambas funciones son recomendadas por el Centro de Derechos Humanos de Nacio-

(86) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina*. VARIOS AUTORES. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 91.

nes Unidas para ser acogidas por las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Se trata con ello que el Defensor y los profesionales de la Defensoría puedan actuar como amigables componedores, reuniendo a las partes en controversia a fin de que las mismas, logren allanar sus diferencias y llegar a una solución amistosa, a una solución adoptada de común acuerdo, garantizándose que ésta sea adecuada para la víctima o peticionario. Por cierto, consideramos que no podría hacerse uso de la amigable composición en los casos de violaciones del derecho a la vida, integridad personal, libertad individual y aquéllas consideradas de lesa humanidad (87).

La Comisión Andina de Juristas también pone énfasis en la cercanía del Defensor al ciudadano común, normalmente débil y desprotegido frente al poder del aparato del Estado:

«[...] la Defensoría se convierte en una institución cercana al ciudadano, frecuentemente al más débil y desprotegido, que trata de contrarrestar el enorme poder con que cuenta el aparato estatal, en la mira de contribuir a la realización efectiva de los derechos de las personas. Por ello es que puede afirmarse que la introducción de la Defensoría del Pueblo puede contribuir al proceso de democratización en los países de América Latina» (88).

Podemos decir que los rasgos típicos de la Defensoría del Pueblo tal como existe entre nosotros son, entonces, los siguientes:

- Tiene rango constitucional, es decir, es una magistratura que existe en el máximo nivel del Estado. Sus competencias, cuando menos en sus grandes rasgos, son también de naturaleza constitucional y pueden ser amparadas por todo el instrumental de protección con que ella cuenta: supremacía de rango, carácter político y no mera-

(87) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 50.

(88) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 20.

mente administrativo, y discernimiento mediante demanda ante el Tribunal Constitucional según la atribución que le ha dado el inciso 3 del artículo 202.

- El Defensor es designado por el Congreso con mayoría calificada. Se produce así una vinculación estrecha entre Defensor y Congreso mediante la cual puede dirigirse a él cuando lo estime necesario (y mandatoriamente una vez al año) para informarlo de la situación de los derechos de las personas y para proponerle todo tipo de medidas que tiendan a mejorar la situación de tales derechos en la sociedad. El Defensor se apoya en el Congreso, pero es también un acicate, una especie de conciencia moral, para que el Legislativo actúe en este terreno con mayor dedicación y eficacia.
- El Defensor del Pueblo no es un político en el sentido partidario de la palabra, pero la magistratura tiene la alta importancia de colaborar a que las personas gocen en la sociedad de los derechos que se les deben. En ese sentido, su función es organizativa de los aspectos esenciales de la vida social y, por tanto, es también política. La vida social será más ordenada, pacífica y orientada al progreso si la Defensoría del Pueblo tiene éxito en su labor. Habrá más conflictos sociales y violencia si no es fructífera.
- Su función consiste en recibir quejas de los ciudadanos y en base a ellas investigar y hacer recomendaciones. El Defensor del Pueblo no tiene *imperium*, es decir, mando: no puede ordenarle nada a nadie. No puede tomar decisiones que solucionen ningún problema. Se le ha llamado *el poder de la persuasión*. Nosotros no estamos completamente de acuerdo con que la Defensoría no tenga *imperium*. En la parte propositiva de este trabajo presentamos alternativas para el sistema constitucional al respecto. Lo que sí es evidente, es que la Defensoría no es una forma más de defensa legal de los derechos de las personas, ni sustituye a los defensores de parte. Su misión es lograr que los derechos humanos existan en la sociedad y se apliquen con creciente puntualidad. En ese sentido, puede buscar la resolución de ciertos casos individuales, pero mirando la totalidad, no el caso concreto.
- Puede hacer de amigable componedor de las partes en conflicto.

Esta es una labor importante porque le permitirá, en algunos casos, solucionar conflictos que, de no haber búsqueda de entendimiento, tenderán a agravarse, a convertirse en conflictos de poder, y a durar largamente hasta que se busque una resolución legislativa o jurisdiccional. La efectividad de la negociación de los conflictos está reconocida en el mundo actual y debe ser promovida.

- Puede emitir informes. Esta es una labor para la que sí tiene autoridad aunque no coacción. Si los informes no le son entregados, podrá recurrir a la máxima autoridad estatal de la rama correspondiente y si ésta no actúa, incurrirá en responsabilidad administrativa o política que podrá ser denunciada por el Defensor ante el Congreso para que ejerza las medidas correspondientes.
- La Defensoría es una institución cercana a los más débiles de la sociedad. Este es un elemento muy importante porque, en efecto, existen muchas personas que no tienen a quien recurrir en caso de necesidad de protección de los derechos. La Defensoría es la ventana ideal para que quienes no pueden proteger sus derechos, reclamen y obtengan apoyo. Esta es una responsabilidad social y política muy importante no sólo para la actuación de la Defensoría, sino también para el Estado como conjunto.
- En América Latina tiene la función principal de defender los derechos humanos y en eso es distinta a la institución europea que protege básicamente de la administración. A cada realidad le corresponde velar por sus mayores necesidades. En América Latina todavía se necesita una extensa labor de protección de los derechos humanos y, como hemos visto antes, la Defensoría se ocupa de todos ellos.

En el Perú, la Constitución de 1979 dio la función de defensor del Pueblo al Ministerio Público (Constitución de 1979, artículo 250, inciso 4). A raíz del cambio constitucional en 1993, hay voces que han dicho que la labor de defensoría debiera haberse mantenido en el Ministerio Público. La Comisión Andina de Juristas se refiere a este tema:

«En algunos países existen ciertas críticas respecto a la introducción de esta institución, pues se considera que el Ministerio Público pue-

de desarrollar la función de Defensoría del Pueblo. Ello no es exacto. Entre las principales razones que justifican esta situación podemos señalar la incoherencia de entregar al Ministerio Público esta función en vez de reconocerle autonomía institucional, unificando en un mismo órgano la función acusatoria y de defensa de los derechos humanos y generando así un conflicto de funciones; así como el distinto perfil y formación de los fiscales en relación con el personal de la Defensoría. Por ello, resulta razonable configurar a la Defensoría del Pueblo como un órgano autónomo, cuyo titular sea designado por el Congreso, eliminando dicha función de las atribuciones concedidas al Ministerio Público» (89).

Compartimos plenamente la opinión de la Comisión Andina: las funciones de investigar y acusar y la de protección de los derechos humanos no deben residir en la misma persona ni en los mismos funcionarios porque, particularmente en el caso de los acusados, ambas funciones devienen en francamente incompatibles, si no en la teoría, sí en los hechos.

289. Artículo 161

«Artículo 161.- La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere.

Su estructura en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica.

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas.

Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.

(39) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 39.

El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La defensoría del Pueblo es el órgano encargado de defender los derechos fundamentales y el debido servicio a la persona, tanto por la administración pública como por los servicios públicos.

Es un organismo autónomo el sentido que ningún otro órgano del Estado puede establecer parámetros a la forma como desarrolle sus actividades y cómo cumpla el objetivo final de su cometido, brevemente reseñado en el párrafo anterior.

Por la misión que tiene, puede ocurrir que encuentre resistencia entre los órganos del Estado para cumplir adecuadamente sus funciones y, sobre todo, para investigar las vulneraciones de derechos o la impropiedad del servicio público. Por ello, el primer párrafo del artículo bajo comentario obliga a los órganos públicos a colaborar con la Defensoría. Hay que notar que la Constitución no hace distinciones y, por consiguiente, todos los órganos, incluidos los tres poderes tradicionales, deben prestar esta colaboración.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, aprobada por Ley 26520, promulgada el 04 de Agosto de 1995, dice respecto de estas obligaciones del aparato estatal:

“Ley 26520, artículo 16.- Las autoridades, funcionarios y servidores de los organismos públicos proporcionarán las informaciones solicitadas por el Defensor del Pueblo, así como facilitarán las inspecciones que éste disponga a los servicios públicos, establecimientos de la Policía Nacional y penitenciarios y entidades estatales sometidas a su control. Para tal objeto podrá apersonarse, incluso sin previo aviso, para obtener los

datos o informaciones necesarias, realizar entrevistas personales, o proceder al estudio de expedientes, informes, documentación, antecedentes y todo otro elemento que, a su juicio, sea útil”.

“Ley 26520, artículo 17.- Lo dispuesto en el artículo anterior se cumplirá sin perjuicio de las restricciones legales, en materia de secreto judicial y de la invocación del interés superior del Estado, en casos debidamente justificados como tales por los órganos competentes, únicamente en cuestiones relativas a seguridad, a la defensa nacional o a relaciones internacionales.

La decisión de no remitir o exhibir documentos por razones aludidas en el párrafo anterior deberá ser acordada por el Jefe del Sector respectivo en concordancia con los Ministros de Defensa, del Interior, o de Relaciones Exteriores según el caso de lo cual se extenderá certificación que será remitida al Defensor del Pueblo.

Cuando un mismo hecho violatorio de derechos humanos está siendo investigado por otra autoridad, funcionario o institución del Estado, el Defensor del Pueblo podrá tener acceso a las informaciones pertinentes. Asimismo, podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación”.

La regla general, como puede verse, es que el Defensor del Pueblo tiene acceso a toda la información necesaria para cumplir con sus funciones. Esto significa que las excepciones deberán ser las siguientes:

- Estar establecidas en la ley de manera expresa como prohibiciones absolutas de brindar información.
- En el caso de la Administración Pública, deberán estar establecidos, cuando menos, los criterios generales. En todo caso, sólo los jefes de sector con acuerdo del Ministro respectivo, pueden negar información al Defensor del Pueblo. Esto se hace con la finalidad de que exista responsabilidad política para el caso de arbitrariedad en la denegación. Hay que notar que las excepciones a la información que se debe al Defensor del Pueblo sólo pueden provenir de problemas de seguridad, de defensa nacional o de relaciones internacionales. Los órganos que no están vinculados a estos problemas no pueden negarle información.

“Ley 26520, artículo 18.- El Defensor del Pueblo podrá solicitar a la autoridad jerárquicamente competente que disponga la presencia de funcionarios o servidores de organismos de la administración estatal a fin de que le presten la debida cooperación”.

Dice la Comisión Andina de Juristas, sobre la posible resistencia a los pedidos de colaboración de la Defensoría por los organismos del Estado, en una opinión que compartimos:

[...] resultaría conveniente que se disponga que el incumplimiento injustificado del deber de cooperación por parte de los funcionarios o servidores de la administración estatal, evidenciada por la negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicite o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación, constituye delito de desobediencia o resistencia a la autoridad. Ello sin perjuicio de que el Defensor del Pueblo pueda solicitar la apertura del procedimiento disciplinario que corresponda, así como la inclusión en un registro de funcionarios renuentes. Así lo dispone el art. 24.2 de la ley española, el art. 26 de la Ley de Costa Rica, y lo señalaba el art. 19 del Proyecto de Ley de la Defensoría del Pueblo del Perú, propuesta que no prosperó.

Incluso, ante la inobservancia del deber de cooperación resulta sugerente la propuesta que plantea una estrecha relación con las Comisiones del Congreso, con la finalidad de «exigir la comparecencia de las autoridades y funcionarios que persisten en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo cuando esta actitud haya sido puesta en conocimiento de la Comisión por el Defensor (90).

Retomando el comentario del artículo 161, se puede constatar que la Constitución no da la estructura orgánica de la Defensoría del Pueblo: es dejada a la ley. Sin embargo, sí manda que se organice en todo el ámbito nacional y no sólo en una ciudad sede (normalmente la capital). En

(90) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 74.

un órgano que tiene las atribuciones que se le ha dado, es muy importante que el pueblo pueda hacer denuncias en varios lugares para que sean analizadas y, dado el caso, tomadas en defensa. Probablemente la Defensoría del Pueblo tenga que establecer relación con otros órganos del Estado y con instituciones privadas para que la inmensa mayoría de peruanos tenga acceso a él. Los municipios serán sin duda, por su cantidad y ubicación estratégica en todo el territorio, un ámbito privilegiado para la actuación de la Defensoría y, sobre todo, para captar información. Por lo demás, la Constitución es tan amplia en la manera como trata a este órgano, que todas las relaciones sugeridas aquí, y seguramente muchas otras que serán presentadas por terceros, caben perfectamente dentro de lo que la ley puede regular.

A la cabeza de la Defensoría del Pueblo está el Defensor del Pueblo. Es un magistrado elegido por dos tercios del número legal de miembros del Congreso, mayoría exigente que requerirá un excelente candidato para lograr tal grado de concertación. El alto quórum de votación puede ser un obstáculo para la nominación pero, también, es garantía de que no se elegirá a una persona improvisada o sin legitimidad.

Sobre la elección del Defensor por el Congreso dice la Comisión Andina de Juristas:

La mayoría de legislaciones que introducen a la Defensoría del Pueblo otorgan al Poder Legislativo la atribución de designar a su titular. Ello responde al modelo clásico de esta institución y le brinda legitimidad democrática, pues la designación recae en un poder elegido por el voto popular. En este sentido, resulta conveniente que su nombramiento sea adoptado por dos tercios del número legal de miembros del Congreso -tal como lo establecen la legislación guatemalteca, la Constitución ecuatoriana y peruana-, lo que contribuiría a la búsqueda del consenso necesario para su designación (91).

(90) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 42.

La Constitución da al Defensor del Pueblo la misma inmunidad y las mismas prerrogativas de los congresistas.

La inmunidad es el privilegio consagrado en el artículo 93 segundo párrafo, que establece: «*No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones*». Consideramos que esto debe interpretarse en el sentido de que la inmunidad alcanza todas las actividades que realice en tanto Defensor del Pueblo. No las que cumpla con otras calidades, o como persona privada.

La otra prerrogativa que tienen los congresistas en la Constitución, y que procedería aplicar al Defensor del Pueblo, es la de no poder ser procesado ni preso sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente desde que es elegido hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual es puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. (Aplicación de la inviolabilidad contenida en el segundo párrafo del artículo 93 de la Constitución).

No creemos que sean aplicables las normas sobre irrenunciabilidad y sobre no revocatoria de la representación, porque estas disposiciones se refieren justamente al carácter representativo del congresista, que no tiene el Defensor del Pueblo por la forma como es elegido.

Sin embargo, adicionalmente a estos aspectos de tratamiento constitucional, hay que recordar que el artículo 39 de la Constitución da a este magistrado el mismo nivel que a los congresistas en el servicio a la Nación.

Los requisitos de edad y de profesión son evidentes por sí mismos y no requieren mayor comentario. Lo mismo sucede con la elección sujeta al plazo de cinco años. Sin embargo, hay que decir que no se prohíbe la reelección y, por tanto, ella es perfectamente posible en los términos de la Constitución.

Dice la Constitución que el Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo. Esta es una norma de intención positiva pero que tiene un serio problema conceptual.

La intención positiva consiste en dar total autonomía al Defensor del Pueblo, en el sentido de que debe obedecer sólo a la Constitución, las demás normas legales aplicables y a su propia conciencia.

La deficiencia técnica consiste en que al reconocer que no hay mandato imperativo, se reconoce carácter de representante (sin mandato imperativo). En el caso de los congresistas el la aplicación de este precepto es correcta porque son representantes de la Nación como dice el principio del artículo 93 de la Constitución.

En cambio, el Defensor del Pueblo no es representante ni tiene mandato. Por el contrario, es un alto magistrado elegido para una función constitucionalmente establecida, de la cual informa al Congreso según el artículo 162, pero eso dista mucho de darle, por ejemplo, el carácter de mandatario o representante del Congreso para la función situación en la que, eso sí, están otros defensores del pueblo en el mundo, como es el caso de España. La Constitución española dice en su artículo 54:

“Constitución Española, artículo 54.- Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

Las incompatibilidades que la Constitución establece en materia judicial no son privativas de los vocales supremos sino que resultan aplicables a todos los jueces y están contenidas en el artículo 146:

«La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.

Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley (...)».

Aunque no es estrictamente incompatibilidad sino prohibición, también se aplicará al Defensor del Pueblo el artículo 153 que dice: «Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de

sindicalizarse y de declararse en huelga». Esto último ya le estaría prohibido por el artículo 42 que prohíbe la sindicación y la huelga a los funcionarios del Estado con poder de decisión. El Defensor del Pueblo, desde luego, tiene este tipo de poder dentro del Estado.

En cuanto a su organización interna, en la Ley Orgánica son importantes los artículos 7 y 8:

“Ley 26520, artículo 7.- El Defensor del Pueblo estará auxiliado por Adjuntos que lo representarán en el ejercicio de las funciones y atribuciones previstas en esta ley.

Los Adjuntos serán seleccionados mediante concurso público según las disposiciones que señale el reglamento aprobado por el Defensor del Pueblo.

Para ser Adjunto se requiere haber cumplido treinta y cinco años.

Los Adjuntos son designados por un período de tres años, a cuyo término podrán concursar nuevamente.

Pueden ser cesados por el Defensor del Pueblo por las causales establecidas en el Artículo 4 en lo que fuera aplicable”.

“Ley 26520, artículo 8.- El Defensor del Pueblo designará, entre los Adjuntos, al que lo representará en aspectos administrativos, en los casos de impedimento temporal o cese cuando sea imposible que continúe en el cargo hasta que lo asuma el sucesor”.

Como resulta obvio, estos adjuntos llevarán la representación del Defensor a todo el país y en diversos campos funcionales en los que la actividad de la Defensoría deba especializarse. De esta manera, podrá cumplir mejor su labor tanto por especialidades como en la extensión del territorio.

Todas estas normas están complementadas y desarrolladas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo, aprobado por Resolución Defensorial 041-97-DP del 28 de Agosto de 1997.

290. Artículo 162

«Artículo 162.- Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo describe en términos generales las atribuciones de la Defensoría del Pueblo y las distribuye en tres categorías:

- La primera es defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Los derechos constitucionales son todos aquellos susceptibles de ser defendidos en los términos de la Constitución y, desde luego, están incluidos aquellos a los que se refiere su artículo 3. Al comentario respectivo nos remitimos.

Los derechos fundamentales de la persona son todos aquellos establecidos en el artículo 2 de la Constitución, según hemos visto al

comentar el concepto. De esta manera, la Defensoría del Pueblo tendrá que ver tanto con las condiciones generales en que se desenvuelve el cumplimiento de estos derechos, según las reglas de organización y la realidad del funcionamiento del poder y de la sociedad, como de las circunstancias concretas en las que exista violación de los mismos.

Se refiere esta atribución, también, a los derechos constitucionales de la comunidad. Son los derechos que, cabalmente entendidos, no pueden ser ejercitados sólo individualmente. Muchos los llaman *intereses difusos* porque pertenecen a cada uno sólo en el sentido que pertenecen a todos. Es el caso de la preservación de los recursos naturales o del medio ambiente en un sentido más global; o del derecho a la salud que, modernamente, sólo puede ser verdaderamente cumplido en dimensión de toda la sociedad y no sólo del cuidado individual. Existe un interés creciente por estos derechos llamados de *cuarta generación* (y a veces de *quinta*), que tendrán creciente importancia en el futuro. Por ello es correcto que hayan sido incorporados entre las responsabilidades de defensa del órgano que comentamos.

- La segunda atribución es supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal.

El concepto de administración estatal debe ser entendido como la administración pública en todos sus niveles: Gobierno Central, gobiernos regionales, gobiernos locales, organismos descentralizados, etc. Es decir, como la supervisión de que toda repartición del Estado cumpla debidamente el servicio a la persona, dentro del área de su competencia.

El concepto de *supervisión* deberá ser entendido como el ejercicio de una atribución de control de la eficiencia y calidad del servicio público, pero no como parte del aparato del Estado, sino desde el punto de vista del interés de la persona que requiere dicho servicio. No es un ente administrativo sino político en el sentido de ejercitar una atribución en interés directo del pueblo (aunque sin tener su representación). Su óptica debe ser social y política, no administrativa.

En esto, la Defensoría es una institución que cumple funciones de *Ombudsman*, órgano de raigambre europea y que tiene, entre otras funciones, precisamente la que venimos comentando.

- La tercera atribución es la de supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Debemos entender por *servicios públicos* todas las prestaciones que el poder del Estado debe asegurar a las personas y grupos humanos para garantizar una vida ordenada, de paz y progreso.

Existen muchas posibles definiciones de servicios públicos a ser aplicadas a una institución como la que venimos comentando. Pensamos que, por su carácter de defensoría popular, el concepto debe ser extensivo y no restrictivo. Por ello, entre otros elementos del concepto servicios públicos, consideramos que deben estar los siguientes:

- a. En un sentido son los servicios públicos esenciales como el suministro eléctrico, el agua y el desagüe, las comunicaciones, etc.
- b. La educación es un servicio público del cual el Estado se hace cargo por mandato constitucional. Es un tipo de servicio público que satisface necesidades espirituales y de formación global de la persona y del ciudadano. Existen muchos otros similares.
- c. La seguridad ciudadana entendida como aquella situación en la cual puede desarrollarse libre de presiones externas que limiten sus posibilidades. Incluye la seguridad física que pueda brindarse (función de Policía, asistencia en caso de desastres, etc.), pero también la manera como se protege a la familia y al menor, o a las personas en desamparo. En torno a este tema existen también multitud de ámbitos de servicio público.

Basten estos ejemplos para darse cuenta de la extensión de la responsabilidad que cabe a la Defensoría del Pueblo en pro de las personas que componen el grupo social.

En todo esto es importante señalar que la Defensoría del Pueblo no está dotada ella misma de atribuciones coactivas o ejecutivas. Por lo tanto, no puede corregir ningún problema, ni aplicar ninguna sanción, ni seguir ante sí ningún proceso de resolución de conflictos. El artículo 9. de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo dice sobre las atribuciones del Defensor:

«Ley 26520, artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

1. Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo arbitrario o negligente, de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a todo el ámbito de la Administración Pública.

Cuando las actuaciones del Defensor del Pueblo se realicen con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de un acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá además instar a las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción.

Dice Francisco Eguiguren, en una opinión que compartimos, respecto de la atribución del Defensor de recibir quejas e investigarlas:

Un aspecto significativo del trabajo de la Defensoría del Pueblo, sin duda, estará dedicado a la recepción y tramitación de quejas presentadas por los ciudadanos y organizaciones sociales. Con ello contribuye a la preservación de la paz social y del Estado de Derecho, pues ofrece canales para el procesamiento de demandas y conflictos que -en caso de no ser asimiladas dentro del sistema formal- podrían generar o agravar situaciones de violencia.

A su vez, gracias a su papel de persuasión y mediación, puede contribuir a lograr soluciones más rápidas y consensuales frente

a los problemas, evitando la dilación o el recurso ante el órgano jurisdiccional. Adicionalmente, a través de la atención a iniciativas o denuncias de la población la Defensoría brindará a los ciudadanos mecanismos de fiscalización y control a la labor que desempeñan las agencias estatales, los funcionarios y las entidades que prestan servicios públicos (92).

Además, según el artículo 26 de su ley orgánica, el Defensor puede formular advertencias, recomendaciones y recordatorios, así como sugerencias a la administración:

«Ley 26520, artículo 26.- El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, puede formular a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades, funcionarios y servidores están obligados a responder por escrito en el plazo improrrogable de treinta días. Si como consecuencia de las recomendaciones, no se adoptase una medida adecuada o la entidad administrativa no informase al Defensor del Pueblo sobre las razones para no adoptarla, este último podrá poner los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas en conocimiento del Ministro del Sector o de la máxima autoridad de la respectiva institución y, cuando corresponda, de la Contraloría General de la República».

Sobre todas estas atribuciones del Defensor del Pueblo dice Fix-Zamudio:

Como es bien sabido, las instituciones inspiradas directa o indirectamente en el modelo escandinavo del Ombudsman no realizan funciones jurisdiccionales, en cuanto sus resoluciones carecen de fuerza vinculatoria, es decir, pueden calificarse de simples recomendaciones. Sin embargo, en la actualidad constituyen un medio eficaz de protección jurídica de los derechos fundamentales que no

(92) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La defensoría del Pueblo en el Perú. La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 56.

sustituye a los instrumentos de carácter judicial como los que hemos señalado con anterioridad, sino, por el contrario, los apoyan y complementan al resolver, con celeridad y de manera preventiva, un número importante de afectaciones a los derechos humanos de naturaleza individual y social, por medio de recomendaciones en casos concretos en los que investigan las reclamaciones de los particulares afectados y a través de sus propuestas de reforma a las prácticas, reglamentos y disposiciones legislativas relacionadas con la tutela de los propios derechos (93).

También sobre este tema hay una sugerencia pertinente de la Comisión Andina de Juristas en el sentido de que la Defensoría realice un seguimiento del cumplimiento de sus sugerencias. Es una práctica que colabora a la eficacia de la protección de los derechos. En el segundo párrafo de la cita que sigue, recomienda la posibilidad de establecer la censura pública a los transgresores, lo que en realidad es una propuesta de modificación a la actual ley de la Defensoría:

«La Defensoría del Pueblo debería realizar un seguimiento de las recomendaciones formuladas para verificar su cumplimiento, y llevar un registro de las autoridades estatales y de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos, renuentes a cumplir con las recomendaciones emitidas por el Defensor del Pueblo.

A fin de reforzar el valor y eficacia de las opiniones o recomendaciones del Defensor del Pueblo, sería conveniente consagrar la facultad de emitir censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos humanos o transgresores del correcto funcionamiento de la administración, contra los responsables materiales o intelectuales de dichas violaciones, tal como lo establecen las legislaciones de Guatemala (art. 14, inc. d) y El Salvador (art. 11, inc. 12 y art. 12, inc. 6 y art. 33)» (94).

(93) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina*. VARIOS AUTORES. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 88.

(94) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 52.

Finalmente, la propia Comisión Andina de Juristas recuerda la experiencia salvadoreña y aboga por la observación preventiva de determinadas situaciones en las que se puede vulnerar los derechos de las personas:

Resulta importante rescatar la experiencia de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador que denomina observación preventiva al «monitoreo de situaciones sociales, políticas, económicas o institucionales que pueden provocar violaciones sistemáticas de los derechos humanos de la población de parte de los agentes del Estado».

La observación preventiva puede efectuarse de oficio o a solicitud de parte y comprende el estudio de situaciones que puedan representar violaciones a los derechos humanos de un grupo o una colectividad específica y la supervisión a través de procedimientos técnicos ad-hoc del funcionamiento de instituciones o estructuras estatales que son responsables de la protección de los derechos humanos de la población.

Entre las diversas situaciones de observación preventiva de los derechos humanos podemos distinguir la afectación de los derechos de sectores en situación de vulnerabilidad (mujeres, niños, personas de la tercera edad, indígenas, desplazados internos); la situación de los detenidos en los centros de detención y reclusión; los efectos de la violencia política en el goce de los derechos humanos; la situación de los derechos económicos, sociales y culturales (95).

«Ley 26520, artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

[...]

2. Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso

(95) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, pp. 55-56.

4) del artículo 200 de la Constitución Política, asimismo para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Asimismo, está capacitado o facultado para intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, para coadyuvar a la defensa del perjudicado.

3. Iniciar o participar de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

[...]

Esta es la legitimación procesal que permitirá al Defensor del Pueblo participar y promover procedimientos en defensa de los derechos de las personas. Es trascendental porque él no puede sino hacer recomendaciones y sugerencias. No toma decisiones vinculatorias. Una de las formas de lograr la corrección efectiva de los problemas que está a su disposición, es poder iniciar procesos judiciales que resuelvan las controversias (la otra es referir los problemas al Congreso, como veremos).

No se trata de que el Defensor del Pueblo se convierta en un abogado de casos de derechos humanos porque eso desnaturalizaría completamente su función. Quedará a su discreción cuándo intervenir. Como dice la Comisión Andina de Juristas:

“La interposición de estos procesos constitucionales debe tener como presupuesto indispensable el carácter discrecional y excepcional de la actuación defensorial. La Defensoría deberá priorizar los casos que ameriten su intervención, sobre todo aquéllos en los que el ciudadano se encuentre en situación de desamparo o indefensión. Su función, por cierto, no es la de sustituir asesores particulares ni a los interesados» (96).

(96) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 53.

«Ley 26520, artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

[...]

4.- Ejercer el derecho de iniciativa legislativa conforme al artículo 162 de la Constitución.

[...]”.

La iniciativa legislativa que le ha sido constitucionalmente reconocida, permitirá al Defensor del Pueblo plantear al Congreso las modificaciones de las leyes existentes, o la dación de otras nuevas, que sean necesarias para enmendar problemas o, en general, para promover la vigencia y defensa de los derechos humanos en el país. Consideramos que esta atribución debe ser entendida extensiva y no restrictivamente. Es decir, que mediante ella el Defensor podrá, entre otras, hacer las siguientes propuestas:

- Ratificación de tratados internacionales que el Perú aún no haya perfeccionado (ver el inciso 5 del artículo que comentamos).
- Dación de normas que mejoren el tratamiento de los derechos constitucionales existentes.
- Incorporación de nuevos derechos que sea indispensable establecer en el Perú, en especial aquellos a los que se refiere el artículo 3 de la Constitución.
- Modificar reglas de procedimiento que estorben el adecuado ejercicio de los derechos.
- Modificar disposiciones administrativas que entorpezcan la debida atención a la persona por la administración.

«Ley 26520, artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

[...]

5. promover la firma, ratificación adhesión y efectiva difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

6. Organizar y administrar el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (97).

7. Dictar los reglamentos que requiera para el cumplimiento de las funciones de la Defensoría del pueblo y demás normas complementarias para la tramitación de las quejas que a su juicio requieran de acción inmediata.

8. Ejercer las demás atribuciones y facultades que establece la Constitución y esta ley».

Son éstas disposiciones que dan atribuciones complementarias al Defensor del Pueblo y que se explican por sí mismas. Sobre el inciso 6 antes de la modificación que hemos anotado, la Comisión Andina de Juristas hizo un comentario de alcance general que nos parece totalmente adecuado y que vale la pena reproducir:

Algunos países dotan a la Defensoría del Pueblo de ciertas funciones que no corresponden a una institución de esta naturaleza. Y es que no se trata de entregar al Defensor del Pueblo todo aquello que pueda tener alguna vinculación con los derechos humanos, pues de lo contrario ante un cúmulo de funciones la institución podría colapsar por un excesivo trabajo que bien pueden asumirlo otros organismos.

Esta situación, por ejemplo, se presenta en Colombia cuando se le concede al Defensor el ejercicio de la defensa pública o defensa de las personas de escasos recursos, y en el Perú cuando se encarga al Defensor la dirección y organización del registro de detenidos (Ley 26295 arts. 1 y ss). Tener a su cargo un registro nacional de detenidos y sentenciados a penas privativas de la libertad no constituye una función propia de la Defensoría del Pueblo. En realidad, su actuación debería limitarse a una supervisión sobre la

(97) Según la Ley 26900 del 15 de Diciembre de 1997, el Registro Nacional de Detenidos y sentenciados a pena privativa de Libertad Efectiva, pasa de la Defensoría del Pueblo al Ministerio Público.

correcta actuación de la institución pública que tenga bajo su cargo dicho Registro (98).

La Defensoría del Pueblo no es un órgano que pueda funcionar simplemente en la capital de la República o en la ciudad en que tenga sede. Debe tener una capilaridad extendida a todo el territorio nacional, de manera que esté en capacidad de detectar los problemas en los que le compete intervenir y, también, para que pueda actuar en todos los lugares en que su presencia sea necesaria para el pueblo.

Obviamente, el crecimiento burocrático será un grave obstáculo a su eficiencia. Tal vez deberá combinar una organización interna pequeña y eficiente con vinculación a diversos organismos públicos y privados esparcidos por todo el país, que puedan servir como instrumentos de comunicación con quienes tienen problemas que le compete ver. No encontramos inconveniente en que haga convenios con gobiernos municipales o con instituciones privadas que le suministren información y faciliten su trabajo. Sería una manera de ampliar su radio de acción sin crecer burocráticamente. Es un método que suelen utilizar otras instituciones del Estado que tienen atribuciones similares y muchas veces tiene éxito.

El segundo párrafo se inicia señalando que el Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. La naturaleza de este informe es doble:

- Por un lado, un reporte de trabajo, que deberá ser estudiado internamente en el Congreso. Este aspecto mira a analizar la calidad del trabajo de la Defensoría.
- Por otro lado, permitirá que el Congreso actúe corrigiendo problemas en las áreas que sean de su competencia. Este aspecto corresponde a los problemas de política del Estado frente a los derechos fundamentales y a los servicios administrativos y públicos.

(98) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 59.

El informe anual del Defensor del Pueblo es un requisito mínimo y automático. Sin embargo, el Congreso puede pedir los demás que estime pertinentes. Reportarse directamente al Congreso, por función, es un privilegio que comparte en la Constitución sólo con el Presidente de la República (artículo 118 inciso 7) y da indicación de la importancia constitucional de esta magistratura.

Complementariamente se le da una amplia iniciativa en la formación de leyes. Podrá proponer todas aquellas que estime necesarias dentro de su campo de acción, tal como está previsto en el segundo párrafo del artículo 107 con el cual debemos concordar a éste que comentamos.

La parte final del segundo párrafo de este artículo se pone en la situación en que, si otros órganos del Estado dictaran determinadas disposiciones, su trabajo se facilitaría. Entonces, se le da la atribución de proponer a dichos órganos, sean los que fueren, la necesidad de dichas normas e, inclusive, proyectos de ellas, de manera que su trabajo efectivamente pueda ser llevado a cabo de mejor manera.

Es fácil ver que la Defensoría del Pueblo cumplirá un rol importante en la protección de estos aspectos de la vida social que le son dados en atribución, no tanto por lo que pueda corregir por sí misma, sino por tres aspectos:

- Ser una institución especializada en ellos, con la finalidad de mejorar su aplicación cotidiana.
- Poder hacer las propuestas de solución que la Constitución prevé en términos sumamente amplios.
- Poder generar conciencia en el pueblo y en los órganos del Estado, particularmente en el Congreso, de la situación de los derechos y servicios fundamentales sobre los cuales trabaja.

El párrafo final establece que su presupuesto es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por el Defensor del Pueblo ante dicha instancia y en el Congreso. Comparte así el privilegio de expresar directamente a los congresistas sus necesidades para, de esta manera, obtener sin intermediación del Ejecutivo, la mejor asignación de recursos

presupuestales posible. Como hemos visto ya al analizar las normas presupuestales, esta disposición fortalece la autonomía del Organismo frente al Poder Ejecutivo y eso es muy importante para la tarea que le cabe cumplir. Es un defecto técnico que no se haya incluido al Defensor del Pueblo en el primer párrafo del artículo 80, aunque no hace falta que figure allí para que pueda ejercitar esta atribución.

Sobre el tema presupuestario, la Comisión Andina de Juristas sostiene:

«La forma de aprobación del presupuesto de la Defensoría del Pueblo es un tema muy delicado, pues gran parte de la eficacia de esta institución depende de los recursos que se le asignen para el cumplimiento de su misión constitucional.

En este sentido, sería deseable evitar que el texto normativo obligue al Defensor del Pueblo a presentar su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, ya que esto puede derivar en un posible recorte del mismo, que podría llegar a restringir el libre ejercicio de sus funciones.

El Parlamento es el órgano que ante la propuesta directamente formulada por el Defensor debería asignarle el presupuesto que corresponda. Recuérdense al respecto que la vinculación de la Defensoría es con el Parlamento, que incluso designa a su titular, y no con el Ejecutivo. Un ejemplo de ello es el caso de Guatemala, donde el Procurador de los Derechos Humanos presenta su proyecto de presupuesto al Congreso y éste lo incluye directamente como parte del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado (Ley art. 14, inc. 1). Por lo demás, en España el presupuesto de la Defensoría del Pueblo constituye una partida dentro de los presupuestos de las Cortes Generales (Ley art. 37)» (99).

(99) COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Defensoría del Pueblo. Análisis comparado*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, pp. 76-77.

TITULO IV

CAPITULO XII

SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL

91. TITULO IV, CAPITULO XII: SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL

Equivocadamente a nuestro juicio, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 entremezclan en este capítulo las normas sobre seguridad integral y defensa nacional, con las reglas sobre la institucionalidad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

La seguridad integral y la defensa nacional son, respectivamente, un concepto y la política que lo sirve. En relación a ellos se movilizan el poder, la fuerza pública (entendemos por ellas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional aunque el concepto no es utilizado textualmente en nuestra Constitución) y las personas en general. Así, seguridad integral y defensa nacional involucran a personas, instituciones, normas y acciones.

La fuerza pública, por el contrario, está conformada por instituciones que tienen una determinada organicidad, entendiéndola por ella una finalidad, una estructura funcional y unas reglas de conducta que las identifican.

No es bueno mezclar políticas con instituciones a la manera como se hace en esta parte de nuestra Carta.

Si tratamos de esclarecer los conceptos de defensa y seguridad, a partir de la elaboración conceptual hecha por el Centro de Altos Estudios Militares del Perú, encontraremos que la *Defensa Nacional* es la política

que garantiza la seguridad integral y ésta es definida por la doctrina militar peruana como "(...) una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida ésta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo" (100).

A partir de lo dicho, podemos ver que la norma del primer párrafo del artículo 163 de la Constitución de 1993 no dice nada coherente. Si la seguridad integral constituye todo lo dicho en el párrafo anterior (y estimamos que es una definición razonable), entonces no se puede decir que el *Sistema de Defensa Nacional*, que es un conjunto de normas, procesos y personas, podrá brindarla. Más bien, es un despropósito pensar que un aparato administrativo sea capaz de ocuparse de este tipo de problemas.

La segunda parte del artículo 163 sí desarrolla el concepto en su verdadera significación al señalar que es integral y permanente con participación de toda persona natural o jurídica, pero esto no es sino una corrección del error cometido en la primera parte.

En lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, las normas principales que aparecen en este capítulo son las siguientes:

- Son instituciones sometidas al poder constitucional, que tienen al Presidente de la República como Jefe Supremo. No son deliberantes.
- Están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea.
- Su finalidad primordial es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

La Policía Nacional, por su parte, tiene las siguientes normas relevantes:

(100) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional*. Lima, Centro de Altos Estudios Militares-CAEM, ¿1990? Tomo I, p. 23.

- Está sometida al poder constitucional y tiene al Presidente de la República como Jefe Supremo. No es deliberante.
- Su finalidad fundamental es garantizar, mantener y restablecer el orden interno, salvo cuando se establece el régimen de excepción, caso en el cual el control del orden interno es asumido por las Fuerzas Armadas.

Norma importante sobre estas instituciones es el mantenimiento de los Tribunales Militares que juzgan los delitos de función pero, además, se ocupan de juzgar a civiles en delitos de traición a la patria y de terrorismo. Con ello, han dejado de ser tribunales estrictamente militares, para pasar a resolver sobre población civil. Esta circunstancia hace ver, con mayor razón, aún, que es correcta nuestra afirmación anterior (en la parte referente al Poder Judicial), en el sentido que los tribunales militares también ejercen función jurisdiccional.

Una última anotación tiene que ver con la modificación hecha por la Constitución de 1993 al régimen de ascensos a oficiales generales: ahora estos ascensos los confiere el Presidente de la República a propuesta de la respectiva institución. En la Constitución anterior los ratificaba el Senado.

292. Artículo 163

«Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 tiene el antecedente mejor planteado sobre este artículo:

«Constitución de 1823, artículo 164.- La defensa y seguridad de la República demanda una fuerza armada permanente».

Menos directos son los casos de los artículos 166 de la Constitución de 1834; 179 de la Constitución de 1839 y 31 de la Constitución de 1867, que prohíben el reclutamiento salvo a través de las autoridades civiles.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos que en la Constitución de 1979 anteceden a éste que comentamos son los siguientes:

“Artículo 269.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante la Defensa Nacional”.

“Artículo 270.- La Defensa nacional es permanente e integral. Toda persona natural o jurídica está obligada a participar en ella, de conformidad con la ley”.

La Constitución de 1979 en su artículo 269 decía que el Estado garantizaba la seguridad de la Nación mediante la defensa nacional que, en dicha concepción, es toda una política. En cambio, la Constitución de 1993 la asegura *mediante el sistema de Defensa Nacional* que es un conjunto de órganos y procedimientos. Es bastante obvio que el Sistema de Defensa Nacional es una estructura (a veces, inclusive, es sólo un conjunto de funciones) por lo que es imposible que la seguridad del Perú se funde en él.

El segundo párrafo especifica que la defensa nacional se desarrolla en los ámbitos interno y externo, (cosa que no contradice la teoría al respecto); aquí ya estamos con la misma normatividad contenida en la Constitución de 1993.

Análisis exegético

La Segunda Guerra Mundial mostró a la humanidad que las guerras ya no eran una sucesión de batallas entre ejércitos de manera que, vencido uno, el otro quedaba con el paso libre y victorioso rumbo a la con-

quista de nuevos territorios. Por el contrario, la guerra se volvió una *guerra total* en la cual eran necesarios todos los recursos de un país: sus fuerzas armadas, su armamento, pero también su economía, el trabajo y la organización de su pueblo, su grado de educación, su desarrollo tecnológico y científico y, en fin, su alta identificación y moral colectiva de lucha y de triunfo.

Los países se dieron cuenta que sólo desarrollando una política integral de seguridad podrían tener éxito en la guerra. De otro lado, el alto costo de las armas y su poder destructivo llegaron a tal grado, que se llegó a la conclusión que antes que pretender ganar una guerra, era necesario diseñar una estrategia global de seguridad que fortificara internamente al país, al tiempo que disuadía al posible enemigo de emprender una acción armada en contra.

Apareció así la Doctrina de Defensa Nacional, que en el Perú ha sido desarrollada principalmente por las Fuerzas Armadas y, en concreto, dentro del Centro de Altos Estudios Militares del Perú.

Correspondiendo con el concepto de *guerra total*, la defensa nacional se plantea en el contexto general de la organización y del proyecto de país. La Defensa Nacional es un proceso se dice, que abarca a todos los ámbitos y todos los sectores del quehacer nacional y, en ella, las Fuerzas Armadas no son sino una parte, sumamente importante eso sí, pero parte al fin y al cabo.

El desarrollo de esta teoría ha sido hecho en un documento extenso, que consta de dos volúmenes y que lleva el título de Planteamientos Doctrinarios y Metodológicos de la Defensa Nacional, elaborado como texto por el Centro de Altos Estudios Militares. De él provienen los conceptos con los que a continuación desarrollamos esta parte.

El CAEM define que el fin supremo del Estado es el Bien Común pero, como es un concepto demasiado genérico, lo desagrega en dos finalidades que operan como sus especies y que, interconectadas entre sí, lo realizan de la mejor manera. Ellas son la seguridad integral y el bienestar.

El bienestar general es caracterizado de la siguiente manera:

El Bienestar General es una situación en la cual las necesidades espirituales y materias de la persona humana se satisfacen en forma adecuada y oportuna (101).

El bienestar general es un concepto socioeconómico, de satisfacción de necesidades de la persona, y consiste en una *situación*, es decir, en una realidad mudable que en un momento determinado puede ser adecuada y en otro inadecuada, tanto en calidad como en grado. En otras palabras, el bienestar general requiere de una política que se ocupe de ella permanentemente. En el concepto de la doctrina del CAEM, esta política es el *desarrollo*.

Por otro lado, la seguridad es definida de la siguiente manera:

Es una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida ésta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo (102).

En otras palabras, la seguridad es la que permite ejercitar cabalmente la soberanía que es precisamente lo indicado en la parte final de la cita: supremacía en el campo interno e igualdad en el externo. Las precisiones iniciales que realiza la cita se refieren a los matices y detalles que se engloban en el concepto: no se trata de que simplemente las autoridades del Estado puedan ejercitar la soberanía. Ella es posible sólo si la existencia, la integridad del patrimonio y los intereses nacionales están adecuadamente protegidos.

También la seguridad es una *situación*, es decir, mudable y que por tanto requiere una política a su servicio. Esta es la política de defensa nacional. El CAEM la define así:

(101) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional*. Lima, Centro de Altos Estudios Militares-CAEM, ¿1990? Tomo I, p. 22.

(102) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional*. Lima, Centro de Altos Estudios Militares-CAEM, ¿1990? Tomo I, p. 3.

Se puede definir a la Defensa Nacional como el conjunto de previsiones y acciones que adopta el gobierno permanentemente, para permitir la supervivencia y permanencia del Estado incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno y libre de toda subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones; es decir, que permitan al Estado alcanzar y mantener los Objetivos Nacionales, pese a los antagonismos y presiones, tanto en el campo externo como en el interno. Concretamente, la Defensa Nacional se conceptúa como: El conjunto de previsiones y acciones que el gobierno adopte, permanentemente, para lograr la Seguridad Integral del Estado, y poder alcanzar sus objetivos en las mejores condiciones (103).

Lo que era el desarrollo al bienestar, es la defensa nacional a la seguridad. Pero, dentro de la doctrina, estos dos pares de conceptos no van paralelos. Por el contrario, confluyen en la medida en que mayor desarrollo permite mejor seguridad y viceversa:

“La seguridad (en un sentido objetivo) supone la ausencia de amenaza a valores esenciales, al mismo tiempo que (en sentido subjetivo) la ausencia de temor de que tales valores sean atacados.

Si el Bienestar General, como uno de los fines esenciales del Estado exige un ambiente de seguridad y tranquilidad, que posibilite la realización de la persona humana, en base a la oportuna y adecuada satisfacción de sus necesidades, resulta claro que para alcanzar tal fin, el Estado debe eliminar o neutralizar todas las amenazas o presiones que puedan perturbar o interferir el desenvolvimiento de la Política Nacional y de los esfuerzos para lograr crecientes niveles de Bienestar General.

Pues bien, la protección y la garantía para que el Bienestar se haga patente en forma progresiva y para hacer que la acción política del Esta-

(103) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional*. Lima, Centro de Altos Estudios Militares-CAEM, ¿1990?, Tomo I, p. 86.

do se desarrolle bajo condiciones de normalidad y tranquilidad, se engloban bajo el concepto de Seguridad Integral” (104).

Como puede verse, el concepto de defensa nacional no es puramente militar, ni está desarrollado en base a los principios del conflicto armado. Se trata de toda una comprensión compleja de la actual realidad del poder y, por consiguiente, de las necesidades de desarrollarlo integralmente, tanto en sus aspectos socioeconómicos y políticos como militares (105) a fin de lograr el mayor bienestar y la mayor seguridad.

El Decreto Legislativo 743 del 08 de noviembre de 1991 establece lo siguiente sobre el tema de defensa nacional:

“Decreto Legislativo 743, artículo 1.- La Defensa Nacional es la adopción permanente e integral de las previsiones y acciones que garanticen la independencia, la soberanía y la integridad del país. El Estado garantiza la Seguridad de la Nación en sus ámbitos interno y externo a través de la Defensa Nacional”.

“Decreto Legislativo 743, artículo 2.- Es obligación de todos los peruanos participar activamente en la Defensa Nacional y de los extranjeros que se encuentren en el país, cumplir con las disposiciones que de ella deriven”.

“Decreto Legislativo 743, artículo 3.- Quedan sujetas a las disposi-

(104) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional*. Lima, Centro de Altos Estudios Militares-CAEM, ¿1990?, Tomo I, p. 2.

(105) La doctrina habla de cuatro campos que son el económico, político, militar y psicosocial. Nosotros preferimos dar el tono de campo social a este último porque el concepto psicosocial es demasiado instrumental y no llega a explicar problemas profundos de la sociedad que deben ser cambiados para lograr, entre otras cosas, mayor seguridad, pero no sólo en el ámbito del Estado, sino también de las personas. En este campo social estarían, por ejemplo, los problemas del pluralismo cultural, o de la necesidad de superar el racismo y el etnocentrismo, que hemos visto antes y que no son en modo alguno *psicosociales*.

ciones de la presente Ley las personas naturales y jurídicas, sin excepción, que conforman la Nación Peruana”.

Puede ya apreciarse una notable diferencia entre el texto constitucional y el de esta ley: mientras el primero dice que la seguridad se garantiza mediante el Sistema de Defensa Nacional, el Decreto legislativo dice que la defensa nacional es una política permanente que involucra a todos los peruanos y a todas las personas jurídicas existentes en el país. En efecto, es la participación de todos la que constituye la política de defensa que garantiza la seguridad.

Esto no quiere decir que no deba existir un Sistema de Defensa Nacional pero eso es distinto a decir que él garantiza la Defensa. Este Sistema Nacional, como todo sistema, es un conjunto de organismos, funciones y normas que colabora a lograr ciertos objetivos pero no los obtiene él mismo.

Continúa el artículo 163 diciendo que la Defensa Nacional es integral y permanente. Por integral debe entenderse el concepto ya dicho: abarca a todas las personas, instituciones y actividades de la sociedad. Por permanente debe entenderse que siempre se hace defensa nacional porque es la única garantía de seguridad que tiene propiamente eficiencia para los fines que persigue.

La defensa se desarrolla tanto en el ámbito interno como en el externo. El ámbito interno está referida a las amenazas que provienen desde dentro mismo del Estado: en un sentido ámbito interno es el terrorismo que mina la fuerza interna del país; pero también pueden ser las graves distancias sociales que dividan al país y puedan facilitar una agresión interna o externa. También será problema de la defensa nacional en el orden interno, la existencia de grandes discrepancias sobre los grandes objetivos nacionales, que deben ser comunes. Y así sucesivamente.

De todo esto puede verse que la defensa nacional es un asunto político de trascendental importancia, que toca muchos aspectos de la problemática del país, impensados a primera vista.

293. Artículo 164

«Artículo 164.- La dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional se realizan a través de un sistema cuya organización y cuyas funciones determina la ley. El Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional.»

La ley determina los alcances y procedimientos de la movilización para los efectos de la defensa nacional.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre movilización nacional, el antecedente más claro es el artículo 167 de la Constitución de 1834, cuya norma fue repetida en lo sustantivo por el artículo 180 de la Constitución de 1839:

«Constitución de 1834, artículo 167.- Ningún ciudadano puede ser obligado en tiempo de paz a alojar en su casa uno ó más soldados. En tiempo de guerra solo la autoridad civil puede ordenarlo en la manera que se resuelva por el Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de la Constitución de 1979 para este artículo son los siguientes:

“Artículo 271.- La dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional se realizan a través de un sistema cuya organización y funciones determina la ley”.

“Artículo 272.- La ley prescribe los alcances y los procedimientos de la movilización”.

“Artículo 273.- El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Dirige el Sistema de Defensa Nacional”.

Todas las normas contenidas en el artículo 164 de la Constitución de 1993, se hallaban ya contenidas casi literalmente en los artículos transcritos de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Al ser la Defensa Nacional una política permanente que involucra a todas las personas y aspectos de la vida social, económica, política y militar, tiene que tener un conjunto de organismos que la diseñan, planean, ejecutan y evalúan. Todo ello está contenido en el Sistema de Defensa Nacional al que hace alusión el artículo 163 y que queda especificado en este artículo que ahora comentamos.

Administrativamente, un sistema es un conjunto de normas, procesos y organismos, que contribuyen al logro de los objetivos de su campo de acción. El sistema como tal no realiza los objetivos pero permite que ellos se lleven a cabo.

En el Perú existe el Decreto Legislativo 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional, que detalla su organización y funciones. Las principales normas son las siguientes:

“Decreto Legislativo 743, artículo 10.- El Sistema de Defensa Nacional tiene como finalidad permanente garantizar la concepción, dirección, preparación y ejecución de la Defensa Nacional”.

“Decreto Legislativo 743, artículo 11.- El Sistema de Defensa Nacional es presidido por el Presidente de la República y está integrado por:

- a. El Comando Unificado de Pacificación;
- b. El Consejo de Defensa Nacional;
- c. El Sistema de Inteligencia Nacional;
- d. El Ministerio de Defensa;
- e. El Sistema Nacional de Defensa Civil;

- f. La Secretaría de Defensa Nacional;
- g. Ministerios, Organismos Públicos y sus correspondientes Oficinas de Defensa Nacional”.

El detalle de la organización y funciones de estos organismos se halla en el propio Decreto Legislativo 743 al cual nos remitimos. En lo referente al Consejo de Defensa Nacional que es el organismo central de decisión del sistema, dice el artículo 15 de dicha norma:

«Decreto Legislativo 743, artículo 15.- El Consejo de Defensa Nacional es el más alto órgano de decisión del Sistema de Defensa Nacional, que bajo la presidencia del Presidente de la República establece la política que orienta la conducción de la Defensa Nacional. Mantiene relaciones permanentes con los organismos integrantes del Sistema de Defensa a través de la Secretaría de Defensa Nacional».

Puede verse que es el órgano que establece la política y orienta la conducción de la Defensa Nacional. En nuestro concepto esto es un error porque todas las políticas ejecutivas debe llevarlas a cabo el Poder Ejecutivo que es el Consejo de Ministros con el Presidente de la República. El Establecer un Consejo como éste que toma decisiones trascendentales, es bicefalía que nos parece incorrecta. Pensamos que el Consejo de Defensa Nacional debe ser un organismo asesor del Presidente de la República, pero no uno que tome decisiones de naturaleza política. Ello por el principio antes aludido de la primacía del Consejo de Ministros pero, también, por la composición que el Consejo de Defensa Nacional tiene:

«Decreto Legislativo 743, artículo 16.- El Consejo de Defensa nacional está integrado por miembros natos y miembros eventuales.

- a. Miembros natos:
 - El Presidente de la República, quien lo preside.
 - El Presidente del Consejo de Ministros.
 - El Ministro de Relaciones Exteriores.
 - El Ministro del Interior.
 - El Ministro de Defensa.
 - El Ministro de Economía y Finanzas.

- El Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- El Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.
- El Jefe de la Secretaría de Defensa Nacional.

b. Miembros eventuales:

- El Comandante General de Ejército.
- El Comandante General de la Marina de Guerra.
- El Comandante General de la FAP.
- El Director General de la Policía Nacional.
- El Jefe del Instituto Nacional de Planificación.
- El Jefe del Instituto Nacional de Defensa Civil».

Como puede verse, integran el Consejo parte del Consejo de Ministros y parte de altos funcionarios del Estado algunos de los cuales son necesariamente militares y otros pueden serlo o no. No es la composición más adecuada para tomar decisiones políticas significativas, marginando al Consejo de Ministros en pleno.

«Decreto Legislativo 743, artículo 18.- Corresponde al Consejo de Defensa nacional:

- a. Aprobar los Objetivos y Política Integral de Defensa Nacional.
- b. Aprobar las políticas y estrategias para la formulación de los Planes de Defensa Nacional;
- c. Aprobar los Planes de Defensa Nacional.
- d. Aprobar los requerimientos derivados del Planeamiento Estratégico y disponer la asignación de recursos;
- e. Aprobar los lineamientos y políticas para compatibilizar los Planes de Defensa Nacional con los de Desarrollo.
- f. Aprobar las medidas que garanticen la consolidación y perfeccionamiento del Sistema de Defensa Nacional.
- g. Coordinar con el Sector Educación los programas educativos para la Defensa Nacional».

Es de este artículo de donde se desprende claramente la naturaleza política del Consejo de Defensa Nacional. Como ya dijimos, creemos que estas son atribuciones del Poder Ejecutivo y no de un organismo que está conformado en parte por algunos ministros y, en otra, con importantes funcionarios del Estado.

La segunda parte del artículo se refiere a la *movilización* que es un proceso permanente en el que participan todas las personas y, también, en el que la autoridad puede disponer de todos los recursos, aunque sean de propiedad privada en cuyo caso pagará la indemnización correspondiente, para los fines de defensa nacional.

Sin embargo, legislativamente, en el momento de escribir estas páginas ocurre una situación paradójica: la última ley de movilización que se dictó en el Perú fue el Decreto Legislativo 733 del 12 de noviembre de 1991, que fue derogado por la Ley 25415 del Congreso promulgada el 12 de marzo de 1992. Hasta donde es posible ver, entonces, no existe ley de movilización vigente.

A pesar de ello, el Decreto Supremo N° 058.1-92-PCM/SDN del 23 de mayo de 1992, que aprueba el Reglamento de la Ley orgánica de la Secretaría de Defensa Nacional, y que es posterior tanto al Decreto Legislativo 733 como a su ley derogatoria la 25415, establece dentro de dicha Secretaría de Defensa Nacional a la Dirección General de Movilización y la caracteriza de la siguiente manera:

“Decreto Supremo N° 058.1-92-PCM/SDN, artículo 103.- La Dirección General de Movilización tiene por misión normar, orientar, coordinar, integrar y ejecutar el planeamiento de su competencia, de conformidad con la Política de Defensa y las Directivas del Ministerio de Defensa. Realiza los estudios que requiera el planeamiento de la Movilización a Nivel Nacional”.

“Decreto Supremo N° 058.1-92-PCM/SDN, artículo 104.- Son funciones de la Dirección General de Movilización:

- a. Formular, proponer y actualizar los objetivos y la política integral de Movilización;
- b. Formular y proponer las directivas y normas que orienten el proceso de Movilización y Desmovilización a nivel nacional;
- c. Efectuar el Planeamiento y coordinar la ejecución de las acciones de Movilización en los campos No Militares;

d. Coordinar con el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas la compatibilización e integración de los planes de Movilización.

e. Proponer la constitución de Comisiones Multisectoriales para asesorar en el planeamiento de la Movilización;

f. Coordinar con el Instituto Nacional de Defensa Civil para orientar sus acciones de participación en la Movilización.

g. Formular y proponer los aspectos básicos doctrinarios de Movilización; y,

h. Participar en la formulación de los aspectos doctrinarios de Movilización”.

Aun cuando la ley no esté vigente en este momento, podemos sin embargo ver la dimensión de la movilización nacional en tanto que afecta a todas las personas mayores de dieciocho años y a las personas jurídicas y a todos los bienes muebles e inmuebles, los que incluso podrán ser requisitoriadados. Las normas pertinentes de este Decreto Legislativo 733 derogado dicen lo siguiente:

“Decreto legislativo 733, artículo 28.- Las requisiciones por razones de Movilización Nacional, son dispuestas en caso de necesidad comprobada por los organismos competentes del Sistema de Defensa Nacional”.

“Decreto legislativo 733, artículo 29.- Para efectos de la Movilización Nacional son objeto de requisición los bienes muebles e inmuebles y los recursos económicos y financieros”.

“Decreto legislativo 733, artículo 30.- No son objeto de requisición los bienes pertenecientes a Embajadas o Legaciones Diplomáticas y de Organismos Internacionales acreditados en el país.

No están comprendidos en esta excepción los bienes de los peruanos que desempeñen funciones consulares encomendadas por países extranjeros”.

La movilización, como puede verse, es el esfuerzo máximo de defensa nacional que hace un pueblo en circunstancias de grave amenaza. Por ello, todos los recursos necesarios se disponen para la defensa. Por esta misma razón, es absurdo que no exista una ley de movilización vigente en el país. Es un asunto que debe ser necesariamente corregido para que existan reglas claras al respecto.

294. Artículo 165

«Artículo 165.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Este tema fue tratado en prácticamente todas las Constituciones peruanas y sufrió una significativa evolución en el tiempo. Por ello, consideramos que vale la pena transcribir las normas respectivas.

Ya la Constitución de 1823 definía a las fuerzas armadas:

«Constitución de 1823, artículo 165.- Constituyen la fuerza armada de tierra: el ejército de línea, la milicia cívica, y la guardia de policía».

«Constitución de 1823, artículo 166.- El destino del ejército de línea es defender la seguridad exterior de la República, y se empleará donde esta pueda ser amenazada».

Las normas de la Constitución de 1826 dijeron:

«Constitución de 1826, artículo 134.- Habrá en la República una fuerza armada permanente».

«Constitución de 1826, artículo 135.- La fuerza armada se compondrá del ejército de línea, y de una escuadra».

Para la Constitución de 1828 la organización fue:

«Constitución de 1828, artículo 144.- La fuerza pública se compone del ejército, milicia nacional y armada».

«Constitución de 1828, artículo 145.- El objeto de la fuerza pública es defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden en el interior, y sostener la ejecución de las leyes».

La Constitución de 1834 dio estas disposiciones:

«Constitución de 1834, artículo 138.- La fuerza pública se compone del ejército, armada y guardia nacional». (Esta norma fue repetida por el artículo 145 de la Constitución de 1839).

«Constitución de 1834, artículo 140.- El objeto de la fuerza pública es defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden interior y sostener la ejecución de las leyes».

La Constitución de 1856 trató el tema de la siguiente manera:

«Constitución de 1856, artículo 118.- El objeto de la fuerza pública es garantizar los derechos de la nación en el exterior; y asegurar el orden y ejecución de las leyes en el interior.

La obediencia militar será subordinada a la Constitución y a las leyes».

«Constitución de 1856, artículo 119.- La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y armada, bajo la organización que designe la ley.

Toda colocación en la fuerza pública es cargo público».

Por su parte, la Constitución de 1860 estableció lo siguiente:

«Constitución de 1860, artículo 119.- El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

«Constitución de 1860, artículo 120.- La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y de la armada; y tendrá la organización que designe la ley.

La fuerza pública y el número de Generales y Jefes se designarán por una ley».

En el caso de la Constitución de 1867 las reglas sobre esta materia fueron las siguientes:

«Constitución de 1867, artículo 116.- El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior y la ejecución de las leyes y el orden en el interior. La obediencia militar será subordinada a la Constitución y á las leyes».

«Constitución de 1867, artículo 117.- La fuerza pública se compone de las Guardias Nacionales, del Ejército y de la Armada, y tendrá la organización que se designe la ley. La fuerza pública y el número de Generales, Jefes y Oficiales se designarán por una ley.

El número de la fuerza pública en estado de paz no excederá de tres mil hombres para el Ejército, y tres mil para la Gendarmería».

La Constitución de 1920 reguló el tema en los siguientes términos:

«Constitución de 1920, artículo 143.- El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

«Constitución de 1920, artículo 144.- La fuerza pública se compone del Ejército y de la Armada y tendrá la organización que designe la ley. Su número y el de Generales y Jefes se fijarán por la ley. No podrá el Poder Ejecutivo proponer ni el Congreso aprobar ascensos sino en caso de vacante».

La Constitución de 1933 habló sobre todo de la finalidad de la fuerza armada:

«Constitución de 1933, artículo 213.- La finalidad de la fuerza armada es asegurar los derechos de la República, el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y la conservación del orden público».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para este artículo es el siguiente:

“Artículo 275.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno, de conformidad con el artículo 231”.

Con muy pequeñas modificaciones de redacción, las dos Constituciones dictan las mismas normas al respecto.

Análisis exegético

Las Fuerzas Armadas del Perú son tres: el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza aérea. Para efectos del planeamiento estratégico de la guerra, existe un Comando Conjunto que asume la conducción institucional una vez declarado el conflicto, sea éste interno o externo.

El Comando Conjunto de la Fuerza Armada tiene la siguiente definición jurídica:

«Decreto Legislativo 440, según modificación del Decreto Legislativo 743, artículo 2.- El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas es el

organismo que ejecuta el planeamiento, coordinación, preparación y conducción de las operaciones militares del más alto nivel en el Frente Externo y el Frente Interno y de asesoramiento al Ministro de Defensa en el Campo Militar, en asuntos referidos a la Defensa Nacional.

Depende del Ministro de Defensa y se rige por su Ley Orgánica».

Las atribuciones del Comando Conjunto están establecidas en las mismas normas:

« Decreto Legislativo 440, según modificación del Decreto Legislativo 743, Artículo 3.- Corresponde al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas:

a. Ejecutar el planeamiento y la coordinación de las operaciones militares en el Frente Externo y en el Frente Interno.

b. Planear, dirigir y conducir la Defensa Interior del Territorio, dentro de la política de Pacificación Nacional y Defensa de los Derechos Humanos.

c. Conducir las operaciones militares en caso de guerra y en los Estados de Excepción señalados en la Constitución Política del Perú.

d. Dirigir y supervisar el entrenamiento conjunto de los Elementos de Maniobra de las Fuerzas Armadas.

e. Orientar el planeamiento y preparación de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con los requerimientos de la Defensa Nacional.

f. Planear y proponer las normas para la administración de los recursos humanos y materiales en los aspectos comunes a las Fuerzas Armadas de acuerdo con los objetivos y política de Defensa Nacional.

g. Proponer planes a largo, mediano y corto plazo de las Fuerzas Armadas de acuerdo con los objetivos y política de Defensa Nacional.

h. Proponer los requerimientos económicos y financieros derivados del planeamiento estratégico.

i. Planear la organización de las Reservas y la Movilización, de acuerdo con los requerimientos de la Defensa Nacional.

j. Coordinar la participación de las Fuerzas Armadas en el desarrollo económico y social y en la Defensa Civil».

La finalidad primordial de las Fuerzas armadas es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. La independencia debe ser entendida como la protección contra todo intento exterior de imponer su voluntad sobre el Perú. La soberanía como la garantía de que las decisiones del Estado peruano rijan internamente con supremacía y la integridad territorial de la República es la intangibilidad del territorio, que no puede ser ocupado por potencias extranjeras o liberado por fuerzas de ninguna naturaleza (inclusive privadas, como pueden ser algunos sectores del país en manos íntegramente del narcotráfico).

Hay que recordar, al mismo tiempo, que según el artículo 171 las Fuerzas Armadas participan en el desarrollo económico y social del país y en la defensa civil, en conjunto con la Policía Nacional.

La última norma del artículo establece que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno durante el régimen de excepción. Al comentar el artículo 137 ya hemos dicho que dicho control es el normal en el Estado de Sitio, y que debiera ser excepcional en el Estado de Emergencia. Sin embargo, en virtud de las disposiciones vigentes y que a propósito del artículo 137 hemos comentado y criticado, la regla es que cada vez que hay régimen de excepción, en cualquiera de sus formas, se produce la asunción del mando político-militar por las Fuerzas Armadas.

Repetiremos aquí lo dicho ya entonces, aunque de manera resumida: las fuerzas armadas no han capacitado a sus cuadros para gobernar en el sentido amplio del término al país o a una de sus regiones. Por consiguiente, es una equivocación conceder el control del orden interno a las fuerzas armadas a través de comandos político-militares, cada vez que se declara una emergencia. Esto debiera quedar a discreción del Presidente de la República y habría que hacer un esfuerzo para que sean las autoridades civiles y legítimas, las que continúen gobernando aún en esos lugares en los que haya régimen de excepción. Es un reto a la capacidad de los gobiernos constitucionales de colocar en cada lugar a un equipo de

personas que sepa conducir la vida política y social en forma armoniosa, en especial en las situaciones difíciles por las que, precisamente, se recurre el régimen de excepción.

295. Artículo 166

«Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tratamiento de los cuerpos que ejercitaban la función de policía, fue hecho en vecindad al tratamiento de las fuerzas armadas. Esto es muy claro en las Constituciones del siglo pasado y en la de 1920, en las que se utiliza el concepto de *fuerza pública* como género de policía y fuerza armada. Por la diversidad del tratamiento, vale la pena transcribir las disposiciones respectivas.

La Constitución de 1823 estableció el extenso régimen constitucional siguiente como antecedente de la actual Policía Nacional:

«Constitución de 1823, artículo 165.- Constituyen la fuerza armada de tierra: el ejército de línea, la milicia cívica, y la guardia de policía».

«Constitución de 1823, artículo 168.- La milicia cívica servirá para mantener la seguridad pública entre los límites de cada provincia».

«Constitución de 1823, artículo 169.- No podrá traspasar estos límites sino en el caso de alguna revolución entre otras provincias dentro ó fuera del departamento, ó en el de invasión».

«Constitución de 1823, artículo 170.- En estos casos precederá el acuerdo del Congreso, y en su receso el del Senado».

«Constitución de 1823, artículo 171.- El objeto de la guardia de policía es proteger la seguridad privada, purgando los caminos de malhechores, y persiguiendo a los delincuentes con sujeción a las ordenes de la autoridad respectiva».

«Constitución de 1823, artículo 172.- No puede destinarse esta guardia a otro servicio, si no es en los casos de revolución declarada, ó de invasión; para lo que precederá al acuerdo del Congreso, y en su caso el del Senado».

«Constitución de 1823, artículo 176.- La milicia cívica se organizará en todas las provincias según su población y circunstancias».

«Constitución de 1823, artículo 177.- Se creará una guardia de policía en todos los departamentos que la exijan conforme a sus necesidades».

La Constitución de 1826 le dio las siguientes disposiciones:

«Constitución de 1826, artículo 136.- Habrá en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos de los habitantes de cada una de ellas».

«Constitución de 1826, artículo 137.- Habrá también un resguardo militar, cuya principal incumbencia será impedir todo comercio clandestino».

La Constitución de 1828 dijo:

«Constitución de 1828, artículo 144.- La fuerza pública se compone del ejército, milicia nacional y armada».

«Constitución de 1828, artículo 145.- El objeto de la fuerza pública es defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden en el interior, y sostener la ejecución de las leyes».

«Constitución de 1828, artículo 147.- La milicia nacional se compondrá de los cuerpos cívicos que deben formarse en todas las provincias».

En la Constitución de 1834 las reglas fueron las siguientes:

«Constitución de 1834, artículo 138.- La fuerza pública se compone del ejército, armada y guardia nacional».

«Constitución de 1834, artículo 140.- El objeto de la fuerza pública es defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden interior y sostener la ejecución de las leyes».

«Constitución de 1834, artículo 141.- La guardia nacional no puede salir de los límites de sus respectivas provincias, sino en el caso de sedición en las limítrofes, o en el invasión; debiendo entonces preceder el acuerdo del Consejo de Estado».

Según la Constitución de 1839, las disposiciones del tema que nos ocupa son:

«Constitución de 1839, artículo 143.- Habrá en cada capital de departamento un intendente de policía con sus respectivos subalternos: en las capitales de provincias y distritos ejercerán las funciones de intendente los sub-prefectos y gobernadores».

«Constitución de 1839, artículo 145.- La fuerza pública se compone del ejército, armada y guardia nacional».

«Constitución de 1839, artículo 149.- La guardia nacional se compone de los cuerpos cívicos organizados en las provincias según la ley».

«Constitución de 1839, artículo 150.- La guardia nacional no puede salir de los límites de sus respectivas provincias, sino en caso de sedición en las limítrofes, ó el de invasión, debiendo entonces preceder el acuerdo del Consejo de Estado».

En la Constitución de 1856 se dijo lo siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 118.- El objeto de la fuerza pública es garantizar los derechos de la nación en el exterior; y asegurar el orden y ejecución de las leyes en el interior.

La obediencia militar será subordinada a la Constitución y a las leyes».

«Constitución de 1856, artículo 119.- La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y armada, bajo la organización que designe la ley.

Toda colocación en la fuerza pública es cargo público».

«Constitución de 1856, artículo 120.- Las guardias nacionales existirán organizadas en la proporción que determine la ley; pero en ninguna provincia dejará de haber, por lo menos, un cuerpo de milicias».

La Constitución de 1860 expresó normativamente lo siguiente:

«Constitución de 1860, artículo 117.- Los funcionarios encargados de la policía de seguridad y orden público dependen inmediatamente del Poder Ejecutivo, quién los nombrará y removerá conforme a la ley».

«Constitución de 1860, artículo 119.- El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

«Constitución de 1860, artículo 120.- La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y de la armada; y tendrá la organización que designe la ley.

La fuerza pública y el número de Generales y Jefes se designarán por una ley».

«Constitución de 1860, artículo 121.- Las guardias nacionales existirán organizadas en la proporción que determine la ley».

En la Constitución de 1867 las reglas establecidas fueron:

«Constitución de 1867, artículo 116.- El objeto de la fuerza pública

es asegurar los derechos de la Nación en el exterior y la ejecución de las leyes y el orden en el interior. La obediencia militar será subordinada a la Constitución y á las leyes».

«Constitución de 1867, artículo 117.- La fuerza pública se compone de las Guardias Nacionales, del Ejército y de la Armada, y tendrá la organización que se designe la ley. La fuerza pública y el número de Generales, Jefes y Oficiales se designarán por una ley.

El número de la fuerza pública en estado de paz no excederá de tres mil hombres para el Ejército, y tres mil para la Gendarmería».

«Constitución de 1867, artículo 118.- Las Guardias Nacionales existirán organizadas, en la proporción que determine la ley»

En la Constitución de 1920 se reguló así el tema:

«Constitución de 1920, artículo 138.- Los funcionarios encargados de la policía de seguridad y del orden público dependen inmediatamente del Poder Ejecutivo, quién los nombrará y removerá conforme a la ley».

«Constitución de 1920, artículo 143.- El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

Son las últimas normas que hemos encontrado sobre la materia.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 277.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, debiendo prestar ayuda y protección a las personas y a la sociedad, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de los patrimonios públicos y privados, prevenir y combatir la delincuencia, vigilar y controlar las fronteras nacionales.

Participa con las Fuerzas Armadas en la Defensa Nacional. Su organización y funciones se establecen en su respectiva ley orgánica”.

Con modificaciones de redacción que no alteran el significado normativo (ni corrigen los errores que indicamos en el comentario exegético de este artículo) las disposiciones contenidas en el artículo 166 de la Constitución de 1993 y en el artículo 277 de la Constitución de 1979, tal como fue modificado por la ley 24949, son las mismas.

Análisis exegético

El artículo bajo comentario trata a la Policía Nacional como un solo cuerpo unitario, cosa que ya había ocurrido mediante modificación constitucional en la Carta de 1979 como se aprecia de los antecedentes. Originalmente, sin embargo, en la Constituyente de aquel año se respetó la existencia de tres cuerpos esenciales de policía en el Perú: la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones del Perú y la Guardia Republicana, a las que había que añadir la Sanidad Policial como un cuarto grupo. El cambio de cuatro cuerpos a uno solo empezó en 1986 con la aprobación de varios decretos legislativos (de los cuales el central fue el Decreto Legislativo 371 del 04 de Febrero de 1986) en los que se unificaron tanto la escuela de ingreso a la policía, como el rango de generales que pasó a ser de la Policía en su conjunto y ya no de cada uno de los cuerpos. Una modificación constitucional algo posterior hizo nacer a la Policía Nacional del Perú.

La Policía Nacional tiene como finalidad garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Hay, de esta manera, un contrapunto entre el orden interno como característica policial, y la seguridad exterior, y también interior, como característica de las Fuerzas Armadas. A partir de este binomio de conceptos se ha buscado una identificación teleológica de la Policía Nacional del Perú.

Sobre el concepto de orden interno existen diversas concepciones que proceden del hecho que es un *standard* jurídico sujeto a varias posibles significaciones, y que no ha recibido un trato preferente ni adecuado de los constituyentes (ni de los de 1979, ni de los de 1993). El problema es más complicado cuando añadimos a este concepto el de *orden público*, también un *standard* jurídico.

El Instituto Nacional de Altos Estudios Policiales publicó una definición de Orden Interno:

“Orden Interno es «la situación de normalidad que dentro del territorio de la República, implica la garantía del derecho de las personas humanas y la existencia, estabilidad y soberanía del Estado, facilitando su desarrollo integral y el logro del fin supremo»” (106).

Posteriormente, en un evento sobre el tema se publicó, bajo forma de separata, una versión evolucionada que definía al orden interno como “la situación de normalidad en el territorio nacional, regulada por el Derecho Público, que permite la existencia y estabilidad del Estado y sus poderes, contribuye a la Seguridad Integral, propiciando el desarrollo en todos los campos de la vida nacional y a un equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y los derechos ciudadanos necesarios para el cumplimiento de los deberes primordiales del Estado y el logro de su fin supremo”.

Por nuestra parte, en una publicación anterior, manifestamos nuestro acuerdo sustantivo con esta definición, aunque hicimos la siguiente salvedad:

[...] el orden interno es un concepto esencialmente político-social. De todo el texto, sólo me surge una discrepancia y consiste en que el orden interno no es solamente producto del Derecho Público, porque no todo el orden interno se halla contenido en él, ni todas las amenazas que lo afectan pueden provenir de la violación del Derecho.

Por ejemplo, un terremoto de proporciones afecta al orden interno, pone en peligro su mantenimiento, pero no es en sí mismo un evento de naturaleza jurídica (aunque, desde luego, tiene consecuencias jurídicas). En síntesis, podemos imaginar muchas circunstancias que alterarán el orden interno, y también la seguridad exterior naturalmente, pero que no tienen necesariamente que ver con

(106) POLICIA NACIONAL DEL PERU. INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS POLICIALES. *Planteamientos teórico-doctrinarios del orden interno*. Lima, Editorial Litográfica La Confianza S.A., 1989, pp. 19-20.

la violación del Derecho Público. De tal manera que si bien el orden interno está en general vinculado al cumplimiento de las normas imperativas del Derecho, no se agota en eso. Supone una situación de ponderación y tranquilidad, normalidad podríamos decir, con todo lo de complejo y variado que ello significa (107).

En relación al orden público, el Instituto Nacional de Altos Estudios Policiales dijo lo siguiente:

“Orden Público, es una situación de paz y tranquilidad social, regulada por el derecho y garantizada por el Estado, para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población, dentro del territorio nacional” (108).

Puede notarse que en este concepto hay una mayor presencia de los elementos jurídicos. Esto nos llevó a decir:

[...] el orden público está más referido a los elementos imperativos del Derecho, es decir, a aquellos que no pueden ser dejados de cumplir en la vida social. Sin embargo, la referencia al orden público también admite [...] otros elementos de principio en la organización social, que pueden ser tipificados como políticos en el sentido amplio de la palabra. Por consiguiente el concepto de orden público puede ser caracterizado como de naturaleza jurídico-política” (109).

(107) RUBIO CORREA, Marcial. *Orden interno y orden público en la Constitución de 1979*. En *Defensa Nacional*. Año VI, N. 7. Lima, Centro de Altos Estudios Militares, octubre de 1987, pp. 137-138.

(108) POLICIA NACIONAL DEL PERU. INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS POLICIALES. *Planteamientos teórico-doctrinarios del orden interno*. Lima, Editorial Litográfica La Confianza S.A., 1989, p. 22.

(109) RUBIO CORREA, Marcial. *Orden interno y orden público en la Constitución de 1979*. En *Defensa Nacional*. Año VI, N. 7. Lima, Centro de Altos Estudios Militares, octubre de 1987., p. 140.

... Esto último alude a que si bien las reglas de vida social son bien de derecho positivo o bien de costumbre jurídica, a veces pueden ser inobservadas sin que se estime que se altera el orden público: mojar en la calle en carnavales; el relativo desorden que se produce la noche del año nuevo; el festejo multitudinario de algún triunfo deportivo; las manifestaciones de júbilo que pueden presentarse en las justas electorales por los ganadores, etc. son *rompimientos* del orden público *dentro* de un claro orden público que nadie considera roto.

Hay un cierto ajuste de lo que es el concepto de orden público, que acepta márgenes y también, en ciertas circunstancias, el rompimiento de dichos márgenes. Por eso no es solo un concepto jurídico sino jurídico-político en nuestra manera de ver las cosas.

En realidad, después de las definiciones dadas, podemos ver que el orden público no es sino una de las especies del orden interno: aquella signada prioritariamente por el Derecho. Existen otros aspectos del orden interno que se refieren a la política, a los usos y costumbres y a la moral en lo que no son jurídicos, a las particularidades de cada país y región en su modo de vivir y hacer las cosas, que dan la situación de estabilidad y de adecuado funcionamiento institucional que se requiere.

Como todos estos aspectos de la vida social tienen una dimensión política, la responsabilidad primera en relación al orden público es también política y se halla entre las atribuciones del Presidente de la República. Dice el inciso 4 del artículo 118 de la Constitución que corresponde al Presidente de la República: “Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República”.

Según este artículo 166, a la Policía Nacional le compete garantizar, mantener y restablecer el orden interno:

- Garantizarlo equivale a decir que es la institución que tiene la responsabilidad de asegurar tanto al Estado aparato de poder, como a las personas, que está dispuesta a hacer cumplir las condiciones que permiten decir que el orden interno existe. Es muy importante que la garantía sea para los dos lados: al aparato de poder para garantizarle que podrá gobernar; al pueblo para garantizarle que el orden interno le da seguridad, pero también le reconoce sus derechos

- fundamentales. La garantía del orden interno supone la existencia de Policía en todo el territorio nacional, su organización y alta moral y unas reglas de actuación que aseguren el objetivo buscado. Siempre hay mucho que hacer por lograr la excelencia en campos tan complejos de la vida social como éstos.
- Mantenerlo, lo que quiere decir que a la Policía compete seguir el pulso del orden interno que, como vimos, es una *situación* y, por consiguiente, varía en el tiempo. Tan importante como la presencia activa en el control del orden interno, es la prevención de sus alteraciones graves para poder mantenerlo dentro de los parámetros de normalidad.
 - Restablecerlo, lo que equivale a intervenir para conjurar las situaciones en las que el orden interno haya sido roto. El restablecimiento del orden interno tiene que ser hecho, a su vez, con orden interno. Es decir, con respeto dentro de cada situación de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho ha establecido normas y ha desarrollado procedimientos de actuación policial que controlan el desorden sin vulnerar los principios mismos del orden interno. La tecnificación de la Policía, y la dotación de los medios necesarios, colaboran decisivamente a lograr éxito en toda esta línea de trabajo.

Toda esta labor, esforzada, a veces arriesgada, y de imprescindible utilidad para la sociedad, es realizada por la Policía Nacional con sus propias técnicas y bajo la conducción política del Poder Ejecutivo. Como vimos, la atribución central la tiene el Presidente de la República, y la canaliza a través del Ministro del Interior como responsable en el plano constitucional.

Desde luego, otros órganos también velan por el orden público en el país, pero en áreas y con funciones especializadas: las superintendencias, el Indecopi, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República son algunos de ellos. Sin embargo, la responsabilidad global es de la Policía Nacional del Perú y ella interviene en todos los asuntos sociales que interesan más al ciudadano en su vida cotidiana. De allí su importancia trascendental para el pueblo.

A continuación, el artículo 166 establece una serie de actividades que realiza la Policía Nacional en pro del orden interno y que, desafortunadamente, han sido tratadas desprolijamente: no son todas las que debe realizar y algunas de ellas involucran a las otras. Por ejemplo, se dice que previene, investiga y combate la delincuencia, al tiempo que garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio. En realidad, lo segundo ya tiene dentro de sí lo primero. No es la forma en que una Constitución debe tratar materia tan importante. Para nosotros, es suficiente la primera parte del artículo. La segunda debe ser establecida dentro de las normas con rango de ley que pueden hacer enumeraciones más completas. En cualquier caso, sí será necesario deshilar el tejido hecho y corregirlo con mejor técnica en redacciones futuras.

Más claridad que la Constitución tiene, en nuestro criterio, el Decreto Legislativo 371 del 04 de Febrero de 1986, Ley de Bases de las Fuerzas Policiales, cuando establece lo siguiente:

«Decreto Legislativo 371, artículo 10.- Son funciones básicas de las Fuerzas Policiales:

1. Prestar ayuda y protección a la sociedad.
2. Realizar acciones de salvataje, rescate y auxilio de personas en peligro.
3. Mantener y restablecer el orden público e interno.
4. Prevenir, investigar y denunciar la comisión de delitos y faltas.
5. Detener al autor o autores de los delitos flagrantes y ponerlos de inmediato a disposición del órgano competente.
6. Proporcionar seguridad a los servicios públicos de carácter estratégico, sedes de los poderes públicos, ministerios y prefecturas; y al exterior de los penales.
7. Investigar la desaparición de personas.
8. Controlar el cumplimiento de la legislación de tránsito y transporte terrestre; e investigar y denunciar los accidentes de tránsito.
9. Velar por la conservación del patrimonio cultural y monumental de la Nación.
10. Expedir los certificados de antecedentes y policiales.
11. Proporcionar apoyo técnico a dependencias autorizadas y realizar peritajes criminalísticos.
12. Vigilar las fronteras nacionales.

13. Participar en el desarrollo económico y social del país.
 14. Participar en los Sistemas de Defensa Nacional y Civil.
 15. Cumplir las funciones que le asigne el Ministro del Interior, a través de los órganos competentes.
 16. Cumplir las funciones que les asigne el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas en el restablecimiento del orden interno cuando el control de éste, es asumido por las Fuerzas Armadas por disposición del Presidente de la República.
- [...».

A esta disposición cabe añadir que el Decreto Legislativo 744 del 08 de noviembre de 1991 modificó la estructura orgánica de la Policía Nacional del Perú que existía en el Decreto Legislativo 371, en concordancia con la nueva organización unitaria existente.

Como reflexión final, cabe decir que en nuestro criterio la Policía Nacional se debe en última instancia a la vida adecuada para los seres humanos que habitan la sociedad, en cumplimiento de las normas que guían dicha vida social. En los últimos tiempos se ha hablado insistentemente de la *seguridad humana* como un concepto genérico en el que se incluye el cumplimiento mínimo de los derechos humanos que garantizan una adecuada vida en la sociedad. Una parte de este concepto es la *seguridad ciudadana*, que es la parte jurídico-política de la seguridad humana, es decir, el adecuado funcionamiento del orden social para garantizar una vida de paz y, con ella, de progreso.

En última instancia, la Policía se debe a los seres humanos de la sociedad y, por ello, la verdadera garantía que puede prestar es la de mantener un orden interno con seguridad ciudadana, es decir, las condiciones de normalidad social con un ingrediente fundamental: el cumplimiento elemental de los derechos humanos.

Estos conceptos deben ser desarrollados pues, de una parte, han incorporado muchos aspectos que antes no se consideraban dentro de la función de policía (particularmente, el tema de los derechos humanos) y, de otro lado, se han vuelto complejos porque el propio desarrollo de la sociedad y la globalización de la vida humana, suponen posibilidades y capacidades de acción que antes fueron impensadas. Las necesidades de las personas son mayores y más diversificadas y, por supuesto, las amenazas al orden y la seguridad pueden llegar a ser más graves.

La Policía Nacional, en nuestro criterio, debe tener no sólo fuerzas operativas, sino también unidades que puedan prever el significado del orden interno y la seguridad humana a futuro y, sobre todo, que puedan diseñar las políticas institucionales y proponer al gobierno las estrategias y decisiones políticas que se adelanten a las amenazas que puedan existir. Sólo así, la condición de normalidad de la vida social podrá ser adecuadamente cumplida.

296. Artículo 167

«Artículo 167.- El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 273 de la Constitución de 1979 es el antecedente de este artículo que comentamos:

“Artículo 273.- El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Dirige el Sistema de Defensa Nacional”.

Las normas del artículo 167 de la Constitución de 1993, y del artículo 273 de la de 1979, son idénticas en la parte pertinente de este último.

Análisis exegético

El Presidente de la República como Jefe Supremo de la fuerza pública tiene una responsabilidad fundamentalmente política en la conducción de las mismas, en la medida que son las instituciones que detentan el poderío material del Estado y no pueden conducirse de manera completamente autónoma.

En nuestro criterio, esta jefatura no equivale a la intromisión del Presidente en los asuntos de detalle de las instituciones, materia que co-

responde a los mandos de servicio establecidos en las leyes. Sí tiene que ver el Presidente, en cambio, con la orientación general del desarrollo orgánico, institucional y de poderío material, así como con los criterios de educación y entrenamiento y con la utilización preferente de los recursos disponibles.

En esto, por lo demás, no hace sino seguir las funciones generales de gobierno que tiene frente a toda otra institución.

En ciertas circunstancias, sin embargo, la presencia de un jefe supremo de naturaleza política puede ser determinante, particularmente, cuando hay sectores que pretenden cambiar las decisiones políticas por razones institucionales o de orden técnico. Cada uno de estos ámbitos tiene sus propias razones y, hay que decirlo claro, las institucionales y técnicas no pueden prevalecer sobre las políticas sino todo lo contrario, especialmente cuando se trata de la operación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

En estos casos, la intervención del Presidente como poder supremo será decisiva y podrá contribuir a dar a los acontecimientos el giro correcto. Desde luego, podrá ser desobedecido pero ello será una insubordinación que tiene consecuencias ineludibles, no sólo en el plano de la política sino de la propia institucionalidad militar.

En síntesis, consideramos que la jefatura suprema permite al Presidente de la República intervenir y tomar decisiones dentro de las instituciones armadas y policial, pero que debe ser regulada (y autofimitada por el Presidente) de tal manera que no atente contra la institucionalidad de los cuerpos y que respete las decisiones correctas que tomen los mandos.

Por ello, consideramos conveniente que se regule la función de jefatura suprema mediante una ley de desarrollo constitucional que podría tener los siguientes elementos:

- Toda orden del Presidente de la República como jefe Supremo debe ser obedecida por quienes resulten obligados a cumplirla dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Se exceptúan aquellas que vayan contra el texto expreso de la

Constitución o de las leyes (por ejemplo, ordenar irrumpir en el recinto del Congreso, o impedir su funcionamiento). Ante estas situaciones, se podría prever que quien es encargado de cumplir la orden y no puede hacerlo renuncie a su cargo en el acto mismo, bajo responsabilidad, y tenga los medios imprescriptibles, o con prescripción suspendida, correspondientes para que dicha actitud no lo perjudique desde el punto de vista institucional. La imprescriptibilidad o la suspensión de la prescripción son importantes porque un gobierno de facto originado en un movimiento de esta naturaleza puede durar mucho tiempo y, durante él, es prácticamente imposible interponer la reclamación correspondiente.

- Las ordenes del Presidente de la República deberán ser canalizadas por las vías de mando institucionales, salvo situación grave que amerite orden directa, bajo responsabilidad del ministro de Defensa.
- El Presidente tendrá la facultad de dar ordenes directas cuando los mandos institucionales estén directamente presentes donde las pronuncia.
- Los ámbitos en que se ejerce la Jefatura Suprema por derecho propio, es decir, que le son privativos frente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, son entre otros los siguientes:
 - a. La dirección política del actuar en la guerra y en la paz.
 - b. Aprobación de la planificación de corto y largo plazo, incluidas las decisiones presupuestales.
 - c. Aprobación de todas las decisiones que la Constitución encarga al Presidente de la República frente a ellas.
 - d. Nominación y remoción con libre discreción de los Comandantes Generales y Directores superiores.
 - e. Emisión de las normas que otorgan ascensos, a libre discreción dentro de la Constitución y la ley.

- f. Determinación de políticas de actuación institucional: relaciones con instituciones de otros países, reglas de actuación moral, etc.

Esta enumeración no pretende ser taxativa, sino un aporte a la discusión de un tema de trascendental importancia.

Al propio tiempo, habría que establecer una restricción en el sentido que el Presidente de la República no deberá sino por excepción tomar decisiones de carácter técnico en las instituciones castrenses y policiales. Esto, con la finalidad de deslindar el campo de decisiones políticas, del de las decisiones técnicas, dando a cada nivel de mando la competencia que mejor conviene.

Debemos concluir este comentario diciendo que esta no es una posición que tenga aceptación general en la doctrina y en el Derecho comparado. Valega, por ejemplo, sostiene que lo que debe darse al Presidente es la Comandancia Suprema, con mando efectivo (su texto está hecho como comentario a la Constitución de 1979 de ahí la referencia al artículo 273, pero es perfectamente aplicable a la Carta de 1993):

En el Artículo 273 debe sustituirse la calidad que posee el Presidente de la República de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas Policiales, por la de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. De esta manera se establecerá con precisión que el Presidente de la República es el máximo escalón de comando. Reforzándose, así, la subordinación de las FFAA y PN a la autoridad civil, principio esencial de toda democracia constitucional. De esa manera lo establecen las constituciones de otros países, v.g. España, Francia, Italia, Grecia, EE.UU., Argentina, Colombia, Venezuela entre otras. Se puede, si se desea, establecer que el Presidente podrá delegar su autoridad en el ámbito de cada Instituto Armado en el Jefe de Estado Mayor. Se entiende que, en consecuencia, desaparecerá el Comando Conjunto de la Fuerza Armada, y en su lugar se instaurará la Junta de Jefes de Estado Mayor, bajo la autoridad del Presidente de la República (110).

(110) VALEGA GARCIA, César. *Algunas propuestas de modificación al articu-*

De otro lado, parece ser que en España existe consenso en el sentido que la atribución en manos del Rey es honorífica y, en todo caso, moderadora. Dice Fernández Segado:

La mayor parte de la doctrina, con unos u otros matices, entiende que este mando supremo atribuido al rey tiene un carácter simbólico o formal. Se trata, dirá Entrena, de una función formal y honorífica. Estamos, cree De Esteban, ante una función simbólica, lo que no impide que, en situaciones de hecho especialmente graves, pueda jugar un papel decisivo el monarca en defensa de la Constitución. López Garrido considera por su parte que el mando supremo de las Fuerzas Armadas está incluido en la serie de actos en los que el rey ejerce sólo una función arbitral o moderadora. En análoga dirección, Menéndez Rexach estima que el mando supremo atribuido al monarca sobre las Fuerzas Armadas no implica la dirección efectiva de las mismas, sino que tiene carácter simbólico, postura compartida por Blanco Valdés, quien habla del carácter simbólico y representativo de la participación del jefe del Estado tanto en la dirección de la política de defensa a través de su relación con la Junta de Defensa Nacional como de su atribución de mando supremo de los Ejércitos. Y López Ramón, finalmente, bien que sin ánimo exhaustivo, constata cómo la aplicación específica de la teoría general del refrendo a la atribución regia del mando supremo de las Fuerzas Armadas hace que la doctrina mayoritaria española considere que esa atribución es de carácter simbólico, representativo, honorífico, expresión de una autoridad moral (111).

Obviamente, el mejor sistema de jefatura de las Fuerzas Armadas y de la Policía no existe por sí mismo. Como podemos apreciar hay varias posibilidades y algunas extremas. Será la evaluación de la realidad del

lado sobre defensa nacional de la Constitución. VARIOS AUTORES, *Lecturas sobre temas constitucionales 8.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 80.

- (111) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978.* En *Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 49, diciembre de 1995, pp. 41-42.

poder de cada Estado la que en definitiva determinará cuál es el mejor mecanismo a utilizar. En lo que a nosotros concierne, estimamos que la propuesta que hicimos antes es la más conveniente.

297. Artículo 168

«Artículo 168.- Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La necesidad de dictar normas generales que regulen la actuación de las fuerzas armadas está expresamente consignada en los siguientes artículos: 174 y 175 de la Constitución de 1823; 148 de la Constitución de 1828; 143 de la Constitución de 1834; 123 de la Constitución de 1860; 120 de la Constitución de 1867; 143 y 145 de la Constitución de 1920; y, 215 de la Constitución de 1933.

La Constitución de 1856 estableció una norma restrictiva sobre el alto mando militar que fue replicada en el artículo 122 de la Constitución de 1860 y en el 119 de la Constitución de 1867. Su contenido fue el siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 122.- No habrá comandantes generales, ni militares, sino en tiempo de guerra declarada conforme a esta Constitución».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El dispositivo que comentamos tiene los siguientes antecedentes en la Constitución de 1979:

“Artículo 274.- Las leyes y reglamentos respectivos regulan la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

“Artículo 276.- Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas, según las necesidades de la Defensa Nacional y de acuerdo a ley”.

Las normas contenidas en el artículo 168 de la Constitución de 1993 son casi textualmente las mismas que las contenidas en los artículos 274 y 276 de la constitución de 1979. En todo caso, tienen el mismo contenido en cuanto al mandato jurídico.

Análisis exegético

En este dispositivo existe una referencia general a la institucionalización legislativa de los diversos aspectos que constituyen la esencia, la institucionalidad y la operación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Lo más importante es, precisamente, que la Constitución establezca la obligatoriedad de dar estas regulaciones por vía del Derecho positivo, ya que así las reglas integrales quedarán claras y serán de cumplimiento forzoso por militares, policías y civiles.

Cuando la fuerza pública está de por medio, es importante convertir en jurídicas las regulaciones y las relaciones. Sólo así se podrá saber a ciencia cierta cuándo las cosas se encuentran dentro de sus límites y cuándo han salido de ellos. Más importante aún, se sabrá predeterminadamente cuáles son los límites.

El segundo párrafo, que también de manera correcta exige ley para el tratamiento de las reservas, se refiere a las obligaciones que los civiles tienen en relación a la Defensa Nacional, y como vinculación directa con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: ocurre que en casos de movilización, la población civil podrá ser requerida de enrolarse en la fuerza pública para cumplir diversas labores: combate, servicios, vigilancia, etc. Todo ello debe estar regulado en la legislación con la finalidad de que, nuevamente, se sepa en cada caso a quien hacer el llamamiento, y para qué tareas disponerlo. Es un asunto complejo que se inserta dentro de los planes generales de defensa y, también, de operación en caso de conflicto.

Las principales normas legislativas que tiene el Perú respecto de estos temas son las siguientes:

- Decreto Legislativo 437, promulgado el 27 de setiembre de 1987.
- Decreto Legislativo 438, promulgado el 27 de setiembre de 1987.
- Decreto Legislativo 439, promulgado el 27 de setiembre de 1987.
- Decreto Legislativo 743, promulgado el 08 de noviembre de 1991.
- Decreto Legislativo 371, promulgado el 04 de febrero de 1986.
- Decreto Legislativo 744, promulgado el 08 de noviembre de 1991.

298. Artículo 169

«Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La regla antecedente fue establecida por la Constitución de 1828:

«Constitución de 1828, artículo 146.- La fuerza pública es esencialmente obediente: no puede deliberar».

Según hemos podido ver, sólo fue repetida por el artículo 139 de la Constitución de 1834 y por el artículo 146 de la Constitución de 1839.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 278.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al Poder Constitucional”.

Los textos y el contenido normativo de ambas Constituciones son idénticos en este punto.

Análisis exegético

El concepto *deliberante* se refiere a «[...] *las juntas o corporaciones, cuyos acuerdos, tomados por mayoría de votos, trascienden a la vida de la colectividad con eficacia ejecutiva*». (Diccionario de la Lengua Española).

En el Perú el término *deliberante* fue tradicionalmente traducido como total apartamiento de la política. Alan García Pérez, cuando constituyente y antes de ser Presidente de la República dijo:

El Ejército, la Guardia Civil y Policía, la Marina y la Aero-náutica, constituyen instituciones democráticas que garantizan la existencia nacional y deben tener como base su apartamiento absoluto de toda actividad política (112).

Sin embargo, voces mesuradas y claras de las Fuerzas Armadas han abordado el tema de la necesidad de que las instituciones castrenses participen con razonabilidad en la emisión de opinión sobre asuntos importantes para la vida del país que las involucran. Dijo el general Julián Juliá en 1985 cuando había sido ya Comandante General del Ejército y desempeñaba el cargo de Ministro de Guerra:

Las Fuerzas Armadas no tienen futuro rol político. Su papel está perfectamente definido en la Constitución Política que nos rige y nosotros tenemos que atenernos a lo que ella dispone. Debo decir que los constituyentes de 1979 tuvieron la sabiduría de incorporar a la norma suprema que las Fuerzas Armadas «tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República»; y que ellas «participan en el desarrollo económico y social del país». De manera que nosotros nos encontramos satisfechos con nuestras responsabilidades. En cuanto al papel político que en el futuro tendremos, yo no encuentro ninguna posibilidad de que exista alguno que no sea el de las recomendaciones

(112) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*. Publicación oficial, República Peruana. Lima, 1978. Tomo VII, p. 479.

en materia de defensa nacional o política exterior, o en otros aspectos por los canales ya establecidos, que de alguna manera pueden ayudar al gobierno en el proceso de la toma de decisiones. Somos instituciones no deliberantes y estamos subordinados al poder político. La no deliberación implica, fundamentalmente en la práctica, que no debemos intervenir en aspectos políticos, y esto está bien (113).

En esta cita puede verse que el entonces Ministro de Guerra combina la apoliticidad de las Fuerzas Armadas, con su expresión de opinión en asuntos importantes que *pueden colaborar en la tarea de gobierno*, utilizando canales preestablecidos.

Creemos que ésta es la manera de entender adecuadamente el principio de que la fuerza pública no es deliberante: no quiere decir que no piensa en los problemas nacionales. Quiere decir que puede emitir opinión por canales adecuados y legalmente establecidos, sobre materias predeterminadas y que atañen a sus funciones, pero que no pueden pronunciarse abiertamente, ni menos presionar o tomar decisiones de naturaleza política.

El sometimiento al poder constitucional es el respeto de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en todo momento y circunstancia, al orden político establecido. Incluye a todas las autoridades del Ejecutivo, del Legislativo, del Judicial y de los demás órganos nacionales, regionales y locales existentes. Es la proscripción total de la rebelión o de la sedición. Es también la exigencia de que en todo momento cumplan las disposiciones legales y las ordenes impartidas por la autoridad política en ejercicio de sus funciones.

No ha habido buen ejemplo en el Perú tradicionalmente, y tampoco en los últimos años en esta materia. Recordamos dos episodios que significaron pronunciamiento político inaceptable:

(113) *Quehacer*. Lima, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, N° 34, abril de 1985, p. 11.

- El comunicado del Comando Conjunto respaldando el golpe de Estado de su Jefe Supremo el 05 de Abril de 1992. Desde luego, la situación fue de rompimiento del orden legítimo pero esto no es en absoluto un atenuante a la ilegitimidad con la que se actuó entonces.
- El otro es un caso que recuerda Enrique Bernales:

También se deben recordar algunos actos producidos cuando ya se encontraba en funciones el CCD, a propósito de las investigaciones en torno al asesinato de nueve estudiantes y un profesor, por parte de efectivos del Ejército en la universidad La Cantuta. En aquella ocasión, el Comandante General del Ejército, Nicolás Hermoza Ríos, fue involucrado por la comisión parlamentaria presidida por el Doctor Róger Cáceres y citado a declarar ante ella. El General Hermoza, en respuesta a tal requerimiento y en abierto desafío al Congreso, hizo desfilar tanques militares por las calles de Lima. Esta actitud no fue sancionada por ninguna autoridad civil (114).

A propósito del carácter no deliberante y del sometimiento al poder constitucional de la fuerza pública, debemos recordar otras normas importantes de la Constitución.

En primer lugar, las fuerzas armadas y la Policía Nacional no pueden ejercer el derecho de petición contenido en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución. Pueden hacerlo los militares y policías de manera individual, se entiende que para efectos de sus necesidades personales. Como dijimos al comentar este inciso, dar el derecho de petición institucionalmente a la fuerza pública traería inmediatamente el peligro de una presión difícilmente resistible por ser ellas las detentadoras del poderío material del Estado.

En segundo lugar, la prohibición a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo de elegir y ser elegidos

(114) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 403.

en comicios electorales, contenida en el artículo 34 de la Constitución. A esto hay que añadir la prohibición del artículo 91 de la Constitución, de postular a congresistas si no han dejado la condición de servicio activo seis meses antes.

En nuestro criterio, como ya dijimos antes en este trabajo y en reiteradas publicaciones, sería interesante reconocer a militares y policías el derecho al voto, no a ser elegidos, porque a ellos también afectan las decisiones políticas que se toman en el país y no es equitativo que no puedan pronunciarse electoralmente. De hecho, el voto militar ocurre en muchos países de reconocido prestigio democrático. Sería interesante probarlo en el Perú y corregir paulatinamente los problemas que se vaya encontrando.

Los militares y policías tienen prohibidos los derechos de sindicalización y huelga según el artículo 42 de la Constitución. Como oportunamente indicamos, esta decisión tiene respaldo en los instrumentos internacionales especializados.

La prohibición que tiene la fuerza pública de ingresar al recinto del Congreso sin autorización de su Presidente. Esto es una norma que discrimina la protección a las instalaciones del Legislativo, del acto de fuerza que significa la irrupción no autorizada que, aunque no tenga propósito de rebelión, puede significar una amenaza velada al ejercicio de la representación del Congreso.

Finalmente, está la obligación que les impone el artículo 186 de la constitución, de cumplir obligatoriamente las disposiciones que dicte la Oficina Nacional de Procesos Electorales para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. En el Perú la fuerza pública participa activamente en el control del orden y en la protección de cada una de las mesas de sufragio y de los centros de votación. El problema del orden en los comicios es de magnitud por la existencia del voto obligatorio, que hace discurrir por las mesas a toda la población nacional, a diferencia de otros países en los cuales la asistencia a votaciones es significativamente más reducida.

299. Artículo 170

«Artículo 170.- La ley asigna los fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tales fondos deben ser dedicados exclusivamente a fines institucionales bajo el control de la autoridad señalada por la ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre la fijación de recursos para las fuerzas armadas, tenemos normas de diversa expresión en los siguientes artículos, y que constituyen antecedentes más o menos indirectos de la disposición que ahora comentamos en la Constitución de 1993:

«Constitución de 1823, artículo 178.- El Congreso fijará anualmente el número de buques de la marina militar que deban conservarse armados».

«Constitución de 1860, artículo 123.- La fuerza pública no se puede aumentar ni renovar sino conforme a la ley. El reclutamiento es un crimen que da acción a todos, para ante los jueces y el Congreso, contra el que lo ordenare».

«Constitución de 1867, artículo 120.- La fuerza pública no se puede aumentar, ni renovar, sino conforme a la ley».

«Constitución de 1920, artículo 145.- La fuerza pública no se puede aumentar ni disminuir sino conforme a la ley. El reclutamiento es un crimen que da acción a todos ante los Jueces y el Congreso contra el que lo ordenare».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para este artículo que comentamos es el siguiente:

“Artículo 279.- La ley asigna fondos destinados a garantizar el

equipamiento que requieren las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente. Tales fondos no pueden ser dedicados sino a los fines que corresponden a cada una de dichas instituciones”.

Ambas Constituciones tienen el mismo contenido normativo en este punto, salvo que la de 1993 hace, correctamente a nuestro juicio, mención expresa a la necesaria supervisión de los fondos que utilicen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. La Constitución de 1979 no decía nada sobre esta supervisión en la parte de Defensa Nacional, aunque siempre habría podido interpretarse que dentro de ella, correspondía a la Contraloría porque cabía entre las funciones que tenía establecidas en la propia Constitución.

Análisis exegético

Los recursos logísticos que se asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son los que les permiten contar con los elementos materiales para cumplir sus objetivos. Lo primero que establece este artículo es que dichos recursos deben ser asignados por ley: siempre deberán constar y sólo podrán contar con los que efectivamente se les asignen.

Por la naturaleza de los gastos que deben hacerse, algunos elementos de su presupuesto son públicos y otros reservados. Sin embargo, ninguna repartición del Estado puede quedar sin control porque eso favorece la corrupción.

Por ello se dictan dos normas que pretenden ejercitar control sobre la disposición de estos recursos. La primera de dichas normas señala que los recursos asignados deben ser dedicados exclusivamente a los fines institucionales, es decir, que no podrán ser desviados hacia otros fines que no sean los directamente establecidos para las instituciones de la fuerza pública. La segunda norma establece que existirá una autoridad que supervigilará el uso de estos recursos. Este es un tema delicado porque, *en multitud de oportunidades se sostiene que los gastos militares secretos no deben ser conocidos por nadie.*

Es una buena práctica que algún organismo tenga la responsabilidad jurídica de más alto nivel para ejercitar dicho control y ese nivel es el constitucional. Por consiguiente, estamos de acuerdo con que la norma haya establecido la necesidad de dicho control en este rango normativo.

La institución que debe supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado es la Contraloría General de la República. De acuerdo al artículo 82 de la Constitución, tendría que ser ella la que se ocupa de esta tarea.

Sobre este tema dice César Valega con cuya conclusión concordamos:

Que el control de los fondos públicos destinados a la Defensa Nacional debe efectuarse por parte del Congreso Nacional, será una norma que permitirá preservar la reserva necesaria sin mengua del control democrático. Con esta regla se logrará que la Contraloría General de la República, realice el control de las cuentas de las FFAA, como lo hace con los demás pliegos del Presupuesto Nacional, bajo encargo directo del Parlamento Nacional (115).

300. Artículo 171

«Artículo 171.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 280.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país y en la defensa civil de acuerdo a ley”.

(115) VALEGA GARCIA, César. *Algunas propuestas de modificación al articulado sobre defensa nacional de la Constitución*. VARIOS AUTORES, *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 81-82.

Las normas de ambas Constituciones son exactamente iguales en este punto.

Análisis exegetico

En adición a sus finalidades fundamentales establecidas en los artículos 165 y 166 de la Constitución, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional colaboran también con el desarrollo económico del país en multitud de formas:

- Abren rutas con sus batallones de ingenieros.
- Capacitan en lugares alejados del territorio, a los que son de las pocas instituciones que tienen acceso.
- Colaboran activamente con las poblaciones de frontera que son los últimos hitos de la peruanidad en el territorio.
- Realizan campañas masivas de atención social, particularmente con sus equipos médicos.
- Colaboran prestando diversos servicios a las poblaciones necesitadas, particularmente en épocas de catástrofe en las cuales su espíritu de sacrificio y su disciplina les permiten realizar tareas que normalmente las personas y los grupos humanos no están en condiciones de llevar a cabo.
- Apoyan la organización de la sociedad con diversas finalidades.

También colaboran en la defensa civil que es la organización de la población para enfrentar peligros colectivos que van desde pequeños incendios hasta grandes desastres como terremotos, erupciones volcánicas o maremotos.

La defensa civil es una tarea permanente en la que participa toda la población organizada. Mientras mejor sea el grado de desarrollo de la defensa civil, menos vidas y bienes se perderán por efecto de los desastres naturales.

Según el Decreto Legislativo 743, del 08 de noviembre de 1991, que contiene la Ley de Defensa Nacional, las funciones del Sistema Nacional de Defensa Civil incorporado en la Defensa Nacional, son las siguientes:

“Decreto Legislativo 743, artículo 46.- Corresponde al Sistema Nacional de Defensa Civil proteger a la población, previendo daños, proporcionando ayuda oportuna y adecuada; y, asegurando su rehabilitación en caso de desastre o calamidad de toda índole, cualquiera sea su origen de acuerdo con la política y planes de Defensa Nacional. El Jefe del Sistema de Defensa Civil depende del Presidente de Consejo de Defensa Nacional”.

En toda situación mayor en la que se requiera la participación de defensa civil, el aparato de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional presta un apoyo fundamental por su alcance nacional y por su capacidad operativa. Potencia significativamente los esfuerzos que puede hacer por sí sola la sociedad civil.

Siempre ha sido un oficial general de las Fuerzas Armadas el que ha jefaturado Defensa Civil en el Perú.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el invalorable apoyo que la fuerza pública presta a Defensa Civil, nosotros somos de la opinión que debe ser un ente estatal independiente de los elementos castrenses, que desarrolle políticas propias de la sociedad civil y que, desde luego, esté en estrecho contacto con las demás instituciones del país, particularmente con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Pero lo cierto es que la defensa civil no es ni puede ser un apéndice de la Defensa Nacional. Tiene un alcance inmensamente mayor y cumple funciones en ámbitos y tiempos en los que la Defensa Nacional no tiene directamente nada que hacer. La incorporación de Defensa Civil en la Defensa Nacional es un evidente sesgo castrense que no corresponde a la realidad desde el punto de vista institucional del Estado. Debería corregirse.

301. Artículo 172

«Artículo 172.- El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo. Los recursos correspondientes son aprobados en la Ley de Presupuesto.

Los ascensos se confieren de conformidad con la ley. El

Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

De diversas maneras, las Constituciones del período que abordamos aquí se ocuparon del tema de los efectivos de las Fuerzas Armadas. Transcribimos las normas porque es prácticamente imposible hacer una síntesis de sus contenidos:

«Constitución de 1823, artículo 173.- El Congreso fijará anualmente el número de tropas necesarias en el ejército de línea, y el modo de levantar las que fueren más convenientes».

«Constitución de 1834, artículo 142.- No se darán más grados militares que los de las vacantes de plazas efectivas de los cuerpos permanentes de la fuerza pública, y los que se decreten por acciones distinguidas en el campo de batalla».

«Constitución de 1839, artículo 147.- Habrá lo más en el ejército un gran mariscal, tres generales de división, y seis de brigada».

«Constitución de 1839, artículo 148.- Habrá en la armada un vicealmirante y un contra-almirante y demás subalternos, según la ordenanza naval».

«Constitución de 1856, artículo 121.- No podrá haber en el ejército más de dos generales de división y cuatro de brigada; ni en la armada más de un contra-almirante».

El detalle de las normas anteriores es transformado por la Constitución de 1920 que estableció sobre la materia:

«Constitución de 1920, artículo 144.- La fuerza pública se compone del Ejército y de la Armada y tendrá la organización que designe la ley. Su número y el de Generales y Jefes se fijarán por la ley. No podrá

el Poder Ejecutivo proponer ni el Congreso aprobar ascensos sino en caso de vacante».

Lo sustantivo de esta disposición fue repetido en el artículo 216 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 281 de la Constitución de 1979 es el antecedente de éste que comentamos:

“Artículo 281.- Los efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son fijados anualmente por el Poder Ejecutivo. Los recursos correspondientes son aprobados en la Ley General de Presupuesto.

Los ascensos se confieren, en caso de vacancia, de conformidad con la ley. El Senado ratifica los ascensos en los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y de los Generales y grados equivalentes de la Policía Nacional”.

Las normas de ambas Constituciones son iguales respecto de estos temas, salvo en lo que se refiere a los ascensos de los oficiales con rango de General o Almirante en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional: según la Constitución de 1979 el Senado los ratificaba en una votación esencialmente política (que es como siempre se vota en el Congreso). La Constitución de 1993 da esta misma decisión política al Presidente de la República pero, muy importante, *según propuesta de la institución correspondiente*. Esto quiere decir que el Presidente no propone a quienes se deba ascender sino, más bien, tiene veto frente a las propuestas que le hagan las instituciones.

Análisis exegetico

El número de efectivos de la fuerza pública es importante porque permite que cumpla sus objetivos adecuadamente. Será menor en tiempo de tranquilidad que en el de movilización. Siempre habrá una medida de lo razonable y la dimensión que los efectivos alcancen es una decisión política, no técnica. Por ello tiene que ser asumida por el Poder Ejecutivo.

El costo de la fuerza pública debe ser establecido en el Presupuesto de la República, como todo otro gasto del Estado. A pesar de que ciertas partidas puedan ser reservadas, el total siempre debe estar establecido legislativamente.

Si el Gobierno controla verdaderamente las decisiones presupuestales sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, una parte importante de la subordinación al poder constitucional que exige el artículo 169 estará debidamente cumplida. Si escapan de dicho control presupuestal, lo más probable es que el poder constitucional sólo ejerza una autoridad nominal sobre las instituciones castrenses.

La segunda parte del artículo está referida a los ascensos que serán conferidos de acuerdo a la ley. Fue muy discutida la parte final, que otorga la atribución de conferir los ascensos de oficiales generales al Presidente de la República a propuesta del instituto de que se trate en cada caso.

La fórmula elegida, si es ejercitada como está previsto, puede garantizar la mejor solución al problema: el Instituto armado o policial hace su orden de mérito de acuerdo a los reglamentos y propone al Presidente de la República el que, en realidad, sólo podrá vetar pero no sugerir ascensos de unos en vez de otros.

Esto es, desde luego, en la teoría. Para que se haga realidad, tendrán primero que haber reglamentos adecuados; deberán ser cumplidos; deberán desterrarse los favoritismos de cualquier tipo; y, el Presidente de la República deberá actuar con moderación y autolimitación para no imponer nombres para los ascensos con el inmenso poder que tiene. En la medida que los hechos se acerquen a esta somera descripción, tendremos mayor idoneidad en los mandos. A medida que se alejen, tendremos un grado de desinstitucionalización más o menos grave según la intensidad de las distancias entre teoría y realidad.

Antes de la Constitución de 1993, los ascensos eran ratificados por el Senado y, en muchas oportunidades, ocurrieron verdaderas arbitrariedades, tanto a favor como en contra de los ascensos. El sistema fue muy criticado porque se lo tildó de político y se denunció en muchos casos un ejercicio irresponsable del voto infundamentado que se emitía en cada caso.

Al sistema actualmente vigente se ha criticado, también, la concentración de poder en el Presidente de la República, que de esta forma se vuelve la instancia definitiva sobre el tema de quien comandará a las instituciones castrenses.

Carlos Torres y Torres Lara defiende la opción de la Constitución de 1993:

En el caso de la ratificación de los generales el principio es el mismo. Si se parte del principio constitucional de que el Jefe de las FFAA es el Presidente de la República, el nombramiento no debe llevar la ratificación posterior por cuanto ello debilita el mando, en particular tratándose de un país latinoamericano donde los militares tienen tanto poder. Si el nombramiento de éstos es compartido con los congresistas, se debilita al poder civil por los acuerdos y negociaciones a que se presta el sistema. El poder que debe tener el Parlamento es para hacer leyes y para fiscalizar, pero no debe ser usado para debilitar al poder civil. El nombramiento de generales, desde el Congreso, lo único que hace es implementar una especie de compadrazgo mediante la promesa del ascenso (116).

Los argumentos del autor son endeblés: el poder civil es del Ejecutivo y también del Legislativo. La intervención de uno en vez de otro no aumenta ni limita al poder constitucional. Por lo demás no hay nada que negociar: uno propone y el otro acepta o rechaza. Esto ocurre en multitud de situaciones y no socaba ningún poder.

Y en cuanto a los compadrazgos, pueden ser tan intensos cuando decide el Congreso como cuando lo hace el Presidente. Y se han visto en ambos espacios.

César Valega muestra la misma posición que Torres y Torres Lara, pero con una propuesta más adecuada, al menos en nuestro criterio. Dice

(116) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú*. 1993. Lima, Asesorandina S.R.L., 1993, p. 63.

lo siguiente, cuando aún era posible que nuestro Congreso fuera bicameral:

El Congreso de la República no debe ratificar los ascensos de las FFAA, porque ello significa llevar al campo político partidario decisiones que deben quedarse en el marco estrictamente profesional. Sin embargo, sugerimos que para que se garantice la idoneidad en los procesos de ascensos, puede establecerse en la Carta que el Gobierno, a través del Ministerio respectivo, deba dar cuenta al Senado de los procedimientos y resultados de los ascensos militares anuales, antes de hacerse efectivos (117).

El que se de cuenta al Congreso, puede permitir una investigación de este órgano si detecta alguna irregularidad. Después de todo, puede investigar cualquier asunto de interés público. La facultad de investigación sólo sirve para averiguar si hubo alguna irregularidad en el proceso, caso en el cual se hará la denuncia correspondiente. El Congreso, en ningún caso, podrá alterar la decisión tomada. Más bien, si considerara que todo estuvo en orden, los ascensos seguirán sin alteración alguna.

Chirinos Soto también se opone a la opción que ha tomado la Constitución de 1993:

[...] que el Congreso o, en la Constitución del 79, el Senado ratifique los ascensos de los altos oficiales es una potestad del Poder Legislativo a la que va a ser muy grave que este Congreso renuncie. Va a ser una abdicación, la más grave de las abdicaciones, porque es el único instante en que el Congreso de la República tiene lo que pudiéramos llamar una conexión lícita con las Fuerzas Armadas.

[...]

(117) VALEGA GARCIA, César. *Algunas propuestas de modificación al articulado sobre defensa nacional de la Constitución*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 82.

¿En favor de quién? En favor del Presidente de la República. Esto sí trae desequilibrio de poderes. Yo hasta ahora no he hablado de eso, porque me parece que, con Carlos Torres y Torres Lara, ya lo hemos demostrado al país. Hemos conseguido un equilibrio de poderes. Nada es perfecto, pero nuestras fórmulas se aproximaban mucho al equilibrio de poderes; pero esto es el desequilibrio de poderes (118).

Nosotros pensamos que los ascensos deben tener las siguientes características:

- Deben ser hechos institucionalmente, es decir, según decisiones internas y regladas de los institutos correspondientes, de tal manera que asciendan los más capaces.
- Debe haber la posibilidad de un control externo sobre la rigurosidad de los procesos de ascenso, que maneje en sus manos directamente el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para evitar el favores y argollas.
- El Poder Ejecutivo debe otorgar los ascensos mediante instrumento legal a los oficiales generales de todas las instituciones porque, en ese rango, debe poder ejercitar el derecho de veto válidamente. Es bueno que este poder resida en el Presidente de la República (con el respaldo de la firma ministerial correspondiente) y no que sea el Congreso porque en éste se pueden cometer arbitrariedades impunemente. Sin embargo, este poder debe ser entendido sólo como de veto y tiene que establecerse una regulación de procedimiento que garantice que sólo funcione de esta manera.
- Todo esto debe complementarse con el principio de que las personas que ocupen las jefaturas máximas de las instituciones tienen que ser nombradas y removidas a discreción por el Jefe Supremo, de manera que el escalafón institucional no determine esta decisión, también fundamentalmente política.

(118) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 368.

- Desde luego, siempre queda abierta la posibilidad de que el Congreso de la República establezca una investigación sobre el procedimiento de ascensos militares y, de llegar a la conclusión que se ha cometido irregularidades, podrá sancionar y acusar de acuerdo al artículo 100 de la Constitución.

302. Artículo 173

«Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

De los órganos de justicia militar se habló en las siguientes reglas:

«Constitución de 1834, artículo 110.- Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y minería.

La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales, y sus respectivas atribuciones».

«Constitución de 1920, artículo 156.- La justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional”.

La ley 5862 de 22 de septiembre de 1927 modificó esta norma de la Constitución de 1920 de la siguiente manera:

“Artículo único.- La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional».

La Constitución de 1933 dio la siguiente disposición:

«Constitución de 1933, artículo 229.- La ley determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 282 de la Constitución de 1979 es el antecedente del 173 de la Constitución de 1993. Su texto es el siguiente:

“Artículo 282.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

Ambas normas tienen el mismo contenido, con dos diferencias:

- Con la Constitución de 1979, los civiles eran procesados ante el Fuero Militar por traición a la patria en caso de guerra exterior y por infringir el Servicio Militar Obligatorio. En la Constitución de 1993, a estas dos se añaden dos más: el caso de traición a la patria en guerra interna, y el caso de terrorismo.
- Establece que la casación de la Corte Suprema sobre las sentencias de los tribunales militares sólo procede cuando se impone la pena de muerte. La Constitución de 1979 no establecía proceso alguno de casación para este caso.

Análisis exegético

Tema de incesante polémica en el Perú es el tratado en este artículo de la Constitución. Los tribunales militares fueron establecidos originalmente para garantizar valores típicamente castrenses. El Decreto Ley 23201 promulgado el 19 de julio de 1980, Ley Orgánica de la Justicia Militar, dice lo siguiente al respecto:

“Decreto Ley 23201, artículo II del título preliminar.- Los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley Penal, mediante la aplicación de las sanciones que ésta señala. Su constitución y funcionamiento se rige exclusivamente por las normas que contiene esta Ley y el Código de Justicia Militar”.

De esta manera, los tribunales militares no están compuestos en su mayoría por personas que conozcan el Derecho sino por oficiales que pertenecen a la carrera militar o policial: según la Ley 26677 del 24 de octubre de 1996 el Consejo Supremo de Justicia Militar está compuesto por ocho vocales de los cuales cinco serán militares de carrera, no abogados, y los consejos de guerra que existen en cada zona judicial para las Fuerzas Armadas, o los Consejos superiores de justicia que existen en las mismas zonas para la Policía Nacional, están compuestos por tres vocales de los cuales uno es abogado. Los jueces instructores son todos abogados según la misma ley. De esta manera, la mayor parte de quienes sentencian en los tribunales militares cae en la consideración que hace Enrique Bernales en la siguiente cita:

Se desprende del texto que quienes integran los tribunales militares lo hacen en relación directa con la rotación de personal que administrativamente disponen los mandos militares, y no por tratarse de personal especializado, que además de ser militar de carrera tenga también la profesión de abogado. Por tanto, es claro que la composición de los tribunales está sujeta a disposiciones internas de la carrera militar y a la rotación de cargos (119).

(119) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 y la ju-*

Por esta razón, los tribunales militares siempre tuvieron que ver con los delitos de función que cometía el personal de los institutos armados y de la Policía. Excepcionalmente, juzgaban a los civiles que incumplían las normas del servicio militar obligatorio pero, en este caso, se supone que dicho civil estaba en relación directa con el medio castrense en este problema.

Sin embargo, debido en parte a la dureza de la lucha subversiva, y también a la incapacidad de los tribunales ordinarios para enfrentar judicialmente el fenómeno, se hizo bandera política el pasar los procesos de traición a la patria y de terrorismo a jurisdicción militar. Así quedó establecido en la Constitución, dentro del artículo que ahora tratamos.

Somos de la opinión que los civiles no deben ser juzgados y condenados por tribunales militares, salvo en el caso de violación de las normas sobre servicio militar obligatorio, y esto por varias razones:

- Estos tribunales no están conformados por personas cuya mayoría haya sido formada para pronunciarse sobre los derechos y los delitos que cometen otros seres humanos. Sin esa formación se producirán necesariamente muchos errores en los juzgamientos.
- Porque, adicionalmente, la especialidad de los tribunales militares es la de los delitos de función. Sus integrantes no conocen sino empíricamente de la significación de los hechos penales cometidos fuera de los cuarteles, de la misma manera que será difícil que jueces civiles conozcan verdaderamente de la significación de los delitos de función castrense.
- Porque en la medida que la mayoría de los vocales de los tribunales militares, que son quienes sentencian en los casos más serios, son oficiales en servicio activo que dependen jerárquicamente de los mandos militares existe en muchos, entre los que nos consideramos nosotros, la intuición no comprobable pero bastante firme de que, por más que haya formales declaraciones de independencia, siempre alguna influencia de dichos mandos existe y eso no es bue-

risdicción militar. En *Themis*, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, N° 31, julio de 1995, p. 202.

no, ni siquiera como hipótesis, que es como lo formulamos aquí (120).

Desde luego, esto no quiere decir que los tribunales ordinarios estén adecuadamente preparados para asumir problemas como los de terrorismo o traición a la patria, entre otros. Sin embargo, consideramos que a los civiles debe juzgarlos la justicia ordinaria. Para ello, habrá que dotarla de las calidades, medios e instrumentos legislativos adecuados a su función. Habrá que reconocer también que el Poder Judicial siempre estuvo pobremente dotado para la tarea y que, jueces penales que tenían que juzgar terroristas para luego tomar un microbus y viajar hasta su hogar porque no tenían automóvil ni, por supuesto, sistema de seguridad alguno, estaban en muy pocas condiciones materiales para cumplir adecuadamente la tarea que se les había encomendado.

Si los tribunales ordinarios reciben la atención adecuada no habrá ningún problema y, sí, mucha mejora en la administración de justicia en relación a la que ahora dan los tribunales militares en los mismos casos.

Hay que indicar que, como dice el mismo texto constitucional, los tribunales militares juzgan la traición a la patria y el terrorismo cuando la ley lo determine. Esto quiere decir que devolver estos procesos a la jurisdicción ordinaria no será inconstitucional sino, solamente, una de las posibilidades que abre la Carta.

-
- (120) Son muchos los casos en los que la actuación de los Tribunales Militares llama a preocupación. La falta de iniciativa que mostraron en el caso de los estudiantes y profesores secuestrados y asesinados en la Universidad Guzmán y Valle, y su posterior celeridad para asumir jurisdicción antes que lo hagan los tribunales ordinarios cuando los hechos se mostraban solos es algo difícil de explicarse con razones atendibles; la celeridad asombrosa que mostraron los tribunales militares para la orden de captura del General Robles a fines de 1996, captura que más pareció un operativo de secuestro que la realización de una orden judicial a juzgar por las circunstancias; las penas notablemente bajas que se ha impuesto por verdaderos asesinatos masivos y muchos otros eventos, siembran razonables inquietudes en los observadores que siguen de cerca los hechos.

Otro tema fundamental en relación a los tribunales militares es la determinación de los *delitos de función* que cumplen los militares y policías. El problema aparece porque, muchas veces, delitos que en el ámbito penal común hubieran recibido una pena muy grave como asesinatos agravados, en los Tribunales Militares reciben penas tremendamente benignas porque son tipificados bajo otras figuras penales.

Para Azabache, los delitos de función tienen las siguientes características:

Los llamados «delitos militares» o «delitos de función» son, en realidad, casos de incumplimiento de deberes castrenses, cuya especial sanción es garantizada por el ordenamiento en aplicación del llamado «principio de auto tutela institucional». Toda institución organizada jerárquicamente debe poder constreñir a sus subordinados a acatar las disposiciones de sus superiores. Las instituciones armadas no son una excepción a esta regla, así que la Constitución garantiza en su favor, a través de la justicia militar, la existencia de un cuerpo de normas que permiten castigar toda falta cometida en el ámbito de las corporaciones armadas (121).

Nosotros pensamos que no debe haber dos tipificaciones paralelas en el Derecho para el mismo fenómeno, y eso tanto más si significa una notable diferencia en la sanción aplicable, porque en realidad se convierte en un fuero de privilegio donde no todos somos iguales ante la ley y ni siquiera ante cualquier ley sino, precisamente, a la sanción penal. Esto es obvio desde que si alguien que asesina a varias personas es considerado un homicida agravado en un tribunal y otro que hace lo mismo es considerado un delincuente de función por excederse en el cumplimiento de las órdenes, entonces estamos utilizando dos varas para medir el mismo fenómeno. Esto es abiertamente inconstitucional.

Por ello, hemos siempre propuesto una norma que solucionaría tanto el problema de los privilegios, como el de conflicto del Código Penal

(121) AZABACHE C., César. *De nuevo sobre la justicia militar*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 165.

con el Código de Justicia Militar (Decreto Ley 23214, promulgado el 24 de Julio de 1980), y como también los conflictos de competencia por razón de la materia entre los tribunales militares y los tribunales ordinarios. Nuestra propuesta es la siguiente:

Cuando la conducta de un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional pueda ser tipificada indistintamente (aunque con tipos de delictivos diferentes) en el Código de Justicia Militar y el Código Penal o en las demás leyes penales comunes, entonces el proceso se llevará a cabo ante el fuero ordinario. La Corte Suprema dirimirá competencias entre estos fueros de ser el caso (122).

No es la fórmula que se utilizó hasta ahora, pero nos parece no sólo la técnicamente más limpia, sino también la más justa porque sólo permite el uso de una vara para medir las conductas presumiblemente penales, tanto de civiles como de militares.

Un problema particular que ha aparecido en el panorama de la jurisdicción militar, ha sido el tratamiento de los militares en retiro que, por consiguiente y de acuerdo a las reglas existentes, han pasado a recuperar la ciudadanía que se les había inhabilitado en el artículo 34 de la Constitución mientras estaban en servicio activo.

De acuerdo a las normas constitucionales estos ciudadanos han adquirido plenamente todos sus derechos civiles y políticos, que ejercerán dentro del marco de la Carta y de las leyes.

No obstante, en varias oportunidades se han presentado problemas porque algunos militares en retiro han sido juzgados en los tribunales militares por haber hecho declaraciones en medios de comunicación masiva, que estaban protegidas en primer lugar por el principio de que no hay de-

(122) Hemos expresado esta opinión, y aquí la ratificamos, en el siguiente trabajo publicado: RUBIO CORREA, Marcial. *Modificaciones constitucionales en materia de defensa y seguridad*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales* 8. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 78.

lito de opinión (inciso 3 del artículo 2 de la Constitución), y en segundo lugar porque, de acuerdo al inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, los delitos cometidos por los medios de comunicación se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Dice Enrique Bernales respecto de este tema:

¿Cuál es la situación real del personal militar que ha pasado al retiro, respecto del fuero militar? Este asunto tiene actualidad, pues son varios los oficiales en situación en retiro que por actos y opiniones de contenido político han sido juzgados por la justicia militar. Tal es el caso del General Jaime Salinas Sedó y los oficiales que intentaron insurgir en defensa de la Constitución, el 13 de noviembre de 1992; el de los generales Sinesio Jarama, Luis Cisneros y Germán Parra, por opiniones sobre asuntos relativos a la conducción superior del Ejército; y, el de los Generales Rodolfo Robles y Alberto Arciniegas, a propósito del caso La Cantuta. Recientemente, los generales Carlos Mauricio y Walter Ledesma, y el Capitán de Navío (r) Luis Mellet, por comentarios en torno a la conducción militar en el conflicto con Ecuador.

Precisemos, en primer lugar, que en ninguno de los casos mencionados se cometió delito alguno. Pero el abuso ha sido doble, porque no existiendo delito se les sometió a la acción de la justicia militar, que en todo caso no era competente para conocer, por tratarse de militares en situación de retiro.

Los tribunales militares no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales: al no formar parte activa de los respectivos institutos, no cumplen ninguna función castrense, y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función y la aplicación del Código de Justicia Militar. La segunda razón es que estos oficiales al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan la condición de civiles; es decir, son civiles” (123).

(123) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar*. En *Themis*, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, N° 31, julio de 1995, pp. 202, 203.

Compartimos plenamente los argumentos de Bernaldes: los militares en retiro no pueden ser juzgados por los tribunales militares en virtud de su actuación como ciudadanos porque estos hechos, en el supuesto que fueran delito, no están bajo la competencia de dichos tribunales y, además, porque al estar en el retiro no ejercen función y por consiguiente, no pueden cometer delitos de función. Las verdades son tan sencillas y evidentes en esta materia que es difícil imaginarse como se las puede oscurecer y hacer actuar a los tribunales en equivocación. Esto es malo cuando se pretende, precisamente, administrar justicia.

303. Artículo 174

«Artículo 174.- Los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial.

En ambos casos, los derechos indicados sólo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Norma antecedente de la que comentamos puede ubicarse en la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 217.- Los grados, honores y pensiones militares no pueden ser retirados sino por sentencia judicial, en los casos determinados por la ley».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 para este artículo es el siguiente:

“Artículo 284.- Los grados, honores, remuneraciones y pensiones

inherentes a la jerarquía de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar y policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de Oficial. En ambos casos los derechos indicados no pueden ser retirados a sus titulares, sino por sentencia judicial”.

Salvo cambios de puntuación, las dos Constituciones traen idéntica norma en este punto.

Análisis exegético

Desde la Constitución de 1979, la equivalencia formal entre personal de igual jerarquía de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, ha sido establecida en la Constitución. Los grados no fueron equivalentes hasta el Gobierno Militar del período 1968-1980, en el que estas normas se empezaron a establecer.

Las equivalencias alcanzarán inclusive a quienes no tiene grado o jerarquía de oficiales.

En el párrafo final se establece una garantía que es a todas luces razonable y, por lo demás, no debería ser exclusiva de militares y policías: la privación de los derechos sólo puede deberse a sentencia judicial, para lo cual tendrá que existir una sanción expresamente establecida en la ley.

En el Perú existen dos cuerpos legales que establecen la situación de los oficiales:

- El Decreto Legislativo 752, promulgado el 08 de noviembre de 1991; y
- El Decreto Legislativo 745, promulgado el 08 de noviembre de 1991.

En ambos casos, el artículo 1 dice, prácticamente con la misma redacción, que dadas las circunstancias especiales que afectan el normal desarrollo del país, consecuencia básicamente del accionar de la delincuencia terrorista y el tráfico ilícito de drogas, se hace necesario aplicar una estrategia integral para la Pacificación Nacional y restaurar la vigen-

cia del Estado de Derecho en todo el territorio nacional, lo que presupone redefinir la Situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, frente a las nuevas funciones, responsabilidades y tareas de pacificación que les corresponde asumir. Dentro de este marco, ambos decretos legislativos determinan la situación militar de los oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, así como la Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú con relación al Servicio, y definen y garantizan los derechos y obligaciones en función de la Categoría, Jerarquía, Grado y Empleo”.

304. Artículo 175

«Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización.

Se exceptúa la fabricación de armas de guerra por la industria privada en los casos que la ley señale.

La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para este artículo es el siguiente:

“Artículo 285.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra.

Todas las que existen, se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin indemnización ni proceso.

La ley reglamenta la fabricación, comercio, posesión y uso por los particulares de armas que no son las de guerra”.

Con pequeñas modificaciones de redacción que no afectan lo esencial de las disposiciones, todo lo contenido en la Constitución de 1979 está también en la de 1993. Sin embargo, esta última Carta añade que se podrá establecer industria privada de armas de acuerdo a ley. La Constitución de 1979 no traía norma alguna al respecto.

Análisis exegético

El artículo establece varias normas sobre las armas de guerra que pueden ser clasificadas así:

- El principio general consiste en que sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y utilizar armas de guerra. Este principio quiere decir que todos ellos las podrían utilizar pero no que en efecto lo van a hacer. Ello dependerá de las funciones que cumplan y del entrenamiento que se les de en concreto. Por ejemplo, sería absurdo que la Policía Nacional, que vela por el orden interno, adquiriera tanques de guerra. Sí podrá, en cambio, tener helicópteros artillados para cumplir funciones de control de la delincuencia, o de trabajos de frontera, por ejemplo.
- Si la regla anterior se incumple, la consecuencia es la confiscación de las armas: pasan al Estado sin indemnización alguna. Es el único caso en el que la Constitución establece una medida tan drástica. A nuestro juicio es correcta en la materia de que se trata, tanto por el problema que representan las armas de guerra en manos distintas a las autorizadas, como por la gravedad del incumplimiento producido.
- Se establece la posibilidad de que el sector privado pueda producir armas de guerra, cosa que sucede en efecto en muchos países, y para ello obviamente tendrá que poseerlas, al menos por un tiempo. Sería absurdo autorizar fabricaciones militares privadas y someterlas a la prohibición de la norma general. Por ello, la ley deberá autorizar el qué y el cómo producir y poseer en dicho caso.
- Los particulares podrán utilizar armas que no sean de guerra, sujetos a reglamentación del Estado. Esta reglamentación incluirá la fabricación, el comercio, la posesión y el uso de dichas armas. Se entiende que serán, principalmente, para fines de defensa.

En relación a la posesión de armas, existen dos normas que vale la pena detallar:

- La primera es el Decreto Legislativo 740 del 08 de noviembre de 1991, en el que se establece lo siguiente:

«Decreto Legislativo 740, artículo 1.- Las Rondas Campesinas reconocidas por la ley 24571 ubicadas dentro del ámbito territorial de las zonas declaradas en Estado de Excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, podrán adquirir por compra, donación por parte del Estado, particulares, armas de caza del tipo calibre 12 GAUGE, triple cero u otras, previa autorización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas».

«Decreto Legislativo 740, artículo 2.- Las armas a que se refiere el artículo anterior, serán empleadas por las Rondas Campesinas en actividades de autodefensa de su comunidad para evitar la infiltración terrorista y del narcotráfico, defenderse de los ataques de éstos y apoyar a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación».

Estas armas no fueron de guerra, pero sí han sido utilizadas en defensa de los propios campesinos frente a los ataques tanto del terrorismo como del narcotráfico.

- La otra regla es el artículo 1 del Decreto Legislativo 761, promulgado el 14 de noviembre de 1991. Su artículo 1 dice:

«Decreto Legislativo 761, artículo 1.- El que proporcione, porte, posea, guarde o utilice un arma de fuego, cualquiera sea su tipo y municiones en general de propiedad del Estado, destinado al uso de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú para el cumplimiento de sus respectivas funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal, incisos 1), 2), 4) y 8) respectivamente».

TITULO IV
CAPITULO XIII
SISTEMA ELECTORAL

305. TITULO IV, CAPITULO XIII: SISTEMA ELECTORAL

Si bien las normas sustantivas sobre los asuntos electorales no han cambiado de forma significativa, sí lo ha hecho la estructura orgánica que tiene que ver con el tema.

Hasta la Constitución de 1979, inclusive, el órgano que tenía a su cargo los asuntos electorales era el Jurado Nacional de Elecciones. A él le correspondían todas las atribuciones de mantenimiento de registros (de ciudadanos y de organizaciones políticas), conducción de los procesos electorales y resolución de los problemas de Derecho que se presentaran.

La Constitución de 1993 transforma esta organización en una que contiene tres órganos distintos entre sí:

- El Jurado Nacional de Elecciones, órgano colegiado que en esencia es una Corte Electoral que ejerce jurisdicción en este aspecto de la vida del Estado. De las atribuciones administrativas que tenía anteriormente, le queda la de mantener el Registro de Organizaciones Políticas.
- La Oficina Nacional de Procesos Electorales que es el órgano que organiza las votaciones de manifestación de voluntad popular, regula su desarrollo (artículo 186 de la Constitución de 1993) y brinda información permanente sobre el cómputo (artículo 182 del mismo texto).
- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que inscribe

los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros fenómenos del estado civil. Emite las constancias correspondientes. Mantiene el padrón electoral y el registro de los ciudadanos, emitiendo los respectivos documentos de identidad (Artículo 183 de la Constitución de 1993). Como resulta evidente, se ha trasladado a este órgano la atribución de llevar los registros de estado civil que antes condujeron las municipalidades.

De todos ellos, el Jurado Nacional de Elecciones es el órgano de representación del sistema cuando menos para dos asuntos:

- Iniciativa en la formación de las leyes de materia electoral (artículo 178 de la Constitución de 1993).
- Presentación del proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral y sustentación ante el Ejecutivo y el Congreso (también artículo 178).

306. Artículo 176

«Artículo 176.- El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

Como todo sistema, el electoral es el conjunto de órganos, normas y procesos que tienen por finalidad llevar adelante de la mejor manera las votaciones en que se expresa la voluntad popular. El primer párrafo pretende lo siguiente:

- Que la votación traduzca la expresión auténtica, es decir, que el resultado de los comicios sea equivalente a lo que el agregado de ciudadanos que votaron quisieron expresar en su voto.
- Que la votación traduzca la expresión libre, es decir, que la organización de los comicios sea hecha de tal manera que cada persona pueda votar libre de coacción alguna por el candidato de su preferencia. Para esto, el complemento del secreto es indispensable y aparece en las calidades del voto (artículo 31 de la Constitución) pero no aquí.
- Que la votación traduzca la expresión espontánea, lo que probablemente quiere decir que en el acto de votación, el resultado del voto sea lo que brota de la voluntad del ciudadano, para lo cual la preparación de la votación y el clima en el momento del sufragio resultan muy importantes. Esta espontaneidad es, en realidad, la materialización del voto libre.
- Que el escrutinio sea reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. El escrutinio es el recuento y asignación oficial de los votos según las distintas opciones por las que votaron los ciudadanos. Las votaciones deben ser organizadas de manera que el escrutinio refleje exactamente la voluntad, es decir, que lo que dicen los votos emitidos, sea lo que aparece en el acta final de conteo de votos, y que sea también un escrutinio oportuno, es decir, que se sepan los resultados con la mayor rapidez. Este tema es muy importante porque, muchas veces, un escrutinio deficientemente organizado puede torcer el sentido de la voluntad popular.

Las funciones que el segundo párrafo de este artículo asigna al Sistema Electoral son las siguientes:

- El planeamiento, organización y ejecución de las votaciones en las que el pueblo emite su opinión. Toda consulta popular, tenga la forma que tenga, debe ser realizada en todas sus instancias y sin interferencia de terceros, por los órganos del sistema. La realización incluye todos los pasos del actuar, desde el planeamiento inicial, hasta la terminación, que es la proclamación de representantes y la entrega de credenciales. En el medio hay un complicado proceso que a veces involucra millones de cédulas de sufragio repartidas en decenas de miles de mesas, con cientos de miles de miembros de las mesas de sufragio y otros tantos personeros, funcionarios y personal de la fuerza pública. En realidad, es una tarea descomunal, particularmente cuando se trata de una votación nacional.
- Mantenimiento de un registro único de identificación de las personas, que hasta ahora ha sido el llamado Registro Electoral que emitía las libretas electorales, instrumentos de identificación generalizados entre los peruanos. Es de suponer que este Registro emitirá en adelante algún documento de mayor rigurosidad para la identificación, como por ejemplo una cédula única.
- El registro de los actos que modifican el estado civil que son en buena cuenta el registro de nacimientos, de matrimonios y de defunciones que siempre fue encomendado a los municipios. La centralización, probablemente, obedece a la necesidad de consolidar la información que ahora está dispersa en poco menos de dos mil registros municipales no comunicados entre sí. La relación que debe haber entre este registro y el de identificación, es evidente por sí misma.

307. Artículo 177

«Artículo 177.- El sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

En cuanto a los órganos, el Sistema Electoral tiene estos tres que tienen funciones separadas que veremos en los artículos siguientes. En general, el Jurado Nacional de Elecciones ha quedado configurado como una corte electoral a la que se le añaden el registro de organizaciones políticas, la Oficina Nacional de Procesos Electorales como la encargada de organizar y realizar las votaciones, y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil como el órgano que lleva y actualiza permanentemente dicho registro.

Previamente, todas estas funciones se hallaban concentradas en el Jurado que, como órgano colectivo y conformado por personalidades no especializadas por función ni formación en la administración de grandes procesos, mostraban deficiencias en la realización de los comicios.

La Constitución indica que cada uno de estos órganos actúa con autonomía (de los otros dos y de los demás que no formen parte del Sistema Electoral) y que mantienen entre los tres relaciones de coordinación, con lo cual no se ha establecido a uno de ellos por encima de ninguno de los otros dos.

Esto, por supuesto, requiere dos matices:

- El primero es que en asuntos de decisión sobre validez de elecciones y escrutinios, la última palabra la tendrá el Jurado Nacional de Elecciones como entidad jurisdiccional sobre la materia (ver los artículos 142 y 181 de la Constitución).
- El segundo, es que según el artículo siguiente, es el Jurado Nacional de Elecciones el que presenta el Presupuesto ante el Congreso.

Desde que el sistema electoral empezó a funcionar con sus tres órganos, se han presentado ya varios conflictos de competencia, lo que se debe en buena cuenta a que no existe claridad respecto a la separación de competencias que, antes, estuvieron reunidas en una sola entidad.

A raíz de ello se ha producido dos normas que pretenden solucionar los problemas. La primera de ellas fue la Ley 26533, promulgada el 02 de octubre de 1995.

Sus principales disposiciones son las siguientes:

- Reconoce al Jurado Nacional de Elecciones, como no podía ser de otra manera desde el punto de vista constitucional, la atribución de resolver jurisdiccionalmente en instancia definitiva los asuntos en materia de elecciones, referendums u otras consultas populares, que hayan sido resueltos en primera instancia por los otros órganos del sistema electoral:

«Ley 26533, artículo 1.- El Jurado Nacional de Elecciones resuelve en instancia final y definitiva, el recurso que se interponga contra las resoluciones que expidan la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, sólo en asuntos electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares».

- Asigna al Jurado Nacional de Elecciones, en su artículo 3, diversas atribuciones específicas que ya tiene en términos genéricos en la Constitución y que están referidas a los siguientes aspectos:

- a) Administrar Justicia Electoral.
- b) Mantener y custodiar el Registro de Organizaciones políticas.
- c) Administrar a los Jurados Electorales Especiales.
- d) Fiscalizar la legalidad del Padrón Electoral.
- e) Velar por el cumplimiento de normas y disposiciones referidas a materia electoral.

- Establece que las contiendas de competencia del Jurado Nacional de Elecciones con cualquier otro organismo será resuelto por el Tribunal Constitucional, lo que es una solución adecuada a las normas constitucionales del caso:

«Ley 26533, artículo 4.- Las contiendas de competencia entre cualquier organismo, distinto al Jurado Nacional de Elecciones con éste último, se resuelven con arreglo al inciso 3) del artículo 202 de la

Constitución Política y a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley 26486. (Esta última ya no aplicable porque normaba el procedimiento mientras no existiera Tribunal Constitucional).

Contra las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía».

- Establece las reglas de presentación del presupuesto del sistema electoral, considerando a cada órgano como un pliego separado:

«Ley 26533, artículo 5.- La estructura del presupuesto del Sistema Electoral está conformada por tres pliegos presupuestales: el del Jurado Nacional de Elecciones, el de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los mismos que están incluidos en el Volumen 01 - Gobierno Central del Presupuesto del Sector Público».

«Ley 26533, artículo 6.- El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones ejerce la titularidad del pliego de este Organó Electoral; el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales ejerce la titularidad del pliego de esta Oficina; y la titularidad del pliego del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil se ejerce por su Jefe».

«Ley 26533, artículo 7.- El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas de los pliegos presupuestales de cada Organó Electoral. Lo sustenta ante esa instancia y ante el Congreso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 178 de la Constitución Política del Perú. A dichos actos también asisten, en forma obligatoria, el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con el propósito de absolver cualquier consulta en temas de su competencia».

No escapa de la lectura de este artículo que el sentido de su parte final es obligar al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones a presentarse ante el Congreso con los Jefes de los otros dos órganos. En realidad, esto les da la autonomía de poder expresar su

sustentación ante el Congreso, para lo que sólo bastará una pregunta genérica de cualquier congresista. Bien vistas las cosas, no es lo que manda la Constitución y, en los hechos, equipara a los tres organismos en la discusión de los proyectos presupuestales.

La Ley busca que la elaboración del proyecto de presupuesto de cada una de las entidades corresponda a sus necesidades y sea hecho por sus respectivas autoridades. Por eso manda lo siguiente:

«Ley 26533, artículo 9.- Corresponde al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, únicamente efectuar las coordinaciones necesarias para una presentación oportuna del Proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral diferenciando cada pliego que lo conforma. Corresponde a cada titular de pliego del Sistema Electoral la responsabilidad en su ejecución de acuerdo a las leyes pertinentes».

Una segunda norma de solución de conflictos se presentó a propósito de los formatos de inscripciones y se trata de la ley 26591, promulgada el 17 de Abril de 1996, y que trae las siguientes disposiciones:

- La primera se refiere a la atribución del Jurado Nacional de Elecciones de controlar las listas de adherentes a las organizaciones políticas registradas. La norma autoriza a que los formatos correspondientes sean desarrollados por el propio Jurado:

«Ley 26591, artículo 1.- Precísase que la función del Jurado Nacional de Elecciones a que se refiere el numeral 2 del inciso b) del Artículo 3 de la Ley 26533, comprende el diseño, impresión y expedición de los formatos, así como la verificación del cumplimiento de los requisitos formales exigidos, para la inscripción de las organizaciones políticas en el Registro de Organizaciones Políticas».

- La segunda está referida a la atribución de la Oficina Nacional de Procesos Electorales que la autoriza a recibir y remitir al Jurado Nacional de Elecciones la solicitud de inscripción de candidatos u opciones en procesos de ámbito nacional, para la expedición de credenciales, informando respecto del cumplimiento de los requisitos formales exigidos. La norma expedida dice:

«Ley 26591, artículo 2.- Precísase que la función de la Oficina Nacional de Procesos Electorales a que se refiere el inciso m) del artículo 5 de la Ley 26487 comprende el diseño, impresión y expedición de los formatos requeridos para la inscripción de candidatos independientes a elecciones y de opciones en procesos de referéndum u otras consultas populares a su cargo, así como la verificación del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para ella y la remisión al Jurado Nacional de Elecciones de la información respectiva».

Como puede verse, existen multitud de conflictos, grandes y pequeños, entre los órganos del Sistema Electoral. Y, en verdad, no todos tienen opinión favorable respecto al esquema adoptado. Dice Valentín Paniagua:

No hay país del continente que haya adoptado una organización análoga a la del Perú. En todos ellos hay un sistema institucional integrado. En la cúspide, una Corte o Tribunal que asegura al autonomía y la unidad de criterio, en la administración y en la justicia electorales. Desde luego que la experiencia internacional no desahucia, por sí sola, cualquier innovación. Lo hace, sin embargo, en el caso del Perú. La reforma introducida no ha sido precedida de propuestas o debates que la justifiquen o, cuando menos, la expliquen razonablemente. Es pues, en el mejor de los casos, inconsulta, además de irracional.

[...]

Todas las autocracias implicaron siempre un retroceso en materia electoral. La instaurada el 5 de abril no tiene por qué ser una excepción. No puede serlo, particularmente, si nos atenemos al hecho que la dación del nuevo texto constitucional no ha atenuado, sino que por el contrario, ha acentuado el carácter del régimen (124).

(124) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *Sistema electoral*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 234-235.

Nosotros pensamos que el establecimiento de los tres órganos especializados bajo la cobertura jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones no es una mala idea, y que hay que darle algún tiempo para saber si puede o no funcionar. De hecho, muchas deficiencias organizativas fueron notorias en las épocas en las que el Jurado Nacional de Elecciones tenía a su cargo todo el complejo problema de montar los procesos electorales o de mantener con modernidad los registros de partidos y de ciudadanos: un organismo colegiado difícilmente tiene la agilidad necesaria para lograrlo debidamente.

Sin embargo, es indispensable que la autonomía e integridad profesional de quienes laboren en los demás órganos del Sistema, quede a toda prueba y, sobre todo, se garantice que sea independiente por completo de las presiones políticas.

308. Artículo 178

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

- 1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.*
- 2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.*
- 3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.*
- 4. Administrar justicia en materia electoral.*
- 5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de los otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.*

6. Las demás que la ley señala.

En materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes.

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre los procedimientos electorales de que trata este artículo, hemos ubicado los siguientes antecedentes:

«Constitución de 1834, artículo 36.- Cada Cámara califica las elecciones de sus respectivos miembros, resolviendo las dudas que ocurran sobre ellas».

«Constitución de 1839, artículo 46.- Cada Cámara califica las elecciones de sus respectivos miembros, resolviendo las dudas que ocurran sobre ellas».

«Constitución de 1920, artículo 88.- Las Juntas Preparatorias de ambas Cámaras reunidas después que hayan elegido sus mesas directivas en la forma que determina el Reglamento, harán la apertura de las actas electorales y calificarán y regularán los votos emitidos para Presidente de la República y proclamarán como tal al ciudadano que haya obtenido la mayoría de votos, sin que en ningún caso puedan ser anulados los sufragios emitidos para Presidente en la elección de Representantes incorporados. El quórum para esta reunión es de 60 por 100 del total de miembros de cada Cámara. Las Cámaras, cuando haya renovación del Congreso, instalarán sus Juntas Preparatorias un mes antes de la Instalación del Congreso».

Además, como ya dijimos al estudiar los antecedentes de las atribuciones del Congreso, recibió este órgano la atribución de proclamar la

elección de presidente y vice-presidente de la República hecha por los colegios electorales: Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos antecedentes de la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 286.- El Jurado Nacional de Elecciones tiene a su cargo los procesos electorales. Le compete conocer las materias relativas al ejercicio del derecho de sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de credenciales, los procedimientos electorales y las demás señaladas en la ley”.

“Artículo 294.- El Registro Electoral y el Registro de Partidos Políticos dependen del Jurado Nacional de Elecciones. La ley establece su organización y función”.

Sólo los incisos 2 y 5 tienen antecedentes en la Constitución de 1979: el inciso 2 en el artículo 294 y el 5 en el 286.

También son nuevas las normas según las cuales tiene iniciativa legislativa, y prepara y sustenta el presupuesto del sistema electoral. La Constitución de 1979 no le daba estas atribuciones.

309. Artículo 178 inciso 1

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referendium y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.

[...]»

Análisis exegetico

La razón de ser del Jurado Nacional de Elecciones, y del aparato que existe debajo de él en todo el territorio nacional, es la adecuada manifestación de la voluntad popular en las elecciones y otras votaciones. Desde este punto de vista, la voz del Jurado es la que confirma los resultados democráticos más directos que puede haber en el país. Es el guardián de la voluntad popular y, con ello, de una parte importante de la democracia. Dice el artículo 2 de la ley 26486, promulgada el 17 de junio de 1995, que contiene la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones:

«Ley 26486, artículo 2.- Es fin supremo del Jurado Nacional de Elecciones velar por el respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales.

El Jurado Nacional de Elecciones ejerce sus funciones a través de sus órganos jerárquicos constituidos con arreglo a la presente ley. No existe ni puede instituirse jurisdicción electoral alguna independiente a la del Jurado Nacional de Elecciones».

En relación al proceso electoral mismo, el Jurado Nacional de Elecciones no tiene función ejecutiva sino fiscalizadora. Los aspectos que la Constitución le encarga desde esta perspectiva son:

- La legalidad del ejercicio del sufragio, es decir, que el planeamiento y la ejecución de las elecciones cumpla todos los requisitos que exige la ley para que el voto sea adecuadamente emitido por el ciudadano.
- La elaboración de los padrones electorales, para garantizar que todos y sólo los ciudadanos que tengan derecho al voto, figuren en ellos. Eliminar a alguien del padrón es impedirle su derecho al voto, lo que puede llegar a ser castigado penalmente según el párrafo final del artículo 31 de la Constitución: «*Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos*» (está hablando de varios entre los que se encuentra el de emitir su voto).

Desde la perspectiva de este inciso, el Jurado se convierte en el contralor de la validez jurídica de todo el proceso electoral.

A estas normas del inciso primero del artículo 178 de la Constitución, la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones hace las siguientes precisiones:

«Ley 26486, artículo 5.- Son funciones del Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

b. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio;

c. Fiscalizar la legalidad de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares; en cumplimiento del Artículo 178 de la Constitución Política del Perú y de las normas legales que regulan los procesos;

d. Fiscalizar la legalidad de la elaboración de los padrones electorales, luego de su actualización y depuración final previa a cada proceso electoral;

[...]

k. Declarar la nulidad de un proceso electoral, de referéndum u otras consultas populares, en los casos señalados en el artículo 184 de la Constitución Política del Perú y las leyes;

[...]

n. Recibir y admitir las credenciales de los personeros de las organizaciones políticas;

[...]

v. Autorizar para cada proceso electoral el uso del Padrón Electoral, elaborado por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil;

[...]”.

310. Artículo 178 inciso 2

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.

[...]».

Análisis exegético

El registro de organizaciones políticas inscribe a los partidos y otras entidades que agrupan a las personas y las instituciones para fines políticos: organizaciones, alianzas, movimientos, frentes, etc.

Para inscribirse en el registro hay que cumplir con determinados requisitos que se establecen en las leyes y que varían según de qué elección, y a menudo de qué distrito electoral, se trate.

Periódicamente, el registro de organizaciones políticas caduca (cosa que normalmente ocurre luego de las elecciones nacionales) y entonces todas las organizaciones inscritas que quieran volver a participar en comicios tienen que demostrar que pueden cumplir nuevamente los requisitos de inscripción. En muchos casos el escollo más grande para inscribirse es el número de firmas requerido, que se establece por ley.

Precisamente, uno de los temas más discutidos en el Perú ha sido el número de firmas que exige la legislación electoral vigente. Originalmente la cantidad necesaria para inscribir una organización política era de cien mil, pero la Ley 26452 del 10 de Mayo de 1995, ha establecido el siguiente requisito:

“Presentar relación de sus adherentes en número no menor al 4% del total nacional de electores, con la firma autógrafa de cada uno de aquéllos y la indicación del número de su libreta electoral;”

En el momento de escribir estas líneas el padrón electoral debe superar ligeramente los doce millones de ciudadanos. Esto quiere decir que el 4% llega prácticamente a quinientas mil firmas. El aparato organizativo y los recursos económicos necesarios para recolectar exitosamente tal número de suscripciones impide, en la práctica la participación política. Es probable que un número razonable esté entre el 1 y el 2% del padrón. La reforma debería hacerse.

Sobre el tema del registro de partidos políticos la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece las siguientes normas de detalle:

«Ley 26486, artículo 5.- Son funciones del Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

e. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas;

f. Resolver en instancia última y definitiva sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales;

[...]».

311. Artículo 178 inciso 3

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.

[...]».

Análisis exegético

Según esta función, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la indagación y eventual resolución de problemas que se presenten en materia de cumplimiento de normas sobre organizaciones políticas y materia electoral.

Deberá tener los instrumentos necesarios para supervisar que las normas se cumplan y las leyes especiales deberán crear los procedimientos por los cuales haga efectiva la normatividad y, desde luego, en los que los interesados tengan derecho de defensa y plena aplicación de las garantías de la función jurisdiccional.

En este sentido, es una labor complementaria a la que realiza en virtud del inciso 1 de este artículo.

312. Artículo 178 inciso 4

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

4. Administrar justicia en materia electoral.

[...]».

Análisis exegético

Como ya hemos dicho al comentar otros aspectos de la Constitución, en particular el referente al Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones es organismo jurisdiccional del Estado y con total autonomía del Poder Judicial. Así queda consagrado en los artículos 142 y 181 de la misma Constitución. La característica de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional propugnada por el inciso 1 del artículo 139 no es tal en el contexto de la Constitución.

El Jurado Nacional de Elecciones se regirá en esto por la ley que contenga los aspectos de fondo y de procedimiento que le corresponden y deberá también aplicar los principios y derechos de la función jurisdiccional contenidos en el artículo 139.

La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones especifica de esta manera la función jurisdiccional del órgano:

«Ley 26486, artículo 5.- Son funciones del Jurado Nacional de Elecciones:

a. Administrar justicia, en instancia final, en materia electoral;

[...]

f. Resolver en instancia última y definitiva sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales;

[...]

g. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral;

[...]

m. Resolver en última instancia, las reclamaciones que se presente sobre la constitución y el funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales;

[...]

o. Resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales especiales;

[...]

t. Resolver, en última instancia, las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos u opciones;

[...]”.

313. Artículo 178 inciso 5

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referendun o el de los otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.

[...]».

Análisis exegético

Son funciones típicas de una Corte Constitucional que actúa con la independencia propia de los órganos jurisdiccionales:

- Dice quienes son los elegidos o cuál alternativa ganó las otras votaciones sin lugar a discusión. Nadie más puede decirlo en vez del Jurado Nacional de Elecciones y nadie, tampoco, puede invalidar jurídicamente sus decisiones.
- Expide las credenciales que dan a cada persona la calidad de representante elegido. De esta manera, la credencial es también un acto jurisdiccional: de acuerdo a Derecho se dice quién fue elegido y quien no. Tampoco en esto hay reclamo posible fuera del Jurado Nacional de Elecciones.

La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones especifica esta función en los siguientes términos:

«Ley 26486, artículo 5.- Son funciones del Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

h. Proclamar los resultados del referéndum o de cualquier otro tipo de consulta popular;

i. Proclamar a los candidatos u opciones elegidos en los respectivos procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares;

j. Expedir las credenciales a los candidatos elegidos en los respectivos procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares;

[...]

u. Declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumirlos;

[...]”.

314. Artículo 178 inciso 6

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

6. Las demás que la ley señala.

[...]».

Análisis exegético

Es una manera de dar significado hermenéutico de validez constitucional a todas las demás atribuciones que le otorgue la ley. Cláusula de estilo en los artículos en que la Constitución distribuye competencias. En La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones están las siguientes:

«Ley 26486, artículo 5.- Son funciones del Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

I. Dictar las resoluciones y la reglamentación necesarias para su funcionamiento;

[...]

p. Absolver las consultas de carácter genérico no referidas a casos concretos, que los Jurados Electorales Especiales y los demás organismos del Sistema Electoral le formulen sobre la aplicación de las leyes electorales;

q. Denunciar a las personas, autoridades, funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones penales previstas en la ley;

r. Revisar, aprobar y controlar los gastos que efectúen los Jurados Electorales Especiales, de acuerdo con los respectivos presupuestos.

s. Dividir, a solicitud de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, las circunscripciones electorales en unidades menores, a fin de agilizar las labores del proceso electoral;

[...]

w. Diseñar y ejecutar programas de capacitación electoral dirigidos a los miembros de los organismos conformantes del Sistema Electoral;

x. Desarrollar programas de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía. Para tal efecto podrá suscribir convenios con los colegios, universidades y medios de comunicación. Esta función no será ejercida durante los procesos electorales;

y. Designar o cesar al Secretario General del Jurado Nacional de Elecciones;

z. Ejercer las demás atribuciones relacionadas con su competencia establecidas en la presente ley y la legislación electoral vigente».

315. Artículo 178 (párrafos finales)

«Artículo 178.-

[...]

En materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes.

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso.»

Análisis exegetico

Estas normas ratifican otras anteriores: la de iniciativa en la formación de las leyes en materia electoral hay que concordarla con el artículo 107 segundo párrafo de la Constitución.

La de la presentación del proyecto de presupuesto del sistema electoral, está también comentada a propósito del artículo 80. Allá nos remitimos para no duplicar ideas aquí. Simplemente diremos dos cosas importantes y específicas:

- Que es el Jurado Nacional de Elecciones y no los otros dos órganos, el que presenta el Proyecto de Presupuesto al Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso. Esto da al Jurado no una superioridad institucional sobre los otros dos órganos, pero sí una preeminencia formal.
- No es el Jurado el que elabora los presupuestos de los otros dos órganos sino que cada uno de ellos elabora sus propias partidas y las presenta al Jurado el que presenta todas las cifras (las suyas y las de los otros) a los poderes del Estado.

Todo ello se establece en la Ley 26533, comentada ya a propósito del artículo 177. Allá nos remitimos.

316. Artículo 179

«Artículo 179.- La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado nacional de Elecciones.

2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.

3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.

4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.

5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 287.- El Jurado Nacional de Elecciones, con sede en la Capital de la República, está constituido por siete miembros:

1. Uno elegido por la Corte Suprema de Justicia entre sus magistrados jubilados o suplentes quien preside el Jurado.

2. Uno elegido por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.

3. Uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima.

4. Uno elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales. Y

5. Tres elegidos por sorteo entre los ciudadanos propuestos por los Jurados Regionales del Norte, Centro y Sur de la República, de acuerdo a ley.

Al tiempo de designarse los miembros titulares se procede a nominar a los suplentes de cada uno de ellos”.

Tres de los miembros tienen el mismo origen en ambas Constituciones:

- El representante de la Corte Suprema que, sin embargo, ahora es elegido en secreto y puede ser magistrado en actividad. Ninguna de estas dos normas existía en la Constitución de 1979.
- El representante del Colegio de Abogados de Lima, aunque ahora se establece que debe ser uno de sus miembros. (Esto último no lo decía la Constitución de 1979).
- El representante de los decanos de las universidades públicas. La Constitución de 1993 añade que deben elegir entre sus ex decanos, exigencia esta última que no establecía la Constitución de 1979.

Los otros miembros tienen origen distinto de lo que establecía la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

Las normas son bastante claras para exigir comentario especial. Simplemente diremos que esta composición, es una forma efectiva de contribuir a que el Jurado sea independiente y que será muy difícil que con el sistema de votación que se ha establecido, grupo o partido alguno obtenga una mayoría que le permita manipular a este órgano. Por ello, estimamos acertada esta composición.

Según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, el Pleno tiene su presidente. Le asigna funciones:

“Ley 26486, artículo 22.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones es presidido por el miembro elegido por la Corte Suprema y tiene las siguientes funciones:

- a. Representar al Jurado Nacional de Elecciones en todos sus actos.
- b. Convocar y presidir las sesiones del Pleno, dirigir los debates y conservar el orden durante los mismos.
- c. Ejecutar los acuerdos del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.
- d. Ejecutar el presupuesto del Jurado Nacional de Elecciones.
- e. Ejercer en forma colegiada con los Jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Estado Civil e Identificación la titularidad del Pliego presupuestal del Sistema Electoral.
- f. Coordinar con los Jefes de los otros organismos del Sistema Electoral.

317. Artículo 180

«Artículo 180.- Los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no pueden ser menores de cuarenta y cinco años ni mayores de setenta. Son elegidos por un período de cuatro años. Pueden ser reelegidos. La ley establece la forma de renovación alternada cada dos años.

El cargo es remunerado y de tiempo completo. Es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial.

No pueden ser miembros del Pleno del Jurado los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 288 es el antecedente de éste que ahora comentamos, en la Constitución de 1979:

“Artículo 288.- Para ser miembro del Jurado Nacional de Elecciones, se exigen los mismos requisitos que para ser Senador.

El cargo es incompatible con cualquier otra función pública.

No pueden ser miembros del Jurado Nacional de Elecciones los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñan puestos directivos en los partidos políticos, alianzas o coaliciones o que los han desempeñado, con carácter de dirigentes nacionales, en los seis años anteriores a la fecha de la elección”.

Los requisitos para ser miembro del Jurado Nacional de Elecciones han variado considerablemente de una a otra Constitución:

- En la Constitución de 1979 se exigía la edad mínima de treinticinco años. En la de 1993 se exigen 45 como mínimo y setenta como máximo.
- La Constitución de 1979 no daba plazo a la elección, ni se pronunciaba a favor o en contra de la reelección. La de 1993 lo establece en cuatro años y, también, permite reelección.
- La Constitución de 1979 no fijaba normas sobre la renovación de los miembros del Jurado. La de 1993 establece la renovación alternada cada dos años según lo establezca la ley y, su novena disposición transitoria, dice que dicha renovación comienza por los representantes del Colegio de Abogados y de las facultades de Derecho de las universidades públicas.
- Ambas Constituciones prohíben a quienes han sido dirigentes nacionales de partidos políticos, ser miembros del Jurado pero, mientras la Constitución de 1979 lo prohibía a quienes los habían desempeñado en los seis años anteriores a la elección, la actual Constitución lo prohíbe a los que los desempeñaron en los últimos cuatro años.

Los temas en los que ambas Constituciones coinciden son los siguientes:

- Que el cargo es incompatible con cualquiera otra función pública. La Constitución de 1993 hace excepción expresa de la docencia universitaria a tiempo parcial, que ya estaba en la sistemática aunque no en el texto de la Constitución de 1979, y añade que la función es a tiempo completo.
- Coinciden las dos Constituciones, también, en que no pueden ser miembros del Jurado los candidatos a elección popular, ni quienes ejerzan cargos directivos de carácter nacional en una organización política.

Análisis exegetico

Es una norma de naturaleza administrativa y bastante clara que estimamos no requiere mayor comentario. Sólo es importante señalar tres cosas:

- Que el cargo a tiempo completo sea compatible sólo con la docencia a tiempo parcial es concordante con el artículo 40 de la Constitución.
- Resulta justificado que se prohíba ser miembro del Jurado a quienes son candidatos a cargos electivos, a quienes son directivos de organizaciones políticas, o a quienes lo fueron en los cuatro años previos a su postulación, porque hay que salvaguardar la independencia de criterio del Jurado y es posible que las personas antedichas no sean todo lo imparciales que se requiere. Desde luego, tampoco garantiza imparcialidad el que no hayan participado en estos asuntos previamente, pero la salvaguarda es perfectamente razonable en lo establecido.
- Por otro lado, en virtud de las edades mínimas y máximas, así como de los plazos indicados en el último párrafo, la convocatoria a postular para cubrir las diversas plazas según la forma de elección de cada una, tiene que ser un acto formal y determinable en el tiempo, que permita saber si se cumplen o no los requisitos con certidumbre.

La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece las siguientes normas adicionales, importantes para los miembros del Pleno:

- Las instituciones que menciona el artículo 179 de la Constitución (y que se repiten en el artículo 10 de la Ley Orgánica), elegirán por voto secreto a los miembros del Jurado y, además, designarán a dos miembros suplentes que puedan sustituir al titular en caso de impedimento o vacancia, norma esta última que nos parece adecuada para evitar que el Jurado pueda quedar en algún momento sin poder reunirse. Dice la Ley:

“Ley 26486, artículo 11.- Los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones serán elegidos por las instituciones mencionadas en el Artículo 10 de la presente ley mediante voto secreto, directo y universal de sus miembros y por mayoría simple.

En la misma oportunidad, dichas instituciones elegirán a dos miembros suplentes, quienes reemplazarán sucesivamente, al miembro titular en caso de muerte o incapacidad permanente o temporal, mientras dure ésta o impedimento sobreviniente”.

- Se les da rango equivalente al de vocales de la Corte Suprema de Justicia, es decir, el máximo rango posible para un organismo de naturaleza colegiada dentro del Estado:

“Ley 26486, artículo 13.- Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, de los mismos honores y preeminencia de los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Les son aplicables en lo pertinente las normas sobre responsabilidades y sanciones previstas para estos”.

- El cargo es irrenunciable durante el trámite de procesos de votación, norma razonable porque en esas condiciones, una renuncia puede acarrear drásticas modificaciones en la composición de la votación del Pleno y desestabilizar el mecanismo electoral de muchas maneras. Dice la ley:

“Ley 26486, artículo 16.- El cargo de miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones es irrenunciable durante los procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares.

- Aún cuando la Constitución permite la reelección sin establecer límite, el artículo 17 de la Ley Orgánica establece una reelección inmediata y luego un período sin reelección. Estimamos razonable la decisión, con la finalidad de que estos cargos no sean ejercitados por la misma persona durante períodos extensos. Al establecerse el período intermedio no se impide la reelección, pero sí se la regula y eso no es, en nuestro criterio, incompatible con la Constitución. La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones dice al respecto:

“Ley 26486, artículo 17.- Los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones son elegidos por un período de (4) cuatro años, pudiendo ser reelegidos, de inmediato, para un período adicional. Transcurrido otro período, pueden volver a ser elegidos miembros del Pleno, sujetos a las mismas condiciones.

318. Artículo 181

«Artículo 181.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referendium o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 trae la siguiente norma como antecedente del dispositivo que ahora tratamos:

“Artículo 289.- El Jurado Nacional de Elecciones es autónomo. El Jurado y sus órganos aprecian los hechos con criterio de conciencia. Resuelven conforme a derecho”.

Ambas Constituciones coinciden en lo siguiente:

- Que el Jurado aprecia los hechos con criterio de conciencia, lo que constituye una típica característica jurisdiccional.
- Que resuelve conforme a Derecho. La Constitución de 1993 dice que resuelve *con arreglo a ley y a los principios generales de derecho*. En nuestro criterio, es otra forma de referirse, precisamente, al Derecho como disciplina globalmente entendida.

La Constitución de 1993, sin embargo, dice expresamente que las resoluciones del Jurado en materia de votaciones populares tomadas como instancia final, no son revisables ni contra ellas procede recurso alguno. El artículo 142 de la misma Carta, dice que el Poder Judicial no tiene competencia alguna sobre esta materia. Si bien la Constitución de 1979 no dictó norma expresa sobre esto, se entendía que bajo ella tampoco era posible la revisión o traslado de competencia hacia el Poder Judicial. La Constitución de 1993 sí lo ha mandado muy claramente.

Análisis exegético

Como ya se ha establecido en el inciso 4 del artículo 178, el Jurado Nacional de Elecciones administra justicia en materia electoral. Este artículo se refiere a dicha función y hace las siguientes precisiones:

- El Pleno del Jurado, es decir, el colectivo compuesto por los miembros indicados en el artículo 179, aprecia los hechos con criterio de conciencia. El *criterio de conciencia* en materia jurisdiccional quiere decir que para el juzgador no existe *prueba plena* alguna y que todo lo que se presenta ante él como prueba de hecho, es susceptible de ser apreciado críticamente, es decir, aceptado o rechazado. En la teoría relativa a la jurisdicción civil común sí existe el concepto de prueba plena en el sentido de que un documento que tenga tal calidad, debe ser tomado como ciertos por el juez en lo que expresa. Es usual decir en este ámbito del Derecho: «A reconocimiento de parte, relevo de prueba».

En el caso de la jurisdicción electoral, el Pleno del Jurado se guiará por su conciencia al ameritar cada una de las pruebas de hecho y, por tanto, al resolver.

- Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del Dere-

cho. En esto la norma tiene limitaciones en la expresión que es necesario interpretar.

Cuando se dice que *«resuelve con arreglo a ley»*, se quiere expresar que las resoluciones del Jurado no pueden apartarse del significado que se obtenga de las normas jurídicas legislativas, desde la Constitución hasta la Resolución de menor rango que sea válida y, por tanto, aplicable al caso. El Jurado aprecia los hechos con criterio de conciencia, pero aplica el Derecho. No produce fallos de conciencia en el sentido que, en ciertas circunstancias, pueda resolver contra lo que manda la legislación. Está sujeto al principio de legalidad de sus decisiones.

La referencia a los principios generales del Derecho tiene que ser concordada necesariamente con el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución porque, al fin y al cabo, lo que el Jurado ejercita en estos casos es función jurisdiccional y, como ya hemos dicho, todo el artículo 139 se aplica cada vez que esta función se ejerce, no importando qué órgano lo haga. Por consiguiente, los principios generales del Derecho serán tomados en cuenta para los casos de vacío o deficiencia de la ley, pero no enfrentando el contenido de un principio determinado contra el texto de una norma legal también determinada para preferir al principio.

En la medida que todo el artículo 139 se aplica a las decisiones jurisdiccionales del Jurado, entendemos que también podrá fallar éste con recurso al Derecho consuetudinario cuando se produzcan el vacío o la deficiencia de la ley, según manda la parte final del inciso 8 del artículo mencionado.

- La parte final del artículo manda que en las consultas populares, las resoluciones del Jurado son de instancia final, definitiva y no son revisables, y que contra ellas no procede recurso alguno.

Esto no es sino la aplicación del principio de la cosa juzgada a las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (que son jurisdiccionales en virtud del inciso 4 del artículo 178 de la Constitución), precisamente en los términos que establecen los incisos 2 y 13 del artículo 139: no se pueden dejar sin efecto sus resoluciones, ni mo-

dificarlas ni retardar su ejecución, y los procesos respectivos no pueden ser reabiertos.

Debemos entender que tampoco se puede interponer contra ellas acción de naturaleza constitucional, salvo que se haya violado el procedimiento regular, caso en el cual por la supremacía constitucional y por la importancia de sus derechos, ella debería proceder de igual manera que sucedería con las acciones interpuestas contra resoluciones similares del Poder Judicial. (Hay que recordar que la parte final del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución establece que la acción de Amparo: «*No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*», regla que está fuera de sitio porque debe aplicarse también a las otras acciones constitucionales y, por tanto, debiera estar en artículo o, cuando menos, en párrafo aparte. En todo caso, es muy fácil hacer la analogía y aplicarla a las otras cuando fuera pertinente. Por lo demás, ello queda autorizado en la Ley 23506 y en la Constitución no está prohibido, por lo que consideramos que es perfectamente lícito hacer la aplicación propuesta).

También hay que aclarar que esta prohibición de revisar y de interponer recurso alguno se refiere solamente a las resoluciones del Jurado que tengan carácter jurisdiccional. En las que emita por función administrativa el recurso a la acción contencioso-administrativa, o a las demás que puedan ser interpuestas, incluyendo las constitucionales, es perfectamente lícito. Nunca habrá que confundir un acto jurisdiccional con un acto administrativo y asimilar el segundo al primero.

La Ley Orgánica añade algunas normas importantes sobre el funcionamiento del Pleno:

- La primera es referente al quórum de sesión y de votación:

“Ley 26486, artículo 24.- El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso de empate, el presidente tiene voto dirimente”.

- La segunda tiene que ver con el carácter público o secreto de sus sesiones y con los magistrados que pueden asistir a ellas, según el caso, con derecho a voz o a voto:

“Ley 26486, artículo 25.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones podrá deliberar en secreto, pero emitirá sus decisiones en forma pública. A las sesiones de Pleno sólo pueden asistir los miembros titulares y en su caso los miembros suplentes que los reemplacen, excepto lo dispuesto en el presente artículo y en el Artículo 27 de la presente ley. El jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional e Identificación y Estado Civil pueden concurrir a las sesiones del Pleno y participar en sus debates con las mismas prerrogativas de los miembros del Pleno, salvo la de votar. Concurren también cuando son invitados para informar”.

319. Artículo 182

«Artículo 182.- El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referendun y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedentes en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La Oficina de Procesos Electorales es la encargada de realizar todas las acciones necesarias para que las votaciones populares se lleven a cabo en el país. Por consiguiente, es un órgano esencialmente ejecutivo.

La Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es la número 26487, promulgada el 17 de Junio de 1995. Ella establece de la siguiente manera su finalidad última:

“Ley 26487, artículo 2.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales tiene como función esencial velar por la obtención de la fiel y libre expresión de la voluntad popular manifestada a través de los procesos electorales, de referéndum y otros tipos de consulta popular a su cargo”.

Su actuación deberá ser supervisada en función de sus atribuciones por el Jurado Nacional de Elecciones, no como organismo superior, sino bajo la forma de un control interorgánico, especialmente por aplicación de los incisos 1 y 3 del artículo 178 de la Constitución.

Las competencias específicas que le asigna la Constitución son las siguientes:

- Organizar todos los procesos de votación del pueblo. Esta labor supone aplicación de la ley electoral en todos sus aspectos procesales a partir de la convocatoria que haga el Poder Ejecutivo según el inciso 5 del artículo 118 de la Constitución, o la autoridad electoral (que entendemos sería el Jurado Nacional de Elecciones), según los artículos 44 y 45 de la Ley 26300 (Ley de los derechos de participación y control ciudadanos) para cada referendium.
- Elaborar el presupuesto de las votaciones, que será sometido a través del Jurado Nacional de Elecciones al Ejecutivo y luego defendido ante el Congreso, para la asignación correspondiente en la ley

(la función se otorga al Jurado en el último párrafo del artículo 178 y también en el artículo 80, ambos de la Constitución).

- Diseñar y aprobar la cédula de sufragio de cada proceso electoral, tarea delicada porque de no hacerse adecuadamente, puede producir muchos problemas: discriminación entre los candidatos por mejor presentación de unos que de otros; inducción a error en el ciudadano al emitir su voto; dificultad de comprensión que lleve a la anulación de muchos votos impropriamente emitidos, etc. Por eso, la elaboración de la cédula de sufragio es un asunto trascendental en toda votación.
- Entrega de actas y material necesario para los escrutinios. En el Perú de mediados de los años noventa, un proceso electoral nacional se realiza en alrededor de sesenta mil mesas de sufragio distribuidas a lo largo y ancho de toda la República, entre las horas de luz de un día domingo determinado. Esto quiere decir que, con las debidas seguridades para que nadie altere los documentos ni los sustraiga o añada, tienen que llegar a cada una de las mesas todos los materiales necesarios: ánfora, cédulas, formularios para las actas de escrutinio, sello y tinta indeleble para las constancias de votación, padrón de electores correspondiente, lapiceros para escribir los votos y, por último, una austera merienda para los tres miembros de mesa que estarán sentados en ella todo el día.

Es fácil ver que la tarea es ciclópea y que se necesita una buena maquinaria administrativa para realizar todo esto con eficiencia, puntualidad y exactitud. También es muy fácil darse cuenta que el resultado de toda la votación puede ser gravemente alterado si, por ejemplo, los padrones de electores llegan a mesas equivocadas, o si no hay actas de sufragio en cada una de ellas. Del éxito de esta labor administrativa, depende decisivamente la votación popular, con toda la significación que tiene para la democracia y para la estabilidad del sistema político. Esta responsabilidad parece muy burocrática, pero entraña profundo significado político.

- Difundir los resultados de los escrutinios, esto es, anunciar el resultado del acto electoral.

Debemos distinguir entre escrutinio y cómputo. El *escrutinio* consiste en el reconocimiento de los votos emitidos y en la ameritación de su calidad como válidos, nulos, etc. El *cómputo* es el cálculo matemático del resultado electoral: votos por cada una de las candidaturas, votos en blanco y viciados, todos por separado. (Según el *Diccionario de la Lengua Española*, *Escrutinio* es «Reconocimiento y regulación de los votos en las elecciones o en otro acto análogo». Según el mismo *Diccionario*, *cómputo* es «cuenta o cálculo».

El escrutinio está regulado en el texto único integrado de la ley electoral (aprobado por Resolución 043-94-JNE promulgada el 09 de Agosto de 1994) entre sus artículos 134 y 151. El cómputo entre los artículos 152 y 171 del mismo cuerpo legislativo.

La difusión de los resultados electorales es también una tarea delicada porque la información oficial es determinante para saber el futuro político del país, que es mucho más amplio en significado que el simple resultado electoral. Por ello, tiene que hacerse con gran responsabilidad y seriedad.

La Constitución exige que brinde información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Esto significa que la Oficina no puede permanecer callada sobre el resultado electoral después de iniciado el escrutinio en mesa. Por el contrario, tiene que informar permanentemente sobre los resultados parciales que va obteniendo, en el orden en que lleguen. Un silencio de varias horas en información oficial sobre resultados, genera profunda desconfianza en un acto electoral y no debe ocurrir.

También es importante que la Oficina de garantía a todas las personas de que su imparcialidad en el anuncio de los escrutinios es intachable. Cualquier duda sobre ello, contribuye decisivamente a desestabilizar el sistema político que, por ser democrático-representativo, tiene una de sus bases más sólidas en la confianza sobre la honestidad de los órganos del sistema electoral.

Según la parte final del artículo, la ley podrá añadir funciones a esta Oficina. En lo que concierne a la Ley Orgánica, establece estas atribuciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales:

Ley 26487, artículo 5.- Son funciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales:

a) Organizar todos los procesos electorales, del referéndum y otras consultas populares.

b) Diseñar la cédula de sufragio, actas electorales, formatos y todo otro material en general, de manera que se asegure el respeto de la voluntad del ciudadano en la realización de los procesos a su cargo.

c) Planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de la normatividad vigente.

d) Preparar y distribuir a las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales el material necesario para el desarrollo de los procesos a su cargo.

e) Brindar, desde el inicio del escrutinio, permanente información sobre el cómputo en las mesas de sufragio y Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales a nivel nacional.

f) Dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios.

g) Dictar las resoluciones y la reglamentación necesaria para su funcionamiento.

h) Divulgar por todos los medios de publicidad que juzgue necesarios, los fines, procedimientos y formas del acto de la elección y de los procesos a su cargo en general.

i) Garantizar al ciudadano el derecho al ejercicio del sufragio.

j) Coordinar con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la elaboración de los padrones electorales.

k) Recibir del Jurado Nacional de Elecciones los Padrones electorales debidamente autorizados.

l) Obtener los resultados de los procesos a su cargo y remitirlos a los Jurados Electorales.

m) Recibir y remitir al Jurado Nacional de Elecciones a solicitud de inscripción de candidatos u opciones en procesos de ámbito nacional, para la expedición de credenciales, informando respecto del cumplimiento de los requisitos formales exigidos.

n) Revisar, aprobar y controlar los gastos que efectúen las Oficinas Descentralizadas a su cargo, de acuerdo con los respectivos presupuestos.

ñ) Diseñar y ejecutar un programa de capacitación Operativa dirigida a los miembros de mesa y ciudadanía en general, durante la ejecución de los procesos electorales.

o) Evaluar las propuestas de ayuda técnica de los organismos extranjeros y concertar y dirigir la ejecución de los Proyectos acordados en los temas de su competencia.

p) Establecer los mecanismos que permitan a los personeros de las organizaciones políticas y de los organismos de observación hacer el seguimiento de todas las actividades durante los procesos a su cargo.

q) Ejercer las demás atribuciones relacionadas con su competencia”.

El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es un alto magistrado de la República pues tiene un nombramiento análogo al de los Jueces del Poder Judicial: debe ser nominado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años y puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Esto quiere decir que ningún otro órgano del Estado puede removerlo y que goza de estabilidad en el cargo mientras observe conducta idónea. La Ley Orgánica da una idea muy vaga de la falta grave por la cual podría ser destituido:

“Ley 26487, artículo 8.-

[...]

Puede ser removido por el propio Consejo Nacional de la Magistratura por la comisión de falta grave. Se considera falta grave, a título enunciativo mas no limitativo, la comisión de actos que comprometan la dignidad del cargo o lo desmerezcan en el concepto público”.

Tiene las mismas incompatibilidades de los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que son:

- No puede ejercer otra función pública excepto la docencia a tiempo parcial (artículo 180, fin del segundo párrafo).
- No pueden ser Jefe de la Oficina los candidatos a cargo de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación (artículo 180, tercer párrafo).

Hemos comentado ya estas incompatibilidades en la parte referida al artículo 180.

No consideramos como incompatibilidad la edad exigida por el artículo 180 para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones porque no se trata de una calidad alternativa, sino de un pre-requisito para la persona que va a postular a este cargo.

La Ley Orgánica precisa algunas condiciones de inelegibilidad que son perfectamente compatibles con la Constitución:

“Ley 26487, artículo 9.- Se encuentran impedidos de ser elegidos jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales:

- a) Los menores de cuarenta y cinco y mayores de setenta años de edad;
- b) Los candidatos a cargos de elección popular;
- c) Los ciudadanos que pertenecen o hayan pertenecido en los últimos cuatro (4) años a una organización política, que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los

han desempeñado en los cuatro (4) años anteriores a su postulación; o que hayan sido candidatos a cargos de elección popular en los últimos cuatro (4) años;

d) Los miembros de la Fuerza Armada y Policía Nacional que se hallen en servicio activo”.

320. Artículo 183

«Artículo 183.- El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad.

Ejerce las demás funciones que la ley señala.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que en la Constitución de 1979 es antecedente del que comentamos, tiene el siguiente contenido:

“Artículo 294.- El Registro Electoral y el Registro de Partidos Políticos dependen del Jurado Nacional de Elecciones. La ley establece su organización y función”.

El artículo 183 de la Constitución de 1993 es totalmente nuevo, salvo en la parte que se refiere al padrón electoral, que ya figuraba en el artículo 294 de la Constitución de 1979, pero encargado al Jurado Nacional de Elecciones (que era el único órgano estatal electoral en ella).

Análisis exegetico

Sobre el primer párrafo, valen exactamente todos los comentarios hechos a propósito del similar del artículo anterior en referencia al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, porque las normas son idénticas.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, tiene a su cargo el registro de la información personal más importante, y la identificación de quienes figuran en dicho registro. Se incluye entre sus atribuciones la de otorgar los documentos de identidad necesarios. Sustituye e integra, de esta manera, la labor que antes hacían por separado y con información diferente el Registro Electoral (antes en manos del Jurado Nacional de Elecciones) y el Registro de Estado Civil (antes en manos de los concejos municipales y tremendamente fragmentado porque lo llevaban el millar y medio de municipalidades distritales que existen en todo el país). Parece obvio que la integración de estas entidades y funciones en un sólo órgano es adecuada.

Las funciones concretas que la Constitución da al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil son:

- Inscribir los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el estado civil. Esta es precisamente la sustitución que el Registro hace del trabajo que antes se hallaba asignado a los municipios. Tendrá la ventaja de tener un centro único de acumulación de información. En la actualidad, en cambio, cada uno de estos hechos se registra en un municipio distrital y existen más de mil quinientos en el país. Inclusive, el hecho se registra donde ocurre, de manera tal que la partida de nacimiento de una persona puede estar registrada en un municipio, su matrimonio en otro y su defunción en un tercero. Hacer el respectivo cruce de información puede ser una tarea casi imposible y, en los casos en que el registro distrital haya desaparecido (cosa frecuente en años

pasados en las zonas atacadas por el terrorismo), la persona se queda sin documentación. La centralización de este registro es necesaria aunque, como es obvio, tendrá que haber de todas maneras colaboración entre el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y los concejos municipales, tanto para hacer los nuevos registros, como para traspasar los existentes.

La Constitución añade que emite las constancias correspondientes a los registros con que cuenta, es decir, lo que ahora denominamos copias de partida.

- Preparar y mantener actualizado el padrón electoral. Es la labor de registro de los ciudadanos para que puedan ejercitar sus derechos políticos, tal como manda el artículo 30 de la Constitución en su parte final. La mantención del Registro Electoral requiere una labor permanente de inscripción y depuración para que permanezca actualizado: recibir a los nuevos ciudadanos que se inscriben y borrar a quienes dejan de ser peruanos (y por tanto no tienen derechos políticos) y a los que fallecen o de otro modo tienen la ciudadanía suspendida (ver los artículos 33 y 34 de la Constitución).

La integración del padrón electoral y del Registro de Estado Civil es una ventaja desde este punto de vista porque se va a poder controlar si quien se inscribe por cumplir dieciocho años tenía previamente registrado su nacimiento y si los datos correspondientes coinciden. También se podrá cancelar del Registro Electoral de manera automática a quienes estén inscritos en él y de quienes se asiente la partida de defunción. Por medios computarizados basta con una orden que la base de datos tenga automáticamente incorporada en la programación.

- Proporcionar al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Esta función tiene que ver, fundamentalmente, con la elaboración de los padrones electorales que debe hacer la Oficina Nacional, y que debe supervisar el Jurado (parte final del inciso primero del artículo 178 de la Constitución).

Los padrones electorales son los instrumentos que utilizan los

miembros de las mesas de sufragio para saber si un determinado ciudadano debe o no votar en dicha mesa. Son de trascendental importancia porque de acuerdo a ellos puede o no ejercerse el derecho de sufragio. Por otro lado, elaborarlos es tarea complicada porque como en el Perú actual se vota en algo más que sesenta mil mesas, hay que elaborar un padrón por mesa, sin errores.

- Mantener el registro de identificación de los ciudadanos y emitir los documentos que acreditan su identidad. Es un tercer registro, pero complementario de los anteriores. Probablemente emitirá una cédula única de identificación que utilizará cada uno de los inscritos.

Además, el artículo autoriza que la ley establezca funciones adicionales en su parte final, lo que es una norma de estilo en la atribución de competencias.

Por Ley 26497 del 11 de Julio de 1995 se aprobó la Ley orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Su artículo 7 establece las funciones del Registro con detalle:

«Ley 26497, artículo 7.- Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil:

- a) Planear, organizar, dirigir, normar y racionalizar las inscripciones de su competencia;
- b) Registrar los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley;
- c) Emitir las constancias de inscripción correspondientes;
- d) Preparar y mantener actualizado el padrón electoral en coordinación con la Oficina Nacional de Procesos Electorales;
- e) Proporcionar al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones;
- f) Mantener el Registro de Identificación de las personas;
- g) Emitir el documento único que acredita la identidad de las personas, así como sus duplicados;

- h) Promover la formación de personal calificado que requiera la institución;
- i) Colaborar con el ejercicio de las funciones de las autoridades policiales y judiciales pertinentes para la identificación de las personas, dejando a salvo lo establecido en el inciso siguiente y en los incisos 1), 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú;
- j) Velar por el irrestricto respeto del derecho a la intimidad e identidad de la persona y los demás derechos inherentes a ella derivados de su inscripción en el registro;
- k) Garantizar la privacidad de los datos relativos a las personas que son materia de inscripción;
- l) Implementar, organizar, mantener y supervisar el funcionamiento de los registros dactiloscópico y plematoscópico de las personas;
- m) Brindar, durante los procesos electorales, la máxima cooperación a la Oficina Nacional de Procesos Electorales, facilitando el uso de su infraestructura material y humana;
- n) Cumplir las demás funciones que se le encomiende por ley».

Es fácil darse cuenta que la labor del Registro se extiende a todo el territorio nacional en variada gama de inscripciones. Todo ello hace que su labor sea compleja y, a menos que entre en colaboración con otras instituciones, requerirá de un aparato extenso y caro. Por ello, el artículo 8 autoriza la vinculación del Registro con los siguientes organismos:

«Ley 26497, artículo 8.- Para el ejercicio de sus funciones, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil mantiene estrecha y permanente coordinación con las siguientes entidades:

- a) Municipalidades provinciales y distritales;
- b) Municipios de centro poblado menor;
- c) Instituto Nacional de Bienestar Familiar;
- d) Consulados del Perú;
- e) Comunidades campesinas y nativas reconocidas;
- f) Centros de salud públicos o privados que intervienen en el proceso de certificación de nacimientos o defunciones;
- g) Agencias municipales autorizadas;
- h) Poder Judicial;
- i) Cualquier otra dependencia, instancia o entidad, pública o privada, cuando ello fuese necesario».

321. Artículo 184

«Artículo 184.- El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un referendun o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos.

La ley puede establecer proporciones distintas para las elecciones municipales.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Dos artículos de la Constitución de 1979 son antecedentes del 184 de la Constitución de 1993:

“Artículo 290.- El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad del proceso electoral nacional en los siguientes casos:

- 1. Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o en blanco.*
- 2. Cuando se anulan los procesos electorales de una o más circunscripciones que en conjunto representan el tercio de la votación nacional válida”.*

“Artículo 292.- El Jurado Nacional de Elecciones puede declarar, en instancia de apelación definitiva, la nulidad de las elecciones de una determinada circunscripción electoral, por las siguientes causales:

- 1. Por graves irregularidades en el proceso electoral que sean suficientes para modificar los resultados de la elección. Y*
- 2. Cuando comprueba que los votos emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o en blanco”.*

De los dos incisos que tenía el artículo 290 de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 toma sólo el primero y, además, lo extien-

de a los efectos de toda consulta popular posible, no sólo para las elecciones de representantes (que era el caso de la Constitución de 1979). Tampoco recoge las normas del artículo 292 de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

En el Perú el voto es obligatorio hasta los setenta años de edad (artículo 31 de la Constitución). Por consiguiente vota una altísima proporción de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Puede ocurrir, sin embargo, que por discrepancia con el proceso electoral, o simplemente por complicaciones en el proceso de votación (como por ejemplo comprensión deficiente de la cédula de sufragio), exista un altísimo porcentaje de votos en blanco o nulos. La Constitución considera que si su número supera los dos tercios de los votos emitidos, la voluntad ciudadana no puede ser adecuadamente interpretada y establece el deber del Jurado de anular todo el proceso. Si se ve atentamente la norma, puede notarse que la declaración de nulidad no queda a discreción del Jurado. En tal caso, deberá procederse a una nueva elección.

Esta norma se aplicará al referéndum, a la elección de Presidente de la República, a la elección de congresistas y a otros tipos de consulta popular que se establezcan, salvo a las elecciones municipales. En ellas, la ley electoral puede disponer proporciones distintas porque nos hallamos ante distritos electorales disímiles entre sí que podrían merecer tratamiento diferenciado.

Las resoluciones que recaigan sobre la revisión que autoriza el artículo 185 de la Constitución, engrosan ese dos tercios con cada voto que anulan.

322. Artículo 185

«Artículo 185.- El escrutinio de los votos en toda clase de elecciones, de referendun o de otro tipo de consulta popular se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio. Sólo es revisable en los casos de error material o de impugnación, los cuales se resuelven conforme a ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que antecede a esta norma en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 291.- El escrutinio de los votos, en toda clase de elecciones, se realiza en acto público e ininterrumpido, sobre la mesa de sufragio. Es irrevisable, salvo los casos de error material e impugnación que se resuelven conforme a ley”.

Con una ligera modificación de redacción, que no afecta lo esencial del contenido normativo, ambas Constituciones establecen las mismas normas respecto de este tema.

Análisis exegético

Como ya hemos dicho, el escrutinio es el reconocimiento de los votos emitidos y su ameritación como válidos, nulos, en blanco, etc. Es un procedimiento que debe hacerse en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio, con la finalidad de que se pueda verificar la honestidad con que se realiza. Es mejor hacerlo en mesa que transportar los votos a un lugar donde se concentre el escrutinio porque en ese caso si alguien quiere hacer fraude puede causar más daño que en mesa (donde sólo podrá afectar a alrededor de doscientos votos). Además, en el trayecto pueden perderse cédulas de sufragio, o éstas pueden ser suplantadas dolosamente. También pueden aparecer accidentalmente, discrepancias entre el total de votos existentes y el total de votantes registrados.

En general, el transporte de los votos a un lugar de centralización, conlleva problemas y prácticamente ninguna ventaja.

El escrutinio así realizado no es revisable salvo en dos casos:

- Cuando se trata de error material, es decir, de un error que salta a simple vista como, por ejemplo, una operación matemática equivocada o una equivocación al consignar la cifra de dicha operación.
- Cuando se impugna el resultado del escrutinio en mesa y, entonces, son los organismos establecidos por ley los que deben revisar el escrutinio y pronunciarse sobre él.

Para todos estos casos de revisión, existen procedimientos claros que deben ser observados desde la misma mesa de sufragio como por ejemplo, hacer constar en el acta de mesa los problemas que fueron encontrados o las impugnaciones que se presentaron; el envío con las seguridades debidas de los documentos en conflicto hasta el Jurado competente para resolver, etc. El incumplimiento de estas normas acarreará la imposibilidad de revisión.

En la práctica electoral, la suma exacta de los escrutinios y cómputos de las mesas de sufragio nunca coincide con el resultado final oficial porque, en el camino, estas revisiones cambian en algo las cifras (por ejemplo, existen resoluciones que anulan votos en una mesa, o que anulan una mesa completa o, aún, que anulan un grupo de mesas determinado). Desde luego, estos votos anulados deben ser computados para efectos de determinar los dos tercios que hacen declarar la nulidad del proceso electoral según el artículo 184 de la Constitución.

Como hemos dicho ya antes, el escrutinio está regulado en la Ley de Elecciones cuyo Texto Unico Integrado fue aprobado mediante Resolución 043 94 JNE promulgada el 09 de Agosto de 1994, entre sus artículos 134 y 151.

323. Artículo 186

«Artículo 186.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 tiene el siguiente antecedente respecto de este tema:

“Artículo 293.- El Jurado Nacional de Elecciones dicta las instruc-

ciones y disposiciones para el mantenimiento del orden y la libertad electorales en los comicios. Dichas instrucciones y disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y para la Policía Nacional”.

Las dos Constituciones contienen normas que van en el mismo sentido. Sin embargo, debido al cambio institucional ocurrido, en la constitución de 1979 esta función era otorgada al Jurado Nacional de Elecciones y en la de 1993 se le encarga a la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

Análisis exegético

Como responsable de la realización de las votaciones populares, la Oficina Nacional de Procesos Electorales está aquí facultada para dictar normas que sean de cumplimiento obligatorio para todos: los ciudadanos, los otros órganos del Estado y también para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, que son las instituciones encargadas de velar por el orden de los comicios.

Fuera de las leyes electorales dadas por el Congreso, no existen normas que afecten a las elecciones, salvo las que dicta la Oficina. Probablemente emitirá resoluciones con valor de normas generales, como hacen otros organismos que tienen atribuciones similares, dadas por la Constitución o las leyes. Desafortunadamente, la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales no añade ninguna especificación de importancia sobre este tema.

324. Artículo 187

«Artículo 187.- En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley.

La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 65.- Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral.

Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esta edad.

En las elecciones pluripersonales, hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley”.

La primera parte del artículo 187 de la Constitución de 1993 es igual al texto del último párrafo del artículo 65 de la Constitución de 1979 (que sólo se diferencia en él porque tenía una coma más).

El segundo párrafo del artículo 187 de la Constitución de 1993 no tiene antecedente en la de 1979, aunque sí en la legislación electoral. Por lo demás, es una norma que estimamos pertinente.

Análisis exegético

Para representantes, puede haber elecciones unipersonales y pluripersonales. Las elecciones unipersonales son aquellas en las cuales sólo hay un puesto de representación para todos los candidatos que postulan en un determinado distrito electoral. Es el caso, entre nosotros, de la elección de Presidente de la República o de alcaldes. En otros países, también las elecciones a Congreso son unipersonales de la siguiente manera: se divide el territorio nacional en tantos distritos electorales como plazas hay en el Congreso, de tal manera que cada distrito sólo elige un representante.

Las elecciones pluripersonales son aquellas en las que hay varias plazas a ser ocupadas por los distintos candidatos en contienda. Por

ejemplo, sucedió en las elecciones peruanas a Congreso Constituyente de 1992 (el que dio la Constitución que comentamos): había ochenta curules en disputa y se presentaron varias listas, cada una de ochenta candidatos, de entre los cuales salieron los elegidos para conformar el Congreso.

Cuando la elección es unipersonal, no queda más posibilidad que dar la representación al candidato que sacó la más alta votación. Los que votaron por los otros candidatos pueden ser inclusive mayoría si los sumamos, pero se quedarán sin representación porque sus preferidos no ganaron.

Cuando la elección es pluripersonal se puede ensayar diversas formas de dar representación a la fuerza de mayoría y a las de minoría. Un sistema es, precisamente, el denominado de *mayoría y minoría*. Mediante él se asigna una cuota fija a la primera mayoría (por ejemplo 60% de la representación) y otra a la segunda mayoría (por ejemplo, el 40% restante). No importa cuántos votos sacó cada una de ellas: mayoría será 60% de la decisión y segunda mayoría será el otro 40%. Los demás que postularon, no tendrán ninguna representación aunque puedan haber sacado cantidades significativas de votos.

Los otros sistemas de asignación de representación en elecciones pluripersonales son los proporcionales, que buscan lograr que la representación resultante, refleje lo más exactamente posible los porcentajes que cada lista de candidatos sacó en la votación. El sistema más evolucionado es el que tenemos nosotros para las elecciones de congresistas y se llama de *cifra repartidora* o sistema D'Hont por el apellido del matemático que desarrolló la forma de calcularlo. La descripción que hace de él la ley (cuyo texto único integrado fue aprobado por la Resolución 043 94 JNE del 09 de Agosto de 1994, es la siguiente:

“Resolución 043 94 JNE, artículo 56.- La elección de congresistas se hará por el sistema proporcional, aplicándose el método de la «cifra repartidora», con voto preferencial opcional, siguiéndose el orden de cada lista, separadamente, en la siguiente forma:

- 1) El total de votos válidos obtenidos por cada lista se dividirá, sucesivamente, por uno, dos, tres, cuatro, etc., según sea el número de representaciones que corresponda elegir;

- 2) Los cocientes obtenidos se colocarán en orden normal y decreciente hasta tener un número de ellos igual al de representaciones por elegir; y el cociente que ocupe el último lugar constituirá la «cifra repartidora»;
- 3) El total de votos válidos de cada lista se dividirá por la «cifra repartidora» para determinar cuantas representaciones corresponde a cada lista; y
- 4) Serán proclamados los candidatos que hayan obtenido la mayor votación preferencial en cada lista. En caso de no existir voto preferencial serán proclamados los candidatos siguiendo el mismo orden en que están colocados en cada lista”.

“Resolución 043 94 JNE, artículo 57.- Si, como consecuencia de la aplicación del sistema de la «cifra repartidora», a una lista corresponde igual número de representaciones que el de candidatos que figura en ella, serán elegidos todos los integrantes de la lista.

Si el número de candidatos que figura en una lista es inferior al de representaciones que haya correspondido a la lista, todos ellos serán elegidos, y las vacantes que queden se repartirán entre las demás listas, como si se tratará de una nueva elección en la que se aplicará el mismo sistema de la «cifra repartidora».

Si el número de candidatos integrantes de la lista es mayor que el de las representaciones que corresponden a dicha lista, ellas se adjudicarán de acuerdo al orden en que los candidatos estén colocados en la lista inscrita.

Si una representación corresponde con igual derecho a varias listas, se asignará a la lista que obtuvo mayor número de votos; y si ésta está integrada por dos o más candidatos, se procederá al sorteo entre ellos para determinar al elegido”.

Este sistema distribuye de la mejor manera matemáticamente posible, la representación entre el número de curules que están por ser cubiertas. Consideramos que en las elecciones pluripersonales el sistema que utiliza la ley peruana es el más adecuado.

El artículo indica al final que la ley establecerá normas que faciliten el voto de los peruanos residentes en el extranjero, procedimiento que

se realiza a través de los consulados peruanos en el resto de países del mundo. En los lugares donde la colonia de peruanos es significativa, los consulados tratan de organizar el proceso electoral en lugares públicos (como teatros o colegios), para que todos los residentes puedan ejercitar su derecho de voto.

TITULO IV

CAPITULO XIV

DESCENTRALIZACION, REGIONES Y MUNICIPALIDADES

325. TITULO IV, CAPITULO XIV: DESCENTRALIZACION, REGIONES Y MUNICIPALIDADES

Este capítulo está destinado a dictar las normas de descentralización del poder del Estado pero, en la práctica, ha dictado sólo las normas esenciales del régimen municipal, y ha hecho un esbozo muy general y muy incompleto de la regionalización.

En materia de municipalidades, se ha reducido el tratamiento al mínimo indispensable. Entre los elementos que se ha quitado de la Constitución están los ingresos que corresponden a los gobiernos locales y esto ha permitido que, con posterioridad a la vigencia de la Constitución, el Gobierno Central haya reordenado el sistema de ingresos y de asignación de recursos para las municipalidades, habiendo disminuido los que corresponden a las provinciales para favorecer a las distritales. Ello ha significado una drástica reducción, por ejemplo, de los ingresos de la Municipalidad de Lima Metropolitana durante los últimos años.

En cuanto a las regiones, sólo se establece una norma general de definición en el artículo 90 que hace descansar la iniciativa de su constitución en las poblaciones de uno o más departamentos colindantes que decidan unirse. En la práctica, será muy difícil que las regiones puedan constituirse de abajo hacia arriba.

Al propio tiempo, se indica que las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y que

les corresponde la coordinación y ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado conforme a ley (artículo 197 de la Constitución de 1993). También se indica que las regiones apoyan a los gobiernos locales, y que no los sustituyen ni duplican (el mismo artículo 197).

Y en lo que respecta a su organización interna, se dice que las regiones tendrán un presidente elegido por sufragio directo, lo que anuncia representación y poder político, pero al mismo tiempo se dice que existirá un Consejo de Coordinación Regional del cual serán miembros de pleno derecho los alcaldes provinciales o sus representantes.

Estas disposiciones dejan la sensación de que no ha quedado claramente definido si las regiones serán gobiernos u organismos de coordinación. Si se recuerda la discusión de la Constitución, podrá constatarse que la mayoría del Congreso siempre dijo que sólo existirían gobierno nacional y municipios. Fue a último momento que cambió de posición y decidió establecer las regiones. Es probable que sea este ir y venir de decisiones el que finalmente llevó a una normatividad tan inconsistente. Será necesario esperar la legislación específica para poder determinar la naturaleza que finalmente tendrán estas reparticiones del Estado.

Un último asunto a destacar en esta introducción general a los artículos del capítulo, es que el artículo 189 de la Constitución de 1993 divide al territorio de la República en Regiones, Departamentos, Provincias y Distritos. Con ello, queda constitucionalmente configurada la estructura política del territorio. La duodécima disposición final de la Constitución, da la lista de los departamentos reconocidos , además de la Provincia Constitucional del Callao.

326. Artículo 188

«Artículo 188.- La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente expreso en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

El Perú es definido como un país centralista porque una altísima proporción de la riqueza y de la inversión nacionales están centradas en Lima metropolitana donde, además, está localizado aproximadamente el 30% de la población nacional.

Las demandas descentralistas han sido tradicionales en el Perú y pueden rastrearse en muchos eventos de la historia nacional. En realidad, el Perú ha oscilado durante buena parte de su época republicana y especialmente durante el siglo XX, entre el centralismo real y los intentos descentralistas más o menos tímidos que se hicieron. Baltazar Caravedo hace un resumen de sus principales rasgos:

“A lo largo de este trabajo, hemos visto los diferentes planteamientos sobre el descentralismo y las políticas que se aplican para afrontar este problema entre 1930 y 1980. De lo expuesto se puede deducir que la formación del Estado nacional supuso una drástica imposición del gobierno central sobre las distintas partes del territorio y la sociedad. Durante el período comprendido entre 1933 y 1948, se insistió en la inversión en obras viales como el mecanismo más eficaz para conseguir la unidad de la nación y tuvieron preferencia los caminos que unían a Lima con el centro serrano y las ciudades costeñas de Arequipa y Trujillo; no se produjo una verdadera descentralización de las inversiones en obras eléctricas; la nueva estructura vial reforzó el predominio de Lima; y las instituciones descentralistas que se crearon (Consejos departamentales y gobiernos municipales) no cumplieron su objetivo, pues no llegaron a funcionar como se planificó.

Entre 1948 y 1956 se imprimió un matiz liberal al desarrollo de las inversiones públicas. Al darse una política de apoyo a las exportaciones tradicionales y, simultáneamente, al reforzarse a través del asfaltado, el sistema de carreteras que unían a Lima con La Oroya, Arequipa y Trujillo se incrementaron las ventajas de la capital de la República. Por otra

parte, los organismos descentralistas que se crearon como las Juntas de Obras Públicas o Reconstrucción, tuvieron una escasa representatividad. Esta etapa es, probablemente, la que más claramente acentuó el centralismo económico nacional. El descentralismo no forma parte de sus preocupaciones.

El aumento poblacional, industrial y crediticio de Lima hizo que el Estado se viese obligado a aumentar sus esfuerzos para lograr una descentralización. Entre 1956 y 1968 ésta fue una preocupación constante e incluso se llegó a plantear una serie de políticas que llevaron a la creación de Corporaciones, Juntas de Desarrollo y parques industriales. Pero aunque este planteamiento descentralista ya no sólo se limitaba a la construcción vial sino que también abarcaba la infraestructura energética e hídrica, la tendencia centralista no llegó a modificarse.

Desde 1968 hasta 1978, ante el marcado centralismo de la economía nacional, no sólo se implementó una política de seguridad cuyos resultados dejaron mucho que desear, sino que también se produjo una movilización social que reclamaba, además de la regionalización, la descentralización económica y política del Estado. La Constitución de 1979, en alguna medida, plasmó, en el terreno legal, este estado de ánimo nacional” (125).

Todo esto ocurre porque la descentralización es un fenómeno de poder que, en el contexto del Estado peruano actual, consiste en desagregar el que ahora reside en el Gobierno Central (principal aunque no únicamente el Legislativo, Ejecutivo y Judicial) para darlo en competencia a otros órganos que tengan como espacio de gobierno y de ejecución de sus competencias, no todo sino parte del territorio nacional.

La descentralización no es un fenómeno de desconcentración aunque, a menudo, ambos conceptos han sido confundidos entre nosotros. Existe desconcentración administrativa cuando un órgano superior encarga a uno de sus subordinados que realice determinadas tareas, pero que-

(125) CARAVEDO, Baltazar. *Descentralismo y democracia*. Lima, GREDES, 1988, p. 221.

dando el poder de decisión final en el órgano que hizo la desconcentración. Esta es, pues una institución de carácter administrativo, no de carácter político como es la descentralización.

César Landa piensa que en la Constitución peruana, por una serie de indicios correctamente seleccionados en nuestro criterio, hay predominancia de un espíritu desconcentrador antes que descentralizador:

La Constitución de 1993 en materia de descentralización expresa una vocación centralista de la gestión pública, lo cual se evidencia en la normatividad constitucional incompleta para las municipalidades y restrictiva para las regiones. Por ello, el nuevo texto constitucional apunta más a una desconcentración antes que a una descentralización del poder político y económico centralizado en Lima y concentrado en pequeños y tradicionales grupos de poder político y económico (126).

Para que exista descentralización tiene que ocurrir cuando menos lo siguiente:

- Establecerse gobiernos regionales y locales con autonomía de decisión en las competencias que les asignen la Constitución y las normas legislativas diversas. Esto quiere decir que esas competencias serán de ellos y no del gobierno central o los órganos que de él dependan (aunque hayan sido desconcentrados). Por ejemplo: se descentraliza la educación si las municipalidades asumen todo lo relativo a la conducción de los planes de estudio, los colegios, los profesores, los alumnos, etc., de su circunscripción. Si, en cambio, las decisiones sobre estos asuntos pasan del Ministerio de Educación a una Dirección provincial de educación que depende en última instancia del Ministerio, no habrá habido descentralización sino sólo desconcentración.

El gobierno central quedará, frente a los gobiernos regionales y lo-

(126) LANDA ARROYO, César. *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 250.

cales, como un ente de regulación de los aspectos comunes o unitarios del ejercicio del poder y se producirá una relación dialéctica permanente entre los planos central (nacional), regional y local no ausente de conflictos. Para ello, precisamente, sirve la previsión hecha en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución: «*Corresponde al Tribunal Constitucional [...] 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley*».

Todo esto tiene que ver con la descripción hecha del gobierno de la República en el artículo 43 de la Constitución:

«Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su Gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

- En el ámbito de la aprobación de normas generales, deberá establecerse los ámbitos de competencia de las legislaturas regionales como de los Concejos Municipales y la diferenciación con las funciones que ejerza el Congreso para que éste no interfiera en el poder de aquéllas de manera contraria al Derecho.
- En el ámbito de la ejecución de políticas, deberá discriminarse lo que corresponde hacer al gobierno Central (fundamentalmente al Poder Ejecutivo), de lo que corresponde al ejecutivo de las regiones y a los alcaldes, tanto provinciales como distritales (esto último sí ha sido desarrollado a lo largo del tiempo en las leyes de municipalidades, sobre todo en lo referido a las competencias de los municipios provinciales y de los distritales que están dentro de ellos).
- En el ámbito de la administración de Justicia, es preciso concordar la estructura territorial de los distritos judiciales con la de la organización política del territorio, y dar a las Cortes Superiores una calidad de última instancia mucho más intensa que la que han gozado hasta ahora. La Corte Suprema no debe resolver casos jurisprudenciales

denciales sino excepcionalmente y sólo cuando le sea importante sentar precedentes vinculatorios respecto a determinado tema. Esto descentralizaría efectivamente la administración de justicia en el Perú.

- Muchos de los órganos constitucionales con funciones especiales como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, tendrán que actuar también bajo formas descentralizadas si es que el Poder Judicial lo hace, tal como propusimos antes.
- Y para la descentralización es también fundamental que el Presupuesto General de la República refleje los cambios de poder con mayores asignaciones a los gobiernos regionales y locales (obviamente a costa de reducir los recursos del gobierno central), para garantizar que ese nuevo poder transferido tenga recursos con qué hacer las obras que se proponga.

En materia de descentralización de la inversión pública es interesante la siguiente opinión de Jaime de Althaus:

Esto se relaciona con la programación y ejecución de la obra pública local. Hay claras superposiciones con Cooperación Popular, con las corporaciones y con los programas micro-regionales. Existen municipalidades como las de la selva alta y las de las regiones suni y puna que parecen estar en condiciones de absorber la ejecución de la totalidad o la mayor parte de la obra pública local. A ellas se les puede transferir íntegramente la programación y la ejecución. En los demás casos hay que comenzar por establecer en forma permanente un proceso racional de programación y planificación de abajo hacia arriba, de modo que los pueblos sepan que sus demandas están siendo consideradas y sepan qué prioridad tienen y cuándo serán atendidas. Tiene que haber un diálogo permanente entre municipalidad, Corporación y planificación. Y entre municipalidad provincial y distrital (127).

(127) ALTHAUS GUARDERAS, Jaime de. *Realidad de las municipalidades en el Perú*. Lima, Instituto Latinoamericano de Promoción Comunal y Municipal y Fundación Friedrich Ebert, 1986, p. 62.

Puede apreciarse que en realidad la descentralización es una tarea política que crea y creará conflictos de poder intensos dentro del Estado. Por ello mismo, no es fácil realizarla: todo aquél que llega al Gobierno Central es por lo general poco generoso en renunciar al poder que tiene para entregárselo a los gobiernos intermedios (cuando menos, esa fue la conducta de los tres gobernantes constitucionalmente elegidos a partir de 1980, incluido el Presidente Alan García, que recién lanzó la descentralización al final de su mandato, no al principio).

Creemos que existe coincidencia de este planteamiento por lo expresado por Jaime de Althaus en la siguiente cita:

No habrá desarrollo del interior si no hay descentralización. Y no habrá descentralización si no hay descentralización política hacia los gobiernos locales (y regionales). Si no se distribuye el poder político, no hay garantía de un cambio duradero en las prioridades y en la estrategia de desarrollo.

Inversamente, la descentralización política debe ir acompañada de un cambio en la estrategia de desarrollo que establezca condiciones estructurales para el desarrollo económico y agrario del interior, que sea a su vez la base de la autonomía económica de los gobiernos locales y regionales, y la base del desarrollo de élites regionales y locales interesadas en afirmar su autonomía y en consolidar sus espacios económicos (128).

Y luego añade lo siguiente:

Dicho plan de descentralización requiere, efectivamente, precisar mejor la meta, lo cual supone delimitar mejor las funciones y competencias o dividir el trabajo mejor entre el gobierno central y los gobiernos locales. Esto sobre todo para ciertas áreas clave tales como:

(128) ALTHAUS GUARDERAS, Jaime de. *Realidad de las municipalidades en el Perú*. Lima, Instituto Latinoamericano de Promoción Comunal y Municipal y Fundación Friedrich Ebert, 1986, p. 60.

- Planificación.
- Funciones municipales vinculadas al desarrollo rural:
- Conservación y desarrollo de recursos naturales.
- Comercialización rural-urbana. Infraestructura y organización.
- Caminos vecinales.
- Atención primaria de la salud. Acciones preventivas y curativas.
- Agua potable y alcantarillado.
- Alumbrado público.
- Vivienda.
- Educación primaria.
- Cultura, recreación y deportes.
- Planificación y ejecución de la obra pública local (129).

327. Artículo 189

«Artículo 189.- El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente expreso en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El territorio del Estado se subdivide en demarcaciones políticas diversas que deben facilitar la tarea de gobierno y de administración.

En el Perú, sin embargo, puede verse que ya en la primera parte del siglo XX se criticaba el sistema de división política del territorio existente:

(129) ALTHAUS GUARDERAS, Jaime de. *Realidad de las municipalidades en el Perú*. Lima, Instituto Latinoamericano de Promoción Comunal y Municipal y Fundación Friedrich Ebert, 1986, p. 61.

La demarcación territorial que rige hoy en el Perú, es el resultado de una serie de decretos o leyes, a veces simplemente reglamentos, dictados en épocas revolucionarias, de conmoción política o en los albores de la independencia nacional, en medio de la agitación belicosa de patriotas y realistas. No existe realmente un plan (130).

Y el mismo Romero añade luego:

Todos los geógrafos nacionales y las instituciones científicas del país están de acuerdo, hace tiempo, en que la demarcación territorial peruana es empírica, vaga, a veces absurda y, por lo tanto, inadecuada para ejercitar una administración política correcta y justa. Con mayor razón, es impropia para el racional fomento del progreso económico de las diversas regiones del Perú.

El porvenir nacional exige una nueva demarcación territorial. Las distancias ya se han alterado, gracias a las nuevas vías de comunicación y a los modernos medios de transporte. La situación social y económica del Perú ha variado desde la época en que se hizo la vaga y fragmentaria demarcación nacional (131).

En opinión de César Landa, este proceso sigue ocurriendo. Lo dice a contrapelo de la propuesta hecha en el artículo 190 de la Constitución, autorizando a las provincias o distritos contiguos a integrarse en regiones o cambiar de ellas:

De otro lado, el Art. 190 reconoce la posibilidad de que las provincias y los distritos contiguos puedan integrarse o cambiar de circunscripción. Cabe precisar al respecto que la tendencia actual en el movimiento de demarcación territorial no es precisamente la de integrarse o cambiar de circunscripción, sino por el contrario la de crear nuevos distritos y provincias, precisamente a pedido de los pobladores de los centros poblados o distritos. Ante ello, el Con-

(130) ROMERO, Emilio. *El descentralismo*. Lima, TAREA, 1987, p. 23.

(131) ROMERO, Emilio. *El descentralismo*. Lima, TAREA, 1987, . 34.

greso siempre ha ofrecido y continúa dando una respuesta política electoral antes que técnica, reconociendo a nuevas provincias y distritos, lo cual, si bien no se encuentra prohibido, tampoco se enmarca en el derrotero constitucional plasmado.

Frente a esta laguna constitucional, hubiera sido necesario establecer constitucionalmente pautas básicas para un ordenamiento territorial con criterios técnicos y sociales para crear y constituir distritos, provincias, departamentos y regiones (132).

En el Perú la demarcación política establecida es la siguiente:

- Las regiones que aún no están demarcadas. Dice el artículo siguiente que se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes y que las provincias o distritos pueden integrarse o cambiar de circunscripción.
- Los departamentos que están definidos y son la base de toda la organización política del territorio desde hace años. La duodécima disposición transitoria de la Constitución dice que son los siguientes: Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali y la Provincia Constitucional del Callao.
- Las provincias, que en el Perú son subdivisiones de los departamentos.
- Los distritos que son subdivisiones de las provincias.

La demarcación territorial, es decir, cada una de las divisiones del territorio antes señaladas, tiene que aprobarse por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo (artículo 102 inciso 7 de la Constitución).

(132) LANDA ARROYO, César. *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 249.

El artículo 189 de la Constitución, en su parte final, dice algo que muestra confusión entre los constituyentes: que en sus circunscripciones «[...] se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada».

Aparentemente, se trata de coordinar esta norma con el último párrafo del artículo 43 cuando dice que el Estado tiene un gobierno que «*es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes*».

El resultado de la paráfrasis ha sido infeliz por las siguientes razones:

- En cada una de dichas circunscripciones coexistirán cuatro tipos de gobierno estatal según la propia Constitución: el unitario o nacional, el regional, el municipal provincial y el municipal distrital. No hay pues un sólo gobierno que se ejerce descentralizada y desconcentradamente sino cuatro círculos de poder, todos pertenecientes al Estado.
- Los gobiernos regional y municipales, son gobiernos autónomos, con sus propias competencias, algunas indicadas en la Constitución y otras serán señaladas por ley. No existe solamente un poder unitario sino también poderes descentralizados.
- En las diversas circunscripciones el Gobierno Central o gobierno unitario ejerce poder centralizadamente (por ejemplo cuando el Congreso dicta una ley obligatoria para todo el Perú), o cuando el Presidente de la República ordena a sus prefectos que realicen una determinada labor, o cuando la Policía Nacional recibe la orden de cumplir ciertas reglas para garantizar el orden interno. Entonces, el gobierno unitario muchas veces funciona centralizadamente y, además, debe hacerlo así. El artículo que comentamos no lo dice y da la impresión de que sólo actúa desconcentrada y descentralizadamente. Es un error.

Otras veces, efectivamente, órganos del gobierno central actuarán desconcentradamente, a través de organismos regionales o locales de diversa naturaleza pero que dependen en última instancia del órgano central de poder.

Finalmente, otras veces también el gobierno central descentralizará sus decisiones en órganos locales o regionales y, recién entonces, actuará descentralizadamente.

Hay que notar, al mismo tiempo, que otros órganos especializados como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo podrán tener órganos de desconcentración y, eventualmente, de descentralización para algunas funciones. También podrán coordinar con otros niveles de gobierno como el regional y local para cumplir mejor sus funciones.

Tampoco hay que olvidar que son dos cosas distintas el Estado y el gobierno central concreto que ejerce el poder. También son Estado los gobiernos regionales y locales. Por consiguiente, no se puede identificar *el poder o el Estado* con el Gobierno del Congreso, el Presidente de la República y el Poder Judicial, más los otros órganos con funciones específicas que existan.

Consideramos que sería oportuno hacer una modificación constitucional para aclarar todos estos niveles en el tema del gobierno del Estado.

328. Artículo 190

«Artículo 190.- Las regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. las provincias y los distritos contiguos pueden asimismo integrarse o cambiar de circunscripción.

En ambos casos procede el referendun, conforme a ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las dos disposiciones de la Constitución de 1979 que son antecedente del artículo que comentamos tienen los siguientes textos:

“Artículo 259.- Las regiones se constituyen sobre la base de áreas

contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geoeconómicas.

La descentralización se efectúa de acuerdo con el plan nacional de regionalización que se aprueba por ley”.

“Artículo 260.- Las regiones comprendidas en el Plan Nacional de Regionalización se crean por ley a iniciativa del Poder Ejecutivo, o a pedido de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, con el voto favorable de los Concejos Provinciales, siempre que ese voto represente la mayoría de la población de la región proyectada.

Las modificaciones en la demarcación regional requieren el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, conforme a ley”.

Las diferencias que muestran ambas Constituciones en torno al tema pueden ser reducidas a dos, cada una de ellas muy importante:

- La Constitución de 1979 señaló que la regionalización del Perú se realizaría en base a un plan que diseñaría cada circunscripción en función de la integración que tuviesen en su interior en base a elementos históricos, económicos, administrativos y culturales, debiendo tal plan ser aprobado por ley. Se pronuncian organismos públicos, no el pueblo mismo.

En la Constitución de 1993, las regiones se constituyen por mandato de sus poblaciones y en base a su colindancia territorial. Son dos concepciones totalmente distintas, que envuelven una compleja discusión sobre su factibilidad.

- El otro aspecto que tratan de distinta manera es el de la participación directa del pueblo en la decisión: mientras en la Constitución de 1979 estaba restringida a las modificaciones de la demarcación regional, en la de 1993 es necesaria tanto para la conformación, como para la modificación de la región.

Análisis exegético

En la mente del constituyente no existe un concepto de región. En todo caso, lo que hubo fue el borrador de un procedimiento para establecerlas. Decimos un borrador de procedimiento porque se recurrió a la idea más sencilla de esbozar pero, tal vez, más difícil de aplicar: dejarlo en manos de las poblaciones mismas.

La idea es hacer descansar la iniciativa en el pueblo: las personas que habitan en departamentos colindantes se coaligarán y decidirán formar regiones entre sí, con el añadido de que los distritos y las provincias podrán votar separadamente del resto de su unidad política mayor y pasarse a una región distinta.

Parece difícil, por decir lo menos, que una población relativamente homogénea pretenda regionalizarse por sí misma. Ello ocurre en ciertos países europeos en los que hay atávicas diferencias entre naciones claramente distintas unas de las otras, con porciones de territorio para ellas solas, y profundas diferencias culturales que no se entremezclaron entre sí. En el Perú probablemente existió esta situación hasta hace unas décadas, pero el mestizaje ha sido muy profundo y la interrelación de culturas también, al punto de que sólo minorías verdaderamente pequeñas son las que podrían reclamar una autarquía cultural que las haga claramente diferentes. Lo demás es un crisol con distintos grados de amalgamamiento humano pero que, en definitiva, no tiene muchos criterios para ir formando un plan coherente de regionalización.

Es más, durante el proceso de regionalización que se vivió a fines de los años ochenta, ya se vio que lo arraigado en la mentalidad del peruano es la idea de Departamento: prácticamente, cada capital de esta demarcación quiso ser cabeza de región. No ocurrió así entonces, porque hubo un plan central (aquí no importa si bueno o malo) que se fue aplicando de arriba hacia abajo, de tal manera que el poder del Estado impuso las demarcaciones regionales a las poblaciones. Hubo ciertos reacomodos por presión popular (como la creación de la Región San Martín), pero no fueron la regla general.

Sin embargo, con esa experiencia, pensar que todo el Perú podrá regionalizarse por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes

a uno o más departamentos colindantes, parece imposible. En síntesis, pensamos que la propuesta hecha por este artículo equivale a la imposibilidad de que en el Perú se conformen regiones, por lo menos en el mediano plazo. En realidad tiene imagen democrática pero será muy difícil de ejecutar.

De otro lado, las opiniones predominantes consisten en que la determinación de regiones es un asunto político, pero que tiene variables y contenidos de naturaleza técnica.

Baltazar Caravedo, apoyándose en opiniones de importantes geógrafos y sociólogos, resume así su posición luego de un extenso análisis:

En base a lo expuesto en este trabajo, se puede sugerir lo siguiente: El dinamismo de una región está vinculado a la existencia de un centro urbano que promueva nuevas demandas e impacto en el mejoramiento de la producción agraria.

[...]

Nosotros sugerimos que, independientemente de la regionalización, y el manejo de recursos de los que dispondrán los gobiernos regionales, existe una tendencia vegetativa o estructural en el desarrollo o formación de ciudades, la que genera presiones de diferente índole. En parte ellas se han manifestado en los Frentes de Defensa desde 1977.

La capacidad de inversión del Estado para hacer frente a esta situación es limitada. Apoyar a todas las regiones y a todas las ciudades no es posible. Se requiere seleccionar regiones urbanas, tomando como base una ciudad media, y privilegiar en favor de tal la inversión pública, reforzando esos centros para dinamizar las regiones de su entorno.

La perspectiva propuesta constituye una estrategia para enfrentar el proceso de concentración de Lima, y estructurar puentes entre una situación presente y otra futura, de modo de permitir el

proceso descentralista sin provocar una crisis social y política de envergadura (133).

Correctamente, a nuestro juicio, Caravedo plantea dos aspectos fundamentales en este texto:

- El primero, la importancia de las ciudades como centros de irradiación del progreso a través de la organización de sus entornos. Se trataría de promover el desarrollo de ciudades intermedias en el territorio, que actuaran como focos de progreso regional, contribuyendo a una efectiva descentralización de recursos y de inversión. La regionalización, en otras palabras, llegaría al territorio a través de ciudades que la organizan.
- El segundo, que la regionalización no es una decisión que se toma y se ejecuta, sino que es un proceso, tal vez largo y difícil, de descentralización de recursos sociales y económicos (y con ellos, de poder político) que requiere un tránsito en el tiempo. Puede ser proveído por una política inteligente de desarrollo de ciudades y entornos, seleccionando las más adecuadas en vista que no se puede invertir en todas simultáneamente.

El congresista Daniel Estrada, reconocido líder provinciano del país, dice en la fundamentación de su proyecto de Ley de Descentralización:

La región viene a ser un espacio organizado, a partir de las fuerzas sociales y económicas predominantes en cada caso. La región es resultado de diversos procesos sociales y económicos, que requiere de una expresión política. En esta perspectiva, se requiere establecer con precisión los criterios para conformar regiones, que a juicio nuestro, deberán ser los siguientes:

(133) CARAVEDO M., Baltazar. *Ciudad y región. Los límites del nuevo descentralismo*. Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1989, p. 125.

1) Un primer aspecto a ser evaluado es la importancia poblacional de cada región. Se considera como mínimo poblacional aceptable, sobre el cual se pueden conformar regiones, que por las estimaciones que tenemos, estaría al rededor del millón quinientos mil habitantes, en la medida que permite establecer nuevos equilibrios poblacionales, bajo el criterio de lograr en 20 años un efecto redistributivo de la población en la escena nacional.

2) Las regiones deben establecerse sobre un mínimo de contribución al PBI, que salvo excepciones, no puede ser inferior del 4%. Esta situación permitirá desarrollar economías de escala sobre una infraestructura económica real y de relativa solidez, que conjuntamente a los efectos positivos de la concentración del gasto regional en proyectos estratégicos, tendrá mayor posibilidad de éxito.

3) Un elemento adicional son las vinculaciones étnicas, históricas, culturales y económicas que se establecen entre los pueblos. Las regiones muchas veces funcionan al margen de las declaraciones e intenciones políticas; porque tienen una dinámica propia y peculiar frente al conjunto nacional. Las políticas nacionales no tienen un impacto único y homogéneo, presentando resultados variados disímiles.

d) Los recursos económicos, financieros y su gasto (134).

Los cuatro puntos que marca Estrada son fundamentales: la población y su distribución; la determinación de un aporte mínimo al producto interno bruto que permita a la región tener una presencia socioeconómico en el contexto de sus pares; los recursos económicos que le permitan hacer gasto público a través de una recaudación mínima adecuada, y los lazos históricos y culturales. Es una aproximación bastante completa, que enriquece aún más la concepción que tenía la Constitución de 1979.

(134) ESTRADA PEREZ, Daniel. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú Comisión de Descentralización, 1996, p. 38.

Enrique Bernalles, por su parte, sostiene lo siguiente:

El Art. 259 de la Constitución de 1979 afirmaba, con mucho tino, que las regiones se tenían que constituir, necesariamente, «sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente». Además, exigía la conformación de unidades geoeconómicas interrelacionadas entre sí. Este dispositivo pretendía impedir, precisamente, que la futuras regiones respondiesen a demarcaciones arbitrarias.

La integración histórica, económica y cultural es fundamental. La posibilidad de que una unidad regional pueda prosperar y contribuir a la vez al desarrollo de la población en ella ubicada, depende en mucho de sus afinidades. Los tres tipos de vinculación que hemos señalado confluyen para crear estas condiciones. No ocurre lo mismo con la integración administrativa, ya que mientras los vínculos anteriores son creados en base a condiciones naturales o vínculos sociales de larga trayectoria, la dependencia administrativa de un determinado territorio a una autoridad no siempre fue diseñada con criterio adecuado. Inclusive, muchas veces ha sido establecida arbitrariamente y contra el sentido común.

Con razón, la Carta derogaba mandaba que, en cualquier caso, la región conforme una unidad geoeconómica. En verdad, este es el criterio fundamental a tomar en cuenta, en la medida que la administración regional deberá incidir fundamentalmente en el establecimiento de procesos de desarrollo regional y de progresiva eliminación de las disparidades. Angel DELGADO propuso en el debate constitucional de la nueva Carta que no solamente se incorporase este dispositivo específico de la anterior Constitución, sino que el contenido se enriquezca, asumiendo la diversidad productiva y los distintos niveles de desarrollo y especialización de las áreas a integrar en regiones. La nueva Constitución, erróneamente, nada dice al respecto (135).

(135) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 688.

En realidad, los aportes de todos estos autores son muy importantes para diseñar un concepto de región:

- La importancia de las ciudades y su capilaridad hacia el entorno rural o de pequeños villorios que la rodeen va a permitir descentralizar recursos y poder. Puede ser, como dice Caravedo, un buen método de avance en el proceso de descentralización.
- Los elementos de población y economía que permitan una posición expectante a la región en la interacción con las demás, y que no la dejen postrada como una hermana menor y necesitada siempre de la ayuda de las demás. En esto es muy importante que las regiones tengan ya lazos económicos que las hagan mercados de poblaciones que comercian entre sí y que, de esa manera, pueden proyectarse sólidamente hacia el resto del país.
- Los lazos culturales e históricos que permiten la actuación conjunta y la identificación.
- La posibilidad de tener recursos económicos que den una base de gasto público en la región que sostenga la vida políticamente organizada.

Todo ello hace necesario, indiscutiblemente, un plan maestro que de organicidad a la distribución de las regiones en el territorio. Obviamente, dentro de ese plan maestro debería haber una activa participación de todas las poblaciones con la finalidad de escuchar sus necesidades y, hasta donde sea posible, atender sus opiniones.

Sin embargo, una cosa es evidente: a menos que en un Estado haya dos o más nacionalidades que se autoidentifican dentro de cada una de ellas y que, por tanto, constituyen la base para la división de la población, es casi imposible que la regionalización parta del pueblo mismo. No hay, por lo demás, que esperar a que así suceda porque en ese caso no habrá descentralización y se consolidará el centralismo.

Finalmente, hay que recordar que, según el inciso primero de la Octava Disposición Transitoria:

«Octava Disposición Transitoria.- Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional.»

Tienen prioridad:

1. *Las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995 [...]».*

Al momento de escribir este comentario dicho plazo ya concluyó y no se había cumplido el mandato constitucional. Nada hace prever que se cumpla en el corto futuro. En esta materia, por consiguiente, ya vivimos en inconstitucionalidad.

329. Artículo 191

«Artículo 191.- Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Corresponden al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cinco años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable pero irrenunciable. Gozan de las prerrogativas que señala la ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las municipalidades figuran desde la primera Constitución republicana. Su tratamiento es genérico. En las primeras constituciones (de 1823 a 1828), el énfasis de su determinación normativa se pone en los centros poblados. Será en las Constituciones de 1834, 1867 y 1933 que se perfila más detalladamente su naturaleza territorial: departamentos, provincias y distritos. En varios casos, la organización se deja enteramente al rango de ley pero, en otros, si se dictan normas importantes de regulación interna. Son las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1856, 1867 y 1933.

Siempre se puso énfasis en la naturaleza electiva de los cargos municipales, sujeta a las determinaciones de la ley.

A continuación consideramos valioso reproducir las normas más importantes sobre el tema:

«Constitución de 1823, artículo 138.- En todas las poblaciones, sea cual fuere su censo, habrá municipalidades compuestas del alcalde ó alcaldes, regidores, síndico ó síndicos, correspondientes; en la inteligencia de que nunca podrá haber menos de dos regidores, ni más de diez y seis, dos alcaldes y dos síndicos».

«Constitución de 1823, artículo 139.- La elección de estos individuos se hará por colegios electorales de parroquia, renovándose la mitad cada año según el reglamento respectivo».

La Constitución de 1826 dio la siguiente organización a los gobiernos locales:

«Constitución de 1826, artículo 128.- Donde el vecindario en el pueblo, ó en su comarca pase de mil almas, habrá (a más de un juez de paz por cada doscientas) un alcalde, y en donde el número de almas pase de mil, habrá por cada dos mil un alcalde».

«Constitución de 1826, artículo 129.- Los destinos de alcalde y de jueces de paz son consejiles, y ningún ciudadano, sin causa justa, podrá eximirse de desempeñarlos».

La Constitución de 1828 trajo las siguientes disposiciones:

«Constitución de 1828, artículo 140.- En toda población que por el censo deba tener colegio parroquial, habrá una junta de vecinos denominada Municipalidad».

«Constitución de 1828, artículo 143.- El número de municipalidades, las reglas de su elección, y sus peculiares atribuciones serán determinadas por una ley».

Según la Constitución de 1834, las normas fueron:

«Constitución de 1834, artículo 137.- En las capitales de departamento y de provincia habrá una junta de vecinos denominada Municipalidad.

El número de municipales, las calidades de los elegibles, las reglas de su elección, sus atribuciones y el tiempo de su servicio serán determinados por una ley, que tenga por base la población y respectivas circunstancias locales».

Las reglas de la Constitución de 1856 fueron las siguientes:

«Constitución de 1856, artículo 114.- Habrá Municipalidades organizadas conforme a la ley en todos los lugares que esta designe».

«Constitución de 1856, artículo 116.- La elección de municipales se verificará por los ciudadanos en ejercicio en la forma que la ley designe; y no podrán ser elegidos los eclesiásticos ni los empleados que reciben dotación del Estado».

La Constitución de 1860 estableció:

«Constitución de 1860, artículo 118.- Habrá Municipalidades en los lugares que designe la ley; la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos».

La Constitución de 1867 dijo:

«Constitución de 1867, artículo 115.- Habrá Municipalidades en las Capitales de provincia; y en las ciudades, aún cuando no tengan este carácter; y agencias municipales en los distritos. Una ley determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos».

Las normas de la Constitución de 1920 fueron las siguientes:

«Constitución de 1920, artículo 141.- Habrá Municipalidades en los lugares que designe la ley, la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos».

«Constitución de 1920, artículo 142.- Los Concejos provinciales son autónomos en el manejo de los intereses que les están confiados. La creación de arbitrios será aprobada por el Gobierno».

Y, finalmente, la Constitución de 1933 dijo al respecto:

«Constitución de 1933, artículo 203.- Habrá Concejos Municipales en las capitales de provincia y de distrito y en los pueblos que determine el respectivo Concejo Departamental».

«Constitución de 1933, artículo 204.- Las mujeres con derecho a voto municipal pueden ser elegidas para formar parte de los Concejos Municipales».

«Constitución de 1933, artículo 205.- En cada Concejo Municipal de distrito, y en los que se creen por acuerdo del Concejo Departamental, las comunidades de indígenas tendrán un personero designado por ellas en la forma que señale la ley».

«Constitución de 1933, artículo 206.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos 7 y 8 del artículo 193, los Concejos Municipales Provinciales tienen autonomía administrativa y económica en el ejercicio de las funciones que les corresponden conforme a las leyes».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de este artículo en la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 252.- Las Municipalidades son los órganos del Gobierno local. Tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La administración municipal se ejerce por los Concejos Municipales provinciales, distritales y los que se establecen conforme a ley”.

“Artículo 253.- Los Alcaldes y Regidores de los Concejos Municipales son elegidos, en sufragio directo, por los vecinos de la respectiva jurisdicción. Los extranjeros residentes por más de dos años continuos pueden elegir. También pueden ser elegidos, salvo en las municipalidades fronterizas. El concejo municipal consta del número de Regidores que señala la ley, de acuerdo con la población correspondiente. Es presidido por el Alcalde. Cuando el número de Regidores es de cinco o más, se da representación a las minorías”.

Los cambios que la Constitución de 1993 trae respecto de la de 1979 en este punto son:

- La mención Constitucional de las municipalidades delegadas antes restringidas a tratamiento en la ley.
- Se reconoce a las municipalidades autonomía política, cosa que no reconocía expresamente la Constitución de 1979.
- La precisión de que al Concejo corresponden las funciones normativa y fiscalizadora, y al Alcalde la función ejecutiva. Esto ya se decía en la Ley Orgánica de Municipalidades, pero no en la Constitución de 1979.
- Se establece un mandato de cinco años (sobre esto, ver además las disposiciones transitorias quinta y sexta). La Constitución de 1979 no decía nada al respecto, pero la ley electoral daba un mandato de tres años.
- Se da al mandato municipal el carácter de revocable pero irrenunciable. La Constitución de 1979 no decía nada al respecto.
- Finalmente, la Constitución de 1993 ha borrado de su texto la autorización a los extranjeros para elegir y ser elegidos, en los procesos municipales que establecía la Constitución de 1979

Análisis exegético

Las municipalidades son gobiernos locales y, como tales, parte del poder del Estado, pero aplicadas a las circunscripciones que les corresponden. Estas son provinciales y distritales, correspondiendo con la demarcación política del territorio aprobada por el Congreso.

Las municipalidades son autónomas en los siguientes ámbitos:

- Político. Como gobiernos locales, las municipalidades tienen autonomía de decisión en los asuntos que son de su competencia según la Constitución (artículo 192) y las leyes. Ello equivale a decir que en estos ámbitos no puede inmiscuirse ningún otro órgano del Estado válidamente. Si tomara decisiones al respecto estaría usurpando autoridad.
- Económica. Las Municipalidades tienen recursos y bienes propios (artículo 193 de la Constitución), que ellas administran y disponen

según sus propias decisiones y de acuerdo a sus competencias. Entre ellas puede verse que está la de aprobar su propio presupuesto (artículo 192 inciso 1 de la Constitución). Como parte del Estado, están sometidas al Sistema Nacional de Control (artículos 82 y 199 de la Constitución), pero la legalidad del uso de sus recursos deberá ser evaluada en función de la Constitución, las normas legislativas aplicables y sus propias decisiones como órgano político autónomo.

- Administrativa. Las municipalidades tienen su propia organización interna, aprobada por ellas mismas según el inciso 1 del artículo 192 de la Constitución y dentro de esta organización tienen también su propia administración, que es significativa en las grandes municipalidades y casi inexistente, o fundada en el trabajo de los regidores, en las más pequeñas. Esta administración toma decisiones y las puede imponer coactivamente dentro del ámbito de sus competencias.

La Constitución establece las líneas generales de la organización de toda municipalidad. Consisten en lo siguiente:

- Un órgano colegiado denominado Concejo Municipal (concejo con «c» porque viene de *concilium* que es reunión, y se diferencia del consejo con «s» que viene del latín *consilium* que tiene etimología vinculada a aconsejar).

Este órgano tiene las funciones normativas, administrativas y fiscalizadoras. Dentro de sus funciones normativas toma acuerdos y dicta ordenanzas y edictos. Las ordenanzas tienen importancia en el sistema legislativo nacional. Como puede verse del inciso 4 del artículo 200 contra ellas se interpone la acción de inconstitucionalidad de las leyes.

Dice sobre estas normas la Ley de Municipalidades, número 23853, promulgada el 28 de mayo de 1984:

“Ley 23853, artículo 110.- Las Ordenanzas son normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales

o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada.

Los Edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos municipales y el Reglamento de Organización Interior (136).

Los acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la Municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional».

Las funciones fiscalizadoras las efectúa a través del trabajo individual de sus miembros de acuerdo a ley; a través del trabajo de sus comisiones y también en sus reuniones plenarios.

El Concejo municipal está conformado por el alcalde y un número variable de regidores (establecido según el volumen poblacional de cada municipio). Los regidores son representantes elegidos por sufragio directo de los vecinos del municipio.

-
- (136) La norma que aquí dispone que los edictos contienen los tributos municipales ha sido modificada en dos sentidos. En primer lugar, la octava disposición transitoria de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional manda que “en tanto se apruebe la nueva Ley Orgánica de Municipalidades los Edictos se entenderán comprendidos dentro de la categoría de las Ordenanzas para efecto de su control por el Tribunal Constitucional”. Esto los hace susceptibles de ser impugnados por la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes y no por la Acción Popular. La segunda es la disposición contenida en la norma II del Título Preliminar del Decreto Legislativo 816, Código Tributario, que establece: “Los gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley”. Al tener rango de ley, entendemos que ha modificado la Ley de Municipalidades mandando que, en adelante, los tributos municipales se aprueben por ordenanza. La norma, por lo demás, es totalmente pertinente en nuestro criterio. El establecimiento de los edictos para aprobar tributos municipales fue una desnaturalización del sistema normativo municipal.

- La Alcaldía, que es el órgano ejecutivo de la municipalidad. Dirige la administración municipal y toma decisiones normativas dentro de la potestad ejecutiva del Estado denominadas Decretos y resoluciones. Sobre ellas dice el artículo 111 de la Ley Orgánica de Municipalidades:

«Ley 23853, artículo 111.- Los Decretos establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración Municipal o resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

Las resoluciones resuelven asuntos de carácter administrativo».

La alcaldía es desempeñada por un alcalde, elegido por sufragio directo entre los vecinos del municipio y es el representante local de la comunidad. Forma parte del Concejo municipal y lo preside.

Alcalde y regidores son elegidos por los habitantes del territorio municipal por un período de cinco años. Sobre este particular, la quinta disposición transitoria dice:

«Quinta.- Las elecciones municipales se alternan con las generales de modo que aquéllas se realizan a mitad del período presidencial, conforme a ley. Para el efecto, el mandato de los alcaldes y regidores que sean elegidos en las dos próximas elecciones municipales durará 3 y 4 años respectivamente».

Tanto alcalde como regidores pueden ser reelegidos indefinidamente. Su mandato es revocable por el pueblo mediante procedimientos que se establecen por ley, en aplicación de los principios de participación establecidos en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 31 de la Constitución.

La Ley de participación ciudadana número 26300, del 02 de mayo de 1994, establece las siguientes normas sobre la revocación de autoridades elegidas (137):

(137) La primera convocatoria a consulta popular para la revocación del mandato conferido a alcaldes y regidores de diversos concejos municipales del país

“Ley 26300, artículo 21.- Los ciudadanos tienen el derecho de revocar a las autoridades elegidas. No procede la revocatoria durante el primero y el último año de su mandato salvo el caso de magistrados.

La solicitud de revocatoria se refiere a una autoridad en particular, es fundamentada y no requiere ser probada.

El Jurado Nacional de Elecciones, convoca a consulta electoral la que se efectúa dentro de los 90 días siguientes de solicitada formalmente”.

“Ley 26300, artículo 22°.- La consulta se lleva adelante en una circunscripción electoral, si el veinticinco por ciento de los electores de una autoridad, con un máximo de 400,000 firmas, presenta la solicitud de la revocación del mandato ante la oficina de procesos electorales correspondiente”.

“Ley 26300, artículo 23°.- La Revocatoria se produce con la votación aprobatoria de la mitad más uno de los electores. En caso contrario, la autoridad sobre la cual se consulta la Revocatoria se mantiene en el cargo sin posibilidad de que se admita una nueva petición hasta después de dos años de realizada la consulta”.

A pesar de ser revocable el mandato es irrenunciable, es decir, que la persona una vez elegida no puede negarse a asumir la responsabilidad municipal, ni tampoco puede decidir cancelar su representación. Si deja de cumplir sus obligaciones, estará dejando de cumplir un deber imperativo.

La Constitución remite a la ley en materia de las prerrogativas de alcaldes y regidores. En realidad, ninguno de ellos tiene en sentido estricto *prerrogativas*. Si, en cambio, tienen atribuciones.

En el caso de los alcaldes, están en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Municipalidades:

se hizo por el Jurado Nacional de Elecciones por resolución 871-97-JNE del 18 de setiembre de 1997 y se llevó a cabo el 26 de octubre de dicho año. Varios mandatos fueron revocados en aquella oportunidad.

“Ley 23853, artículo 47.- El Alcalde es el personero legal de la Municipalidad y le compete:

- 1.- Convocar y presidir las sesiones del Concejo Municipal.
- 2.- Promulgar las ordenanzas.
- 3.- Ejecutar los acuerdos del Concejo Municipal y cumplir y hacer cumplir las ordenanzas municipales.
- 4.- Ejecutar los planes de desarrollo local.
- 5.- Proponer al Concejo Municipal los proyectos de ordenanzas, edictos y acuerdos.
- 6.- Dictar decretos y resoluciones, con sujeción a las leyes, ordenanzas y edictos vigentes.
- 7.- Someter a la aprobación del Concejo Municipal el Proyecto de Presupuesto Municipal para el año siguiente, de acuerdo a los plazos y modalidades establecidas en la Ley General del Presupuesto de la República, la Memoria sobre la marcha y la Cuenta General del ejercicio económico fenecido.
- 8.- Controlar la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos, en conformidad con la ley y el presupuesto aprobado.
- 9.- Defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad.
- 10.- Vigilar el cumplimiento de los contratos.
- 11.- Proponer al Concejo Municipal el proyecto de Reglamento interno.
- 12.- Proponer la creación, modificación y supresión o exoneración de contribuciones, arbitrios, derechos, y en su caso, solicitar al Poder Legislativo los tributos que considere necesarios.
- 13.- Nombrar y remover al personal administrativo y de servicio y otorgarles licencias y permisos.
- 14.- Coordinar con las reparticiones públicas correspondientes la atención de los asuntos municipales.
- 15.- Convocar a licitación pública o concurso de precios en los casos previstos en el Artículo 143 de la Constitución Política (Ver art. 76 de la Const. de 1993).
- 16.- Tramitar y someter al Concejo Municipal, en su caso, los pedidos que formulen los vecinos.
- 17.- Celebrar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función.
- 18.- Delegar sus atribuciones en los Regidores autorizados por el Concejo o en los Directores Municipales, excepto las señaladas en los incisos 1, 2, 6, 7, 13 y 16.

19.- Otorgar poderes para la defensa del Concejo en asuntos judiciales, administrativos y contencioso-administrativos:

20.- Solicitar el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir las disposiciones municipales”. (El inciso 21 fue derogado).

Por su parte, las atribuciones de los regidores están en el artículo 37:

“Ley 23853, artículo 37.- Los Regidores del Concejo tienen las siguientes atribuciones:

- 1.- Proponer proyectos de ordenanzas, edictos y acuerdos.
- 2.- Desempeñar las funciones ejecutivas que les encomiende el Concejo.
- 3.- Ejercitar función de fiscalización y vigilancia de los actos de la administración municipal.
- 4.- Integrar las comisiones permanentes o especiales de Regidores que determine el Reglamento Interno”.

La parte inicial del artículo se refiere a las municipalidades delegadas. Son aquellas que se establecen en lugares alejados de la capital distrital, o de difícil acceso, en los que es conveniente que haya delegación de la autoridad municipal distrital en personas específicas, a fin de que cumplan por encargo las funciones correspondientes. El inciso 4 del artículo 4 de la Ley 23853 del 28 de mayo de 1984, Ley Orgánica de Municipalidades, dice que existen en “los pueblos, centros poblados, caseríos, comunidades campesinas y nativas, que determine el Concejo Municipal Provincial”.

330. Artículo 192

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

- 1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.*
- 2. Administrar sus bienes y rentas.*
- 3. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.*

4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

5. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondientes.

6. Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Y

7. Lo demás que determine la Ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las diversas Constituciones establecieron a su vez, distintas atribuciones a las municipalidades y no se puede hacer una síntesis que pueda ser útil a nuestros propósitos. Vale la pena, por tanto, transcribir los artículos pertinentes:

«Constitución de 1823, artículo 140.- Las atribuciones del régimen municipal dependen:

- 1.- De la policía de orden.
- 2.- De la policía de instrucción primaria.
- 3.- De la policía de beneficencia.
- 4.- De la policía de salubridad y seguridad.
- 5.- De la policía de comodidad, ornato y recreo».

«Constitución de 1823, artículo 141.- Las municipalidades deben además:

- 1.- Repartir las contribuciones ó empréstitos que se hubieren señalado a su territorio.
- 2.- Formar los ordenamientos municipales del pueblo, y remitirlos al Congreso para su aprobación por medio de la Junta departamental.
- 3.- Promover la agricultura, industria, minería y cuanto conduzca en razón de la localidad al bien del pueblo.
- 4.- Informar anualmente a la Junta departamental de lo que hubieren he-

cho en conformidad de sus atribuciones, ó de lo que hubieren dejado de hacer, indicando los motivos».

«Constitución de 1823, artículo 142.- Los alcaldes son los jueces de paz de su respectiva población. En las poblaciones numerosas ejercerán también este oficio los regidores».

«Constitución de 1823, artículo 143.- Conocerán los jueces de paz de las demandas verbales, civiles de menor cuantía; y de las criminales sobre injurias leves, y delitos menores que solo merezcan una moderada corrección».

La Constitución de 1828 tuvo un tono más bien coactivo en relación a la posibilidad de que las municipalidades puedan ser y ejercer gobierno:

«Constitución de 1828, artículo 141.- Las municipalidades tienen la dirección de sus intereses locales; las disposiciones que tomen sobre ellos están sujetas a la aprobación de las juntas departamentales, y no pueden ser contrarias a las leyes ni al interés general».

«Constitución de 1828, artículo 142.- Las municipalidades no tienen carácter alguno representativo, ni pueden en ningún caso tomar parte ni *intervenir* bajo ningún pretexto en los asuntos que se versan sobre intereses nacionales y que corresponden a alguno de los tres poderes de la República. Sus peticiones a las autoridades deben ceñirse exclusivamente a las necesidades domésticas de los pueblos».

La Constitución de 1856 dijo lo siguiente respecto de las competencias municipales:

«Constitución de 1856, artículo 115.- Corresponden a las Municipalidades la administración, cuidado y fomento de los intereses locales y de los establecimientos respectivos que se hallen dentro de su territorio: les corresponde igualmente la formación y conservación del registro cívico y del censo de las poblaciones con arreglo a la ley».

«Constitución de 1856, artículo 117.- La administración de los fondos municipales será de la competencia exclusiva de las Municipalidades, conforme a sus respectivos reglamentos».

Las Constituciones siguientes mantuvieron un régimen municipal, pero derivaron su regulación al rango de ley.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de la Constitución de 1979 respecto de este tema son los siguientes:

“Artículo 254.- Las municipalidades son competentes para:

- 1. Acordar su régimen de organización interior.*
- 2. Votar su presupuesto.*
- 3. Administrar sus bienes y rentas.*
- 4. Crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos.*
- 5. Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito.*
- 6. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.*
- 7. Contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administran directamente.*
- 8. Planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes. Y*
- 9. Las demás atribuciones inherentes a su función, de acuerdo a ley”.*

“Artículo 255.- Las municipalidades provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente:

- 1. Zonificación y urbanismo.*
- 2. Cooperación con la Educación Primaria y vigilancia de su normal funcionamiento de acuerdo con los artículos 24 y 30.*
- 3. Cultura, recreación y deportes.*

4. *Turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, en coordinación con el órgano regional.*

5. *Cementerios. Y*

6. *Los demás servicios cuya ejecución no está reservada a otros órganos públicos, y que tienden a satisfacer necesidades colectivas de carácter local”.*

Las diferencias que la Constitución de 1993 trae en relación a la de 1979 en materia de atribuciones municipales son:

- No toma en cuenta, en absoluto, el artículo 255 de la Constitución d 1979.
- Autoriza a los gobiernos locales a crear, modificar y suprimir no sólo contribuciones, arbitrios y derechos, sino también tasas y licencias.
- Da a las municipalidades la atribución de participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.
- No menciona, como sí lo hacía la Constitución de 1979, que les corresponde *regular el transporte público, la circulación y el tránsito.*

331. Artículo 192 inciso 1

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.

[...]».

Análisis exegetico

En ejercicio de su autonomía, cada municipalidad se organiza internamente como mejor considere que puede cumplir sus labores. Tiene la obligación establecida en la Constitución de tener alcaldía y Concejo

Municipal con regidores. Además, la Ley Orgánica de Municipalidades establece otros requisitos. Todos ellos deben ser cumplidos pero, en lo adicional, la variable determinante de la organización interna será la decisión del propio concejo. Según la Ley Orgánica de Municipalidades, la organización interna se aprueba por el Concejo Municipal mediante edicto.

El Concejo Municipal también aprueba el presupuesto de la municipalidad, que debe tener en cuenta los ingresos que le corresponden por las diferentes fuentes indicadas en el artículo 193 (o en las normas a las que él se refiere), y los egresos que se prevé para el servicio y la inversión en el municipio.

La flexibilidad en la estructura orgánica y el presupuesto debe ser favorecida en el caso de los municipios, debido a que son muy disímiles entre sí y no se puede elaborar un patrón único al cual acomodarlos.

332. Artículo 192 inciso 2

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

2. Administrar sus bienes y rentas.

[...]».

Análisis exegético

No sólo tienen la posibilidad de aprobar su propia organización y presupuesto sino que también pueden administrar sus bienes y rentas. Esto equivale a decir que son autónomas en utilizarlos, disfrutarlos y disponer de ellos, cumpliendo desde luego los requisitos que la legislación establezca.

Ningún otro órgano del Estado puede, constitucionalmente hablando, interferir en la utilización y disposición de los bienes municipales.

Hacerlo sería usurpar funciones. Lo que sí podrá ocurrir, desde luego, es que la ley orgánica de municipalidades imponga requisitos para que éstas decisiones sean válidas, pero eso es función normativa, no ejecutiva.

333. Artículo 192 inciso 3

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

3. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.

[...]».

Análisis exegético

La atribución de establecer de esta manera sus tributos, está también reconocida a los gobiernos locales en el segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución: *«Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley»*. Hay, si se ve bien, una diferencia entre el artículo 74 y el 192 inciso 3, consistente en que en el primero de ellos se exige que los concejos municipales cumplan las normas que indique la ley, en tanto que en éste que comentamos no se hace la indicación correspondiente. Es un error de técnica legislativa que debe solucionarse interpretando concordadamente ambas normas y, en consecuencia, decidiendo que los concejos no serán autárquicos en fijar estos tributos sino que deberán hacerlo conforme indique la ley correspondiente.

También hay una diferencia entre estos dos artículos en relación a la enumeración de atribuciones que se da a los concejos:

- Los dos dispositivos autorizan a crear modificar y suprimir, con lo que en este aspecto no hay problema.
- El artículo 74 autoriza además a exonerar atribución que, por con-

siguiente, debemos entender que ha sido también dada constitucionalmente a los concejos.

- El artículo 74 habla solamente de contribuciones y tasas en tanto que el que comentamos también señala los arbitrios, las licencias y los derechos municipales. Debemos entender que todas las atribuciones indicadas en los dos párrafos anteriores se dan para toda la enumeración de tributos que indica el inciso 3 del artículo 192.

Como resulta obvio, el trabajo del constituyente en esta materia ha sido poco prolijo.

El Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo 816 del 20 de abril de 1996, define los diversos tipos de tributos en su título preliminar. Vale la pena revisar el artículo a propósito de las categorías dadas en este inciso:

“Decreto legislativo 816, artículo II del Título Preliminar.- Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

- a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
- c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.

2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización”.

334. Artículo 192 inciso 4

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

[...]».

Análisis exegético

Según la ley orgánica de municipalidades, determinados servicios serán prestados al vecindario bajo responsabilidad de la municipalidad. Ella podrá darlos directamente, hacer concesión de ellos o encargarlos de cualquier otra manera legítima a terceros.

Al propio tiempo, el Concejo Municipal podrá establecer las normas reglamentarias que considere necesarias para que sean observadas tanto por quienes prestan los servicios como por los usuarios de los mismos.

Finalmente, la Constitución autoriza a administrar dichos servicios lo que supondrá ejecutar las tareas o supervisar a quienes hayan recibido el encargo. Esta tarea correrá a cargo de la administración municipal y será responsabilidad directa del Alcalde respectivo.

En los servicios que las leyes encomienden a las municipalidades,

ninguna otra autoridad del Estado podrá intervenir sin incurrir en usurpación de funciones.

335. Artículo 192 inciso 5

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

5. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondientes.

[...]».

Análisis exegético

La planificación del desarrollo de la circunscripción implica funciones normativas en relación a la utilización de los espacios públicos y privados existentes en el municipio. Entre otras cosas:

- Diseñar las vías públicas que deben existir en el municipio y los medios de transporte que serán utilizados, así como sus rutas.
- Determinar los espacios públicos tales como parques, monumentos, etc.
- Zonificar, lo que supone decisiones en torno a qué espacios físicos serán dedicados a qué tipo de vivienda, de actividad comercial o productiva, etc.
- Autorizar los usos de las tierras para fines específicos dentro de un plan global de uso de los recursos territoriales.

Cada municipalidad, según lo determina la Ley de municipalidades, ejerce estas funciones dentro de su circunscripción.

336. Artículo 192 inciso 6

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

6. Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Y

[...].»

Análisis exegético

Las municipalidades son también el Estado como gobiernos locales elegidos por el voto popular y, por consiguiente, representantes de su municipio para efectos vecinales. Es obvio que dentro del Estado tendrán que existir coordinaciones entre los diversos niveles: central, regional y municipales (provincial y distrital). Muchos servicios y actividades que el Gobierno Central desea realizar entre la población, requieren de la colaboración de las municipalidades porque, de otra manera, sería imposible que las autoridades nacionales llegaran a todos los rincones del país, a menos que establecieran frondosas burocracias que, por lo demás, serían cada vez más ineficientes en razón directa a su tamaño y dispersión.

Hay muchos programas de atención a la población, particularmente en lo que se refiere a salud y alimentación, en los que el Gobierno Central se apoya en los municipios. Es algo que debe racionalizarse y profundizarse por la gran cobertura organizativa que tienen los municipios territorialmente hablando, y porque están bastante cerca de la población; en realidad, más cerca mientras menos población existe en un municipio determinado.

337. Artículo 192 inciso 7

«Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

[...]

7. *Lo demás que determine la Ley.»*

Análisis exegetico

Es una cláusula de estilo para cubrir las diversas funciones que la ley establezca para las municipalidades.

La Ley Orgánica de Municipalidades tiene dos artículos, en los que discrimina funciones de todas las municipalidades y aquellas que son privativas de las provinciales, al estilo de la Constitución de 1979. Aunque ésta fue derogada, la Ley Orgánica sigue vigente y por tanto es norma exigible. Las disposiciones son las siguientes:

“Ley 23853, artículo 10.- Las Municipalidades son competentes para:

- 1.- Acordar su régimen de organización interior.
- 2.- Votar su Presupuesto.
- 3.- Administrar sus bienes y rentas.
- 4.- Crear, modificar, suprimir o exonerar sus contribuciones, arbitrios y derechos, conforme a ley.
- 5.- Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito.
- 6.- Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.
- 7.- Contratar con otras entidades públicas o no públicas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administren directamente.
- 8.- Planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes.
- 9.- Exigir el cumplimiento de sus propias normas, sea con sus propios medios o con el auxilio de las Fuerzas Policiales.
- 10.- Celebrar acuerdos con otras Municipalidades para organizar servicios comunes.
- 11.- Promover y organizar conforme a ley, la participación de los vecinos en el desarrollo comunal”. (El inciso 12 fue derogado).

“Ley 23853, artículo 11.- Las Municipalidades Provinciales son competentes además para regular o pronunciarse sobre las siguientes materias:

- 1.- Zonificación y urbanismo.
- 2.- Cooperación con la Educación Inicial y Primaria y vigilancia de su normal funcionamiento.
- 3.- Cultura, recreación y deporte.
- 4.- Turismo y conservación de monumentos Arqueológicos e Históricos en coordinación con el Organismo Regional; y con las políticas nacionales impartidas a través del Gobierno.
- 5.- Cementerios.
- 6.- Los servicios públicos cuya ejecución no está reservada a otros órganos públicos y que tienden a satisfacer las necesidades colectivas de carácter local.
- 7.- La modificación de la demarcación regional, previa consulta popular, en los casos previstos por el Artículo 260 de la Constitución (Ver art. 190 de la Const. de 1993).
- 8.- La determinación de los linderos de los Distritos de su jurisdicción en conformidad con sus leyes de creación y previa aprobación de la Asamblea de Alcaldes Distritales.

Son competentes asimismo para pronunciarse, en forma previa o para revisar, según sea el caso, toda disposición que las Municipalidades Distritales adopten sobre las materias a que este artículo se refiere”.

“Ley 23853, artículo 12.- Las Municipalidades Provinciales están facultadas para prestar directamente los servicios comunes de las Municipalidades de su jurisdicción; así como para coordinar y complementar o suplir la acción de éstas cuando lo consideraren necesario”.

“Ley 23853, artículo 13.- En los lugares que carezcan de servicios de agua y desagüe, de aprovisionamiento energético y cualquier otro servicio encargado a una entidad nacional o regional, las Municipalidades Distritales son competentes para su instalación con métodos y técnicas apropiadas a los recursos de cada localidad; así como para fijar las tarifas”.

338. Artículo 193

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

- 1. Los bienes e ingresos propios.*
- 2. Los impuestos creados por ley a su favor.*
- 3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos de su competencia, creados por su Concejo.*
- 4. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal que se crea por ley según los tributos municipales.*
- 5. Las transferencias presupuestales del Gobierno Central.*
- 6. Los recursos que les correspondan por concepto de canon.*
- 7. Los demás recursos que determine la ley.»*

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 para esta norma es el siguiente:

“Artículo 257.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

- 1. Los tributos que gravan el valor de los predios urbanos y rústicos de su circunscripción.*
- 2. Las licencias y patentes que gravan el ejercicio de las actividades lucrativas y profesionales.*
- 3. El impuesto de rodaje.*
- 4. Los recursos nacionales que se les transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados.*
- 5. La contribución por peaje, pontazgo y mejoras de las obras que ejecutan.*

6. *El impuesto a la extracción de materiales de construcción.*
7. *El impuesto sobre terrenos sin construir.*
8. *Los tributos que gravan la propaganda comercial y los espectáculos públicos.*
9. *Los productos de sus bienes y de los servicios públicos que prestan.*
10. *Los arbitrios, derechos, contribuciones y multas.*
11. *Parte de la renta contemplada en el artículo 121 para el respectivo municipio provincial, en la proporción de ley. Y*
12. *Los demás que señala la ley o que se instituyan en su favor”.*

De los recursos que la Constitución de 1979 otorgaba a los gobiernos locales, la de 1993 reconoce sólo los siguientes:

- Los bienes e ingresos propios (equivalentes al inciso 9 del artículo 257 de la Constitución de 1979).
- Las contribuciones y demás similares creados por su Concejo (equivalentes al inciso 10 del artículo 257 de la Constitución de 1979).
- Las transferencias presupuestales del Gobierno Central (equivalentes al inciso 4 del artículo 157 de la Constitución de 1979).
- Los recursos del canon por explotación de recursos naturales que le correspondan (equivalente al inciso 11 del artículo 257 de la Constitución de 1979).
- Los demás que establezca la ley (equivalente al inciso 12 del artículo 157 de la Constitución de 1979, pero que sólo es una norma general de carácter hermenéutico).

La Constitución de 1993 añade como fuente adicional de compensación de ingresos entre las distintas municipalidades al Fondo de Compensación Municipal y pone como cláusula general, que también son ingresos de los gobiernos locales *los impuestos creados por ley a su favor*. Esta disposición genérica, y que asigna tributos en el rango de la ley, no de la Constitución, sustituye a los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 257 de la Constitución de 1979.

339. Artículo 193 inciso 1

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

1. Los bienes e ingresos propios.

(...)».

Análisis exegético

Como hemos visto, las municipalidades tienen bienes propios que pueden darles ingresos. Estos les corresponden y deberán ser incluidos en el presupuesto que elaboren, para ser dispuestos según se determine por la misma municipalidad.

340. Artículo 193 inciso 2

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[...]

2. Los impuestos creados por ley a su favor.

[...]».

Análisis exegético

El Estado crea determinados impuestos que gravan a la población pero que no son destinados a gastos del Gobierno Central sino de los municipios.

El Decreto Legislativo 776, dictado el 30 de diciembre de 1993, titulado Ley de Tributación Municipal, establece cuales son los impuestos municipales:

“Decreto Legislativo 776, artículo 6.- Los impuestos municipales son, exclusivamente, los siguientes:

- a) Impuesto Predial.
- b) Impuesto de Alcabala.
- c) Impuesto al Patrimonio Automotriz.
- d) Impuesto a las Apuestas.
- e) Impuesto a los Juegos.
- f) Impuesto a los Espectáculos Públicos”.

341. Artículo 193 inciso 3

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[.....]

3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos de su competencia, creados por su Concejo.

[...]».

Análisis exegetico

Las municipalidades prestan servicios y conceden derechos dentro de su circunscripción, contra los cuales, según su naturaleza, cobran los tributos indicados en este inciso. También forman parte de los ingresos de su presupuesto y son dispuestos de la manera que se decida en él.

Las reglas generales para estos tributos municipales están también consignadas en el Decreto Legislativo 776:

“Decreto Legislativo 776, artículo 60.- Conforme a lo establecido por el inciso 3 del artículo 192 y por el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, las Municipalidades crean, modifican y suprimen contribuciones o tasas, y otorgan exoneraciones, dentro de los límites que fije la ley.

En aplicación de lo dispuesto por la Constitución, se establece Las siguientes normas generales:

- a) La creación y modificación de tasas y contribuciones se aprueban por Edicto, con los límites dispuestos por el presente Título (138).
- b) Para la supresión de tasas y contribuciones las Municipalidades no tienen ninguna limitación legal.
- c) Los Edictos municipales que crean tasas deberán ser prepublicados en medios de prensa escrita de difusión masiva de la circunscripción por un plazo no menor a 30 días antes de su entrada en vigencia” (139).

“Decreto Legislativo 776, artículo 61.- Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado.

En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no es permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Director de Rentas o quien haga sus veces.

Las personas que se consideren afectadas por tributos municipales que contravengan lo dispuesto en el presente artículo podrán recurrir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y al Ministerio Público”.

(138) Como dijimos en nota a pie de página, al comentar el artículo 191, en la actualidad los tributos municipales se deben aprobar mediante ordenanzas.

(139) Entendemos que esta norma se aplica ahora a las ordenanzas que establecen tributos municipales. Ver nota a pie de página a propósito del comentario del artículo 191 respecto de este tema.

El mismo Decreto Legislativo trae normas específicas para las tasas:

“Decreto Legislativo 776, artículo 66.- Las tasas municipales son los tributos creados por los Concejos Municipales, cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por la Municipalidad de un servicio público o administrativo, reservado a las Municipalidades de conformidad con su Ley Orgánica y normas con rango de ley.

No es tasa, el pago que se recibe por un servicio de índole contractual”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 67°.- En ningún caso las Municipalidades podrán cobrar tasas por la fiscalización o control de actividades sin autorización legal expresa para ejercer dicha función, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades y en normas con rango de ley”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 68.- Las Municipalidades podrán imponer las siguientes tasas:

- a) Tasas por servicios públicos o arbitrios: son las tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público individualizado en el contribuyente.
- b) Tasas por servicios administrativos o derechos: son las tasas que debe pagar el contribuyente a la Municipalidad por concepto de tramitación de procedimientos administrativos o por el aprovechamiento particular de bienes de propiedad de la Municipalidad.
- c) Las licencias de funcionamiento: son las tasas que debe pagar todo contribuyente para operar un establecimiento industrial, comercial o de servicios.
- d) Tasas por estacionamiento de vehículos: son las tasas que debe pagar todo aquel que estacione su vehículo en zonas comerciales de alta circulación, conforme lo determine la Municipalidad del Distrito correspondiente, con los límites que determine la Municipalidad Provincial respectiva y en el marco de las regulaciones sobre tránsito que dicte la autoridad competente del Gobierno Central.

- e) Otras licencias: son las tasas que debe pagar todo aquel que realice actividades sujetas a fiscalización o control municipal, con el límite establecido en el artículo 67”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 69.- Las tasas por servicios públicos o arbitrios, se calcularán en función del costo efectivo del servicio prestado”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 70.- Las tasas por servicios administrativos o derechos, no excederán del costo de prestación del servicio administrativo y su rendimiento será destinado exclusivamente al financiamiento del mismo.

Las tasas que se cobre por la tramitación de procedimientos administrativos, sólo serán exigibles al contribuyente cuando consten en el correspondiente Texto Unico de Procedimientos Administrativos, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto Legislativo 757”.

342. Artículo 193 inciso 4

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[...]

4. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal que se crea por ley según los tributos municipales.

[...]».

Análisis exegético

El Fondo de Compensación Municipal está conformado por recursos que pone el Gobierno Central según establece la ley, para compensar los ingresos de las diferentes municipalidades del Perú. Este fondo se distribuye entre todas ellas según procedimientos también legalmente establecidos.

Las reglas de distribución de recursos de este Fondo han sido establecidas en el Decreto Legislativo 776:

“Decreto Legislativo 776, artículo 86.- El Fondo de Compensación Municipal a que alude el inciso 4 del artículo 193 de la Constitución Política del Perú, se constituye con los siguientes recursos:

- a) El rendimiento del Impuesto de Promoción Municipal.
- b) El rendimiento del Impuesto al Rodaje.
- c) El rendimiento del Impuesto a las Embarcaciones de Recreo”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 87.- Los criterios para la distribución del Fondo de Compensación Municipal serán determinados por Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, teniendo en consideración los siguientes principios generales:

- a) El Fondo se distribuirá entre las Municipalidades Provinciales y Distritales, preferentemente de zonas rurales y urbano-marginales, teniendo en consideración criterios de población, pobreza, desarrollo urbano, violencia y recursos naturales.
- b) El porcentaje que se asigne a las Municipalidades Provinciales no será mayor del 20% del Fondo”.

“Decreto Legislativo 776, artículo 88.- Los índices de distribución del Fondo serán determinados anualmente por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial, en el marco de lo que establezca el Decreto Supremo a que alude el artículo precedente.

“Decreto Legislativo 776, artículo 89.- Los recursos que perciban las Municipalidades por este concepto no podrán ser empleados en gasto corriente, bajo responsabilidad administrativa del Director Municipal o quien haga sus veces”.

Puede apreciarse claramente que la Ley deja a total libertad del Ministerio de Economía y Finanzas, esto es, del Poder Ejecutivo, la atribución de fijar la forma en que se distribuirán los recursos. Esta es una forma negativa de establecer la atribución por las siguientes razones:

- Es imprevisible, pues podrá cambiar cada año, si no se dicta un Decreto de Urgencia por razones de fuerza mayor.
- Es manipulable en función de los intereses del Poder Ejecutivo. Los alcaldes de Lima Metropolitana que han existido durante la vigencia de esta norma, se han quejado que el Ejecutivo ha utilizado esta disposición con fines electorales propios, al tiempo que se desprestigiaba al gobierno municipal por aparente inmovilismo en inversión en obras. Hay indicios de que permiten suponer que la crítica es verosímil.
- Desinstitucionaliza la organización económica de los gobiernos locales.

Enrique Bernaldes dice lo siguiente sobre el tema:

[...] Que las rentas municipales estuvieran dispuestas en la Constitución era una garantía en favor del municipio. Remitirlas a la ley es un hecho que somete a los municipios al criterio cambiante de cada gobierno.

En virtud del dispositivo constitucional que comentamos - apoyado por el Decreto Legislativo N° 776- se ignoran muchos de los impuestos municipales que estaban expresamente mencionados por la Constitución de 1979 o que, en su defecto, eran derivaciones directas de ella. Es por ello que las municipalidades carecerán en adelante de la efectiva protección contra el poder central.

Al respecto, Valentín PANIAGUA recuerda que los municipios deben gozar de una especie de reserva constitucional para garantizar el libre ejercicio de sus funciones y la autonomía de la administración y gobierno de los colectivos territoriales descentralizados. Sin esta reserva plasmada en la Carta Política -apunta DELGADO- el gobierno tiene las manos libres para reducir a los municipios y afectar drásticamente su economía (140).

(140) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 697.

Nosotros consideramos que esta norma debe corregirse estableciendo cuotas previsibles en función del universo de recursos disponibles. Sólo así podrán, los gobiernos municipales, hacer una planificación de trabajo a más de un año plazo. Además, no es legítimo que la llave de cuántos recursos recibe cada municipalidad, la tenga en definitiva el Ministro de Economía y Finanzas, porque eso atenta contra el más elemental concepto de autonomía económica que el artículo 191 de la Constitución reconoce a las municipalidades.

343. Artículo 193 inciso 5

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[...]

5. Las transferencias presupuestales del Gobierno Central.

[...]».

Análisis exegetico

Transferencias presupuestales son recursos del Gobierno Central que, según el Presupuesto de la República, son traspasados a las municipalidades para que sean utilizados por ellas según se establezca en el mismo presupuesto. Es dinero que podría haber sido gastado por el Gobierno Central mismo pero que él decide se gaste por los municipios.

Sobre las transferencias dice Betty Alvarado:

Esta diferencia entre un nivel de gobierno y otro, al cual se le conoce en el argot de finanzas públicas como «desbalance vertical», es atenuado a través de las transferencias intergubernamentales. Estos ingresos municipales se han convertido en un elemento importante para solventar sus gastos de capital e inclusive, los gastos corrientes de las municipalidades. Aunque a nivel del gobierno

general los flujos de transferencias intergubernamentales no son muy importantes, para los gobiernos locales han llegado a representar más del 50% en las municipalidades pequeñas. El sistema de transferencias en el Perú es un sistema complejo, formado por seis o más tipos de transferencias, que no tenían un objetivo general definido, por lo menos hasta fines de 1993. Actualmente, el sistema tiene fundamentalmente transferencias del tipo ingresos o fondos compartidos, al cual recientemente se han introducido características de compensación para reducir el «desbalance horizontal»; es decir, las diferencias entre los gobiernos locales (141).

Y luego añade:

En comparación con otros países latinoamericanos y otros industrializados, el total de transferencias otorgadas por el gobierno central de las municipalidades es muy pequeño. Así, mientras que en promedio se otorgaron a los gobiernos subnacionales –regiones y municipalidades– US\$ 18.00 per cápita por año en América Latina, y más de US\$ 1,000.00 en países industrializados; en el Perú, esa cantidad –transferida a municipalidades– llegó escasamente a US\$ 2.00 per cápita por año en el período 1985-88. La proporción es también abismal cuando se trata del ratio transferencias con respecto del PBI. Sin embargo, las cifras que se manejan para el año 1994 estarían indicando una recuperación, llegando a transferirse más de US\$ 10.00 per cápita. Esto último se debe básicamente a la mejora en la recaudación del IGV (142).

Como puede verse, todavía estamos muy atrasados en materia de inversión municipal directa frente a todos los ámbitos con los cuales nos queramos comparar. La descentralización del gasto, a la luz de estas cifras, es una irreductible necesidad en el Perú.

(141) ALVARADO PEREZ, Betty M. *Relaciones fiscales entre el gobierno central y los gobiernos locales*. Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, p. 125.

(142) ALVARADO PEREZ, Betty M. *Relaciones fiscales entre el gobierno central y los gobiernos locales*. Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, p. 126.

344. Artículo 193 inciso 6

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[...]

6. Los recursos que les correspondan por concepto de canon.

[...]».

Análisis exegético

Este inciso se refiere a los ingresos que correspondan a las municipalidades en virtud de lo mandado por el artículo 77 de la Constitución en su tercer párrafo:

«Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon».

También estos ingresos formarán parte del presupuesto de la municipalidad respectiva y serán dispuestos según sus decisiones, dentro del marco de la ley.

345. Artículo 193 inciso 7

«Artículo 193.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

[...]

7. Los demás recursos que determine la ley.»

Análisis exegetico

Norma de estilo para recoger la asignación de otros recursos no previstos en este artículo y que serán considerados por la ley a las municipalidades.

346. Artículo 194

«Artículo 194.- Las municipalidades pueden asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos para la ejecución de obras y la prestación de servicios comunes.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

Suele ocurrir que municipalidades vecinas, o que todas las municipalidades distritales y su provincial respectiva, tengan asuntos que resolver en común, desde cosas menores como el recojo de basura a lo largo de una calle límite de sus circunscripciones (donde una vereda es de un municipio y la otra del otro), hasta obras mayores como el paso de una vía importante, o la construcción de una línea de tren o de metro, por poner sólo algunos ejemplos.

En estos casos hay problemas políticos, económicos y administrativos muchas veces complejos, que deben ser formalmente establecidos, de manera que las actividades se realicen con fluidez y sin problemas de responsabilidad posterior. Para ello, las municipalidades pueden convenir entre sí los acuerdos que estimen pertinentes. Aprobados por sus respectivos concejos municipales, tendrán validez jurídica y serán instrumentos normativos de la actividad de que se trate, para todos los efectos correspondientes, inclusive los de disposición de recursos presupuestales.

En realidad, esta norma no es sino una especificación de una atribución que existiría aunque la norma no hubiera sido hecha, pues siem-

pre las instituciones gubernativas tienen la posibilidad de establecer convenios de colaboración entre sí, tanto en el plano interno como en el internacional.

César Landa tiene una observación interesante sobre este tema, que compartimos plenamente porque sí sería un estímulo definitivo hacia la descentralización del poder y del presupuesto:

En el Art. 194 se reconoce constitucionalmente la posibilidad, desarrollada por la práctica municipal de los últimos años, de que las municipalidades se asocien o celebren convenios de cooperación para la mejor prestación de servicios y ejecución de obras. Sin embargo, hubiera sido más conveniente para las municipalidades que se estableciera constitucionalmente que las obras y los servicios públicos que realiza y presta el gobierno central en su localidad, sean coordinados en su formulación y ejecución con las municipalidades provinciales. Ello tendría por objeto evitar la irracionalidad en el manejo de los asuntos públicos locales, tales como el uso de las vías, el transporte público, el saneamiento físico-legal de los asentamientos humanos, el abastecimiento de agua, desagüe, energía y la telefonía, la comercialización, la salubridad, la educación entre otros rubros; los cuales son administrados por el Gobierno Central y subsidiariamente por los gobiernos locales, sin la correspondiente coordinación administrativa que requiere la atención de estos asuntos de interés local (143).

347. Artículo 195

«Artículo 195.- La ley regula la cooperación de la Policía Nacional con las municipalidades en materia de seguridad ciudadana.»

(143) LANDA ARROYO, César. *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 247.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Hemos visto que la finalidad fundamental de la policía Nacional es «*garantizar, mantener y restablecer el orden interno*» y que con tal propósito «*presta protección y ayuda a las personas y a la Comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia*» (son textos parciales del artículo 166 de la Constitución aplicables al dispositivo que ahora comentamos).

Sin embargo, la posibilidad real de que la Policía Nacional brinde todos estos servicios en forma oportuna es remota por la diferencia entre las necesidades y la posibilidad de atenderlas con los recursos existentes. Las municipalidades, en cambio, estando conformadas en base de distritos, tienen mucha más facilidad para organizar servicios de emergencia y de rápido acceso, para la atención de algunas de las circunstancias anteriores, particularmente en lo que se refiere a vigilancia y patrullaje y atención de llamadas de auxilio inmediato.

Como estas funciones y finalidades pertenecen constitucionalmente a la Policía Nacional, sería un verdadero problema que los servicios de seguridad ciudadana de municipalidades y Policía Nacional entraran en competencia y, peor aún, en conflicto.

Según las circunstancias y necesidades, la Constitución prevé que la ley establezca normas de cooperación entre ambas instituciones en las respectivas circunscripciones. Es una solución adecuada para dar trámite a los problemas interinstitucionales que puedan aparecer y, al mismo tiempo, para facilitar el logro del trascendental objetivo de dar seguridad a la población por todos los medios posibles.

Hay que destacar que en los últimos años, muchas municipalidades distritales de las ciudades grandes han establecido ya servicios denominados de Serenazgo, que cumplen funciones de patrullaje y de atención y solución de problemas de seguridad de las personas. En muchos casos, el

trabajo lo hacen coparticipativamente las organizaciones municipales y la Policía Nacional. También muchas municipalidades han establecido una contribución de serenazgo para financiar la actividad.

Vegas escribió sobre el tema lo siguiente, durante la vigencia de la Constitución de 1979:

En relación a los gobiernos locales y regionales, la Constitución les ha delegado poder de policía. Las municipalidades pueden, por ejemplo, controlar los establecimientos comerciales, y en determinadas circunstancias, clausurarlos. Para ello necesitará de una fuerza policial, pero, y aquí encontramos un vacío constitucional, no se establece si debe tratarse de un cuerpo propio de policía municipal; o basta con solicitar en auxilio de la Guardia Civil, en virtud de la función constitucional que ésta tiene de «hacer cumplir las leyes». Ambas posibilidades son constitucionales ya que si se les ha delegado poder de policía, cabría que las municipalidades o regiones creasen cuerpos propios, pero esto no es una consecuencia necesaria de dicha delegación.

En la práctica existen ya cuerpos de policía municipal, pero con problemas por cuanto no se regulan por las mismas normas que las FF.PP., sino por reglamentos administrativos municipales, generándose dificultades desde el nombramiento y selección del personal hasta debido al gran poder discrecional del que gozan, al no estar establecidas jurídicamente sus funciones, atribuciones y competencia. Creemos que la mejor solución es que se pongan a disposición de las autoridades locales o regionales destacamentos policiales que formen parte de las FF.PP. pero que dependerán jerárquicamente de la autoridad civil.

La doctrina distingue entre orden y requerimiento de auxilio, aunque uno y otro sean legalmente obligatorios:

«La orden se da con autoridad directa en el poder y en ordenamiento jerárquico sobre quien debe cumplirla.

El auxilio lo pide el que no puede ordenar, pero que necesita ayuda para hacer cumplir una decisión (BIELSA 1955, T. IV, p. 60)" (144).

Las consideraciones de Martín Vegas, creemos, refuerzan la necesidad que se dicte las normas que desarrollen este aspecto de la Constitución, con la mayor celeridad posible.

348. Artículo 196

«Artículo 196.- La capital de la República, las capitales de provincias con rango metropolitano y las capitales de departamento de ubicación fronteriza tienen régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

El mismo tratamiento rige para la Provincia Constitucional del Callao y las provincias de frontera.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el artículo que transcribimos a continuación:

“Artículo 258.- La Capital de la República tiene régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades”.

Ambas Constituciones ordenan un régimen especial para la Capital de la República en la Ley Orgánica de Municipalidades.

La Constitución de 1993 prevé régimen especial, también para las siguientes municipalidades:

(144) VEGAS TORRES, José Martín. *Fuerzas Policiales, Sociedad y Constitución*. Lima, Instituto de Defensa Legal, 1990, p. 60.

- Capitales de provincias con rango metropolitano.
- Capitales de departamento de ubicación fronteriza.
- Provincia Constitucional del Callao.
- Provincias de frontera.

Análisis exegetico

Las ciudades que presentan complejidad especial por distintas razones tales como tamaño, importancia política, importancia para la seguridad nacional como en el caso de fronteras, etc., pueden tener un régimen especial en la Ley de Municipalidades, que les de mayor agilidad y mejores competencias para resolver los problemas que se presenten. Esto corresponde a la naturaleza tan dispar de los municipios y que conduce a que sus gobiernos locales no sean necesariamente iguales entre sí.

La estructura básica del gobierno metropolitano está diseñada en la Ley 23853 para la ciudad de Lima. Sus reglas principales son:

“Ley 23853, artículo 131.- Son órganos de gobierno de la Municipalidad Metropolitana:

- 1.- El Concejo Metropolitano.
- 2.- El Alcalde Metropolitano.
- 3.- La Asamblea Metropolitana de Alcaldes.

Son órganos de asesoramiento de la Municipalidad Metropolitana:

- 1.- La Junta de Planeamiento Metropolitana.
- 2.- La Junta de Participación y Cooperación Metropolitana.
- 3.- Las Comisiones especiales de asesoramiento”.

La Ley misma describe a cada uno de estos órganos y le asigna funciones. De todos ellos, tal vez sólo valga reproducir la norma referente a la Asamblea Metropolitana de Alcaldes:

“Ley 23853, artículo 137.- La Asamblea Metropolitana de Alcaldes se integra por el Alcalde Metropolitano y los Alcaldes Distritales de la Provincia de Lima. Sus funciones son de coordinación para la eficiente ejecución de las funciones, el desarrollo de los planes y el cumplimiento

de los fines de la Municipalidad Metropolitana. Se reúne por lo menos una vez cada dos meses”.

349. Artículo 197

«Artículo 197.- Las Regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Les corresponden, dentro de su jurisdicción, la coordinación y ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.

Sus bienes y rentas propias se establecen en la ley. Las Regiones apoyan a los gobiernos locales. No los sustituyen ni duplican su acción ni su competencia.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que anteceden al dispositivo que comentamos en esta parte, son los siguientes:

“Artículo 261.- Las regiones tienen autonomía económica y administrativa.

Son competentes, dentro de su territorio, en materia de salubridad, vivienda, obras públicas, vialidad, agricultura, minería, industria, comercio, energía, previsión social, trabajo y, en concordancia con los artículos 24 y 30, educación primaria, secundaria, y técnica, y las demás que les son delegadas conforme a ley”.

“Artículo 262.- Son recursos de las regiones:

1. Los bienes y rentas de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo y de la parte proporcional que corresponde a las provincias que se integran a la región.

2. *La cuota del fondo de compensación regional y las otras sumas que se consignan en el presupuesto del Sector Público.*
3. *El producto de sus bienes y de los servicios públicos que prestan.*
4. *Los recursos nacionales que se les transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados.*
5. *Los impuestos cedidos, total o parcialmente, por el Estado y los tributos creados para ellas.*
6. *El producto de los empréstitos y operaciones de crédito que contratan.*
7. *El derecho de mejoras por las obras que ejecutan. Y*
8. *Los ingresos provenientes de la aplicación del artículo 121 y los demás que señala la ley”.*

Las diferencias entre ambas Constituciones son las siguientes:

- La Constitución de 1993 añade la autonomía política de las regiones, a la económica y administrativa que ya se reconocían en la Constitución de 1979.
- La Constitución de 1993 otorga a las regiones la atribución de coordinar y ejecutar los planes y programas socio-económicos regionales y la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado según establezca la ley. La Constitución de 1979, en este punto, les daba una atribución de naturaleza más bien gubernamental en prácticamente todos los sectores del quehacer social y económico.
- El artículo 262 de la Constitución de 1979 establecía con cierto detalle los recursos que tendrían las regiones. El último párrafo del artículo 197 de la Constitución de 1993 remite la elaboración de este tema al rango de la ley.
- La Constitución de 1993 establece que las regiones se apoyan y no sustituyen ni duplican a los gobiernos locales en sus competencias.

El tratamiento de la Constitución de 1993 es muy genérico en esta materia, si lo comparamos con el que traía la Constitución de 1979.

Análisis exegético

No es posible definir la naturaleza de las regiones establecidas en la Constitución porque todos sus rasgos definitorios serán establecidos por ley.

En principio serán territorios determinados por las poblaciones que decidan integrarse de acuerdo a los artículos 189 y 190 de la Constitución. Oportunamente manifestamos nuestras opiniones y críticas a ellos.

Las regiones no son definidas en este artículo como gobiernos, aunque según el siguiente tendrán Presidente y Consejo de Coordinación Regional. De acuerdo a estos indicios, parece que la mentalidad del constituyente se inclinó por hacer de las regiones instituciones no gubernativas sino de coordinación de los planes de trabajo de naturaleza socioeconómica y de gestión de actividades y servicios estatales de que habla el segundo párrafo de este artículo.

En estas funciones tendrán autonomía política, es decir, de decisión sobre sus competencias; económica, que es el control de las decisiones sobre sus recursos presupuestales (que no están definidos en la Constitución), y administrativa que será la posibilidad de autodirigirse en la función ejecutiva.

La parte final del artículo indica que las regiones apoyan a los gobiernos locales y no los sustituyen ni duplican en sus acciones y competencias. Estas disposiciones pueden ser entendidas en dos sentidos:

- O que las regiones sólo apoyarán a los gobiernos locales lo que las haría básicamente lugar de concertación. A esta posibilidad colabora el hecho de que su órgano de gobierno colegiado se llame, precisamente Consejo de Coordinación Regional (ver el artículo 198 de la Constitución).
- O que las regiones tendrán sus propios programas y, en ellos, cuidarán de colaborar con los municipios y no duplicarán esfuerzos en el sentido que lo que ya hacen éstos no sea repetido por ellas. A esta interpretación abona el segundo párrafo del artículo 197 cuando señala que habrá planes y programas socio-económicos regionales.

Las disposiciones de esta artículo 197, en definitiva, sirven para saber cómo serán las relaciones entre regiones y municipalidades (que en sus términos generales están bien reguladas y, en verdad, nadie podría decir lo contrario a lo que el texto dice), pero no sirven en absoluto para saber qué serán las regiones.

Y con la forma tan particular de conformarlas que establecen los artículos 189 y 190, en nuestro criterio tampoco se puede saber si finalmente habrá o no regiones por la dificultad de que los pueblos mismos lleguen a organizar una institucionalidad tan compleja por acuerdos entre partes interesadas.

Creemos que estas reflexiones hacen notar la poca claridad que tuvo el constituyente al, finalmente, establecer las regiones en la Constitución y que la forma definitiva sólo podrá saberse cuando se dicte la legislación *ad hoc* que reclama el inciso I de la octava disposición transitoria y que, a la fecha de escribir este texto, ya está largamente incumplida por el Congreso.

En relación al gobierno regional, SUMMA ha hecho un aporte que consideramos interesante desde el punto de vista de la organización general. Dice:

En relación a los gobiernos regionales, aparte de plantear una separación de la función deliberativo-legislativa y la función ejecutiva y la elección directa por sufragio universal y secreto de las autoridades regionales, se plantea unas competencias básicas para los gobiernos regionales más acordes con las nuevas circunstancias. Así los gobiernos regionales deberán circunscribirse al: planeamiento prospectivo y estratégico, a la promoción y apoyo tecnológico, financiero, de información y de acceso a mercados para la producción regional; a promover la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios básicos, a elevar los niveles de calificación del recurso humano y a asegurar la explotación racional de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente. Asimismo, le corresponde el acondicionamiento físico del territorio y la ejecución de obras que benefician colectiva y directamente a más de una provincia (145).

Los aspectos importantes de esta propuesta son, a nuestro juicio, los siguientes:

(145) SUMMA. *El desafío de construir un Estado democrático, descentralizado y moderno*. Lima, SUMMA, 1993, p. 34.

- La elección universal de las autoridades regionales que les dará, así, representatividad popular para sus zonas y también la posibilidad real de ser gobiernos. Si ha de haber verdadera descentralización en el Perú es necesario que el poder se traslade del Gobierno Central (y particularmente del Poder Ejecutivo) hacia entidades de gobierno regionales que canalicen inversión y estimulen su propio desarrollo social y económico. Mientras el poder esté concentrado en la Capital, el desarrollo de las provincias será impracticable. Sin gobiernos democráticos en las regiones, desde luego, no habrá traslado de poder desde el centro.
- La determinación de atribuciones económicas que están destinadas, precisamente, a acondicionar el territorio regional para una actividad económica progresiva, que genere condiciones de desarrollo. Esta debe ser una de las funciones principales de las regiones y, en relación a ella, el Gobierno Central lejos de ser un estorbo, debe ser el que solamente da el marco unitario a las políticas en el plano nacional. Obviamente, aquí es donde se debe producir una de las transferencias de poder significativas.
- Finalmente, será importante transferir al plano regional (como a su turno y nivel será importante hacerlo con el gobierno local), las capacidades de inversión pública del ámbito territorial respectivo. Consideramos inaceptable que siga siendo el Gobierno Central el que decide hasta las más pequeñas obras que se realizan en todo el país. Esto sólo se explica por el afán de los gobernantes de captar adhesiones para futuras lides electorales en todo el país. Sin embargo, atenta contra el eficiente uso de los recursos y, por supuesto, no permite lograr la mejor decisión en relación a las obras que se realiza.

Al escribir este trabajo, se debaten las futuras normas de regionalización y existen diversos proyectos de ley presentados, los cuales reflejan diversas concepciones sobre la naturaleza de las regiones en el país. Signo de que no existe aún una conciencia clara de cómo debe ser esta parte de la institucionalidad del Estado.

Respecto a la idea global de Región, las opiniones son las siguientes:

- Zumaeta propone como texto legislativo este proyecto de artículo:

Artículo 18.- El Gobierno Regional es el órgano de gobierno en la región. Es persona jurídica de derecho público, goza de plenas facultades legislativas y ejecutivas de decisión en las materias de su competencia. Su autonomía política administrativa y económica está sujeta al carácter unitario, representativo y descentralizado del Estado (146).

- Luz Salgado hace la siguiente propuesta:

Artículo 12.- Las Regiones son órganos de gestión y administración regional que emanan de la voluntad popular. Tienen personería jurídica propia. Se constituyen de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política del Perú por iniciativa y mandato de la población de uno o mas departamentos, mediante referendums expresamente convocado para tal fin.

[...]

Artículo 15.- Las Regiones tienen por finalidad orientar e impulsar el desarrollo regional, acorde a los objetivos y lineamientos del desarrollo nacional, con el concurso y participación de su población (147).

(146) ZUMAETA FLOREZ, César. *Ley de bases de la descentralización y regionalización del país*. (Separata). En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú, Comisión de Descentralización, 1996, p. 7.

(147) SALGADO RUBIANES, Luz. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú. Comisión de Descentralización, 1996, p. 5.

- Daniel Estrada propone:

Artículo 6.- La Región es una unidad territorial habitada por pueblos entrelazados por procesos histórico-culturales; por intereses económicos comunes o expectativas de desarrollo conjunto. En su espacio deberá propiciarse la articulación interna y el intercambio regular y sostenido; permitirse e incentivarse el ejercicio de actividades económicas complementarias entre sí y propenderse a la especialización productiva regional, orientándola al mercado nacional como elemento de integración y al comercio internacional para la generación de divisas (148).

Y por otra parte añade:

Artículo 14.- Definición.

Las Regiones son espacios territoriales de administración de servicios públicos, de coordinación y planificación del desarrollo y de ejecución de obras de infraestructura dentro de su circunscripción. Tienen personería jurídica de derecho público, autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Las Regiones apoyan a los gobiernos locales y les brindan asistencia técnica y financiera para la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo local (149).

De estas tres posiciones, puede apreciarse que la de Zumaeta es típicamente de gobierno con poder político; que la de Luz Salgado es la de

(148) ESTRADA PEREZ, Daniel. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú - Comisión de Descentralización, 1996, p. 16.

(149) ESTRADA PEREZ, Daniel. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú, Comisión de Descentralización, 1996, p. 43.

una institución que esencialmente presta servicios y no gobierna; y que la de Estrada tiene el énfasis en el proceso de desarrollo económico regional. Si bien su propuesta de artículo 14 pone énfasis en los servicios públicos, en el desarrollo y en la infraestructura, se siente que nada de ello puede ser hecho sin que las regiones sean gobierno.

Vemos pues que las tres propuestas que consideramos importante comentar de entre las varias existentes para la ley de regionalización, tienen tres aproximaciones distintas a la naturaleza de la región en tanto gobierno o entidad gerente de servicios. En nuestro criterio, la mejor aproximación es la de Daniel Estrada, a la que sin embargo habría que añadir con más claridad la dimensión del poder político, que no aparece expresamente de su texto.

En relación a las atribuciones de las regiones, las tres propuestas dicen lo siguiente:

- Zumaeta propone:

“Artículo 24.- Sectorialmente los gobiernos regionales tienen funciones para:

- Dirigir, regular y gestionar las actividades y acciones inherentes al Estado.
- Promover, dirigir, administrar y regular las actividades en los sectores productivos y extractivos de su competencia.

Artículo 25.- Los Gobiernos Regionales no son competentes para normar en lo siguiente:

- Los derechos y deberes fundamentales de la persona o que alteren el principio de igualdad.
- La nacionalidad, ciudadanía, extranjería, asilo y extradición.
- Las relaciones exteriores, la seguridad exterior.
- La legislación civil, penal y financiera.
- El régimen monetario y bancario.
- La administración de justicia.
- El régimen de Comercio Exterior.

- La regulación de la marina mercante, la aviación comercial.
- La regulación de las telecomunicaciones” (150).

Esta propuesta ratifica la idea de que la región es gobierno, pero la interacción de los artículos 24 y 25, crea un espacio hermenéutico de tipo federalista porque todo lo que no esté en el artículo 25 podrá ser, a contrario, materia de intervención regional. En otras palabras, la lista del artículo 125 es negativa del gobierno regional y todo lo demás le está permitido. No decimos que sea la intención de la propuesta pero, desde el punto de vista de interpretación jurídica, es la manera de entender las atribuciones normadas. No consideramos que una propuesta con tonos federalistas como ésta sea la más adecuada para el país, aunque es de reconocer la intención de diferenciar claramente los planos nacional y regional, cosa que en efecto deberá hacerse con claridad en la próxima legislación sobre la materia.

- La propuesta de Luz Salgado es la siguiente:

“Artículo 32.- Las Regiones tiene autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Son competentes dentro de su respectiva jurisdicción en las siguientes materias:

- 1.- Planeamiento y acondicionamiento territorial.
- 2.- Fomento de la especialización productiva y desarrollo de sus ventajas comparativas.
- 3.- Gestión de las actividades y servicios del Estado en las áreas siguientes: Salud, Educación, Vivienda, Recreación y Deportes, Bienestar Familiar, Defensa Civil, Transporte y Comunicaciones,

(150) ZUMAETA FLOREZ, César. *Ley de bases de la descentralización y regionalización del país*. (Separata).- En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú, Comisión de Descentralización, 1996, p. 18.

Infraestructura y otras que le sean transferidas, en el nivel intermedio.

4.- Promoción de la inversión pública y privada preferentemente regional.

5.- Gestión y promoción del desarrollo social, turístico, cultural y científico tecnológico.

6.- Protección de los recursos naturales y del medio ambiente.

7.- Otras materias que se determine por ley.

Artículo 33.- Las Regiones brindan apoyo a las Municipalidades, en ningún caso sustituyen ni duplican su acción ni su competencia” (151).

En esta propuesta, ratificando su concepción antes indicada, Luz Salgado elabora una concepción de la región como administradora de servicios. Definitivamente, un organismo con estas funciones no ejerce poder ni es gobierno. Además, como puede verse de la propuesta de artículo 33, será una instancia intermedia que no tiene posibilidad de ejercitar competencias propias frente al Gobierno Central, y que tampoco debe estorbar a los municipios. Consideramos que es una propuesta que no tiene posibilidad de llevarse a cabo: no puede haber un nivel de organización del Estado con tan poca posibilidad de decisión. En la práctica conducirá a un poder central todopoderoso y a un municipio que sólo podrá realizar lo que él le asigne. Es un refuerzo del centralismo que, en buena cuenta, es lo que puede apreciarse en el régimen político de los años noventa.

- Estrada plantea lo siguiente:

“Artículo 13.- Son atribuciones de los Gobiernos Regionales:

a.- Legislar en las materias que le delegue el Congreso de la República, dictar normas regionales, dentro del marco jurídico nacional

(151) SALGADO RUBIANES, Luz. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú, Comisión de Descentralización, 1996, p. 6.

y ejercer el derecho de iniciativa legislativa en los asuntos de su competencia;

b.- Planificar el desarrollo regional;

c.- Organizar la ocupación del espacio regional y crear la infraestructura necesaria para el desarrollo del aparato productivo;

d.- Promover y fomentar el ahorro regional y la inversión pública y privada, propendiendo a la especialización productiva y al logro de objetivos programados en el mediano y largo plazo;

e.- Celebrar convenios con Personas Jurídicas del país y del extranjero y concertar operaciones de crédito interno y externo con arreglo a ley;

f.- Aprobar el Plan de Desarrollo Regional; el Presupuesto de la Región y la Memoria anual que contendrá los estados financieros;

g.- Promover el desarrollo de la cultura y en especial aquéllas manifestaciones que expresen los sentimientos y el pensamiento de la sociedad regional;

h.- Proteger de manera especial el medio ambiente y los recursos naturales cuya explotación económica estará debidamente controlada;

i.- Administrar sus bienes y rentas;

j.- Las demás necesarias para el cumplimiento de sus funciones; las que se le asignen por ley y las que se le encarguen por decisión de otras instituciones u órganos de gobierno” (152).

Es, en nuestro criterio, la propuesta más consistente de atribuciones y creemos que en torno a ella puede elaborarse un proyecto adecuado que combine el carácter regional sujeto al poder nacional unitario, con el de entidad que ejerce poder del Estado de manera efectiva.

(152) ESTRADA PEREZ, Daniel. *Ley marco de la descentralización*. En CONGRESO DE LA REPUBLICA. COMISION DE DESCENTRALIZACION. *Proyectos de ley de descentralización*. Lima, Congreso de la República del Perú, Comisión de Descentralización, 1996, p. 17.

350. Artículo 198

«Artículo 198.- La estructura organizada de las Regiones y sus funciones específicas se establecen por ley orgánica.

Son las máximas autoridades de la Región el Presidente y el Consejo de Coordinación Regional.

El Presidente de la Región es elegido por sufragio directo por un período de cinco años. Puede ser reelegido. Su mandato es revocable, pero irrenunciable. Goza de las prerrogativas que le señala la ley.

El Consejo de Coordinación Regional está integrado por el número de miembros que señala la ley. Los alcaldes provinciales o sus representantes son, de pleno derecho, miembros de dicho Consejo.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las disposiciones que en la Constitución de 1993 aparecen como antecedentes de la que comentamos son las siguientes:

“Artículo 264.- Los órganos de gobierno regional son la Asamblea Regional, el Consejo Regional y la Presidencia del Consejo. El mandato para los elegidos por sufragio directo es de cinco años. El de los restantes, de tres.

La Asamblea Regional está integrada por el número de miembros que señala la ley. Se integra por personal elegido por sufragio directo, por los Alcaldes provinciales de la región y por delegados de las instituciones representativas de las actividades económico-sociales y culturales de la misma.

La proporción de las representaciones se fija en la ley. Se establece, en todo caso, que la directamente elegida no es mayor del cuarenta por ciento.

Para ser miembro de la Asamblea Regional se requieren las mismas calidades que para ser Diputado, y ser residente en la región. A los miembros del Consejo Regional les alcanzan las mismas causales de inelegibilidad e incompatibilidad, y las mismas prohibiciones”.

“Artículo 265.- Corresponde a la Asamblea Regional:

- 1. Elegir de su seno a su presidente, que lo es también del Consejo Regional.*
- 2. Elegir, a propuesta del presidente, a los miembros del Consejo Regional.*
- 3. Ejercer las competencias legislativas y administrativas que expresamente le delegan los Poderes Legislativo y Ejecutivo.*
- 4. Dictar las normas de su organización interior.*
- 5. Aprobar el presupuesto de la región.*
- 6. Aprobar el Plan Regional de Desarrollo. Y*
- 7. Las demás funciones que le señala la ley”.*

“Artículo 268.- El Presidente y el Consejo constituyen el órgano ejecutivo de la región. Sus funciones son:

- 1. Elaborar el proyecto del Plan Regional de Desarrollo de acuerdo a los lineamientos del Plan Nacional.*
- 2. Ejecutar el Presupuesto Regional y administrar su patrimonio.*
- 3. Organizar y administrar los servicios públicos descentralizados y coordinarlos con los que presta el Poder Ejecutivo.*
- 4. Resolver en última instancia los asuntos administrativos de los concejos municipales de la región.*
- 5. Ejecutar los acuerdos y resoluciones de la Asamblea Regional.*

6. *Reglamentar las normas emanadas de la Asamblea Regional. Y*

7. *Las demás que señala la ley*".

La estructura interna y el grado de desarrollo de la normatividad son totalmente distintos en las dos Constituciones:

- La Constitución de 1979 era detallada en el tratamiento del tema. La de 1993 sólo dicta unas pocas normas dejando todo lo demás a la ley.
- La Constitución de 1979 no estableció normas para la elección del presidente de la región. Según la ley respectiva, era elegido por la misma asamblea regional. Según la Constitución de 1993, es elegido por sufragio directo y para un período de cinco años. Puede ser reelegido y su mandato es revocable pero irrenunciable.
- En este sentido, la Constitución de 1993 perfila mejor que la de 1979 la figura del Presidente.
- La Constitución de 1979 establecía una Asamblea Regional en la que la proporción de representantes elegidos directamente a ella, era fijado por una ley pero no podía superar el 40% del total de miembros.

La Constitución de 1993 ha dejado los números totales y porcentuales del órgano equivalente, que en ella se llama Consejo de Coordinación Regional, a lo que establezca la ley. Sin embargo, sí establece que lo integran con pleno derecho, los alcaldes provinciales o sus representantes.

Análisis exegetico

No establece una estructura detallada de las regiones y, a partir de su texto, como del artículo previo, no se puede deducir la naturaleza de las regiones dentro de la organización del Estado. Habrá que esperar la ley correspondiente.

El Presidente de la Región tendrá legitimidad representativa para su

territorio porque será elegido por sufragio directo, y por un período de cinco años, igual al del Presidente de la República. La norma indica que puede ser reelegido sin límites. También que su mandato es revocable en concordancia con el inciso 17 del artículo 2 y el artículo 31 de la Constitución. Al propio tiempo indica que es irrenunciable, con lo que si el Presidente se aparta de sus funciones incumplirá deberes de función.

El Consejo de Coordinación Regional es el órgano colegiado que gobierna a las regiones. Estará integrado de todas formas por los alcaldes provinciales o sus representantes que pertenecen a él por el hecho de ser los alcaldes de la región. Habrá también, como se anuncia en el último párrafo, otros miembros que determinará la ley, no sabemos si elegidos, cooptados de alguna manera por las organizaciones regionales existentes, o con una mezcla de ambos procedimientos. El hecho de que este Consejo de llame *de Coordinación* puede anunciar que no será estrictamente un órgano de gobierno sino de concertación del trabajo de las municipalidades, cuyos alcaldes son además miembros natos de él.

Como hemos dicho antes, habrá que esperar la legislación sobre regiones para saber exactamente qué tipo de organismos finalmente serán dentro del Estado.

351. Artículo 199

«Artículo 199.- Las Regiones y las municipalidades rinden cuenta de la ejecución de su presupuesto a la Contraloría General de la República. Son fiscalizadas de acuerdo a Ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979.

La norma no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Sujeta a las regiones y municipalidades a la supervisión del Sistema Nacional de Control, lo que es sólo una especificación de la compe-

tencia de la Contraloría para ello porque el artículo 82 ya había establecido que «[...] supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control». Al manejar recursos del Estado, y en realidad, al ser las municipalidades y regiones parte del Estado, entonces es indudable que caían bajo sujeción a este artículo 82. Por consiguiente, el texto que comentamos ahora es, bien vistas las cosas, repetitivo y por tanto improcedente.

*ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993. TOMO V*

de Marcial Rubio Correa

Este libro se terminó de imprimir en el mes de
abril de 1999, en los talleres gráficos de
Editorial e Imprenta DESA S.A.

(Reg. Ind. 16521)

General Varela 1577, Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

EDITH ARANDA DIOSES

Del diseño del orden a la imagen trizada (Talara: de ciudad cerrada a ciudad abierta). 1998. 215 p.

FERNANDO ARMAS ASIN

La formación de la Iglesia en los Andes. 1999. 586 p.

RICHARD BURGER

Excavaciones en Chavín de Huantar. 1998. 460 p.

MIGUEL GIUSTI

Alas y raíces 1999. 338 p.

PETER KAULICKE (Editor)

Max Uhle y el Perú Antiguo. 1998. 363 p.

WILLIAM MEJIAS-LOPEZ (Editor)

Marcel Bataillon y la América colonial en su historia y literatura. Vol. I. 1998. 470 p.

ANTONIO PEÑA JUMPA

Justicia comunal en los Andes, 1998, 350 p.

MIGUEL PIAGGIO

Física comunal en los Andes. Vol. III. 1998, 469 p.

MIGUEL ANGEL ZAPATA

Metáfora de la experiencia: la poesía de Antonio Cisneros. 1998. 445 p.