

El Poder Judicial y la Constitución

(El Poder Judicial en la Constitución de 1979)

por DOMINGO GARCIA RADA

Profesor Principal

La Asamblea Constituyente convocada en 1978 con el propósito de redactar una nueva Carta Política del país, concluyó sus labores en julio de 1979, promulgando la Constitución, cuyo Título referente al Poder Judicial, es materia de este comentario.

La nueva Constitución consta de un Preámbulo y siete Títulos. Las Disposiciones Generales y Transitorias conforman el Octavo Título. La Estructura del Estado es materia del Título IV, cuyo Capítulo IX es el relativo al Poder Judicial, correspondiendo el XI al Ministerio Público. Al colocarlos en lugares diferentes, el legislador en forma objetiva ha querido expresar que el Ministerio Público no integra el Poder Judicial, teniendo autonomía en su organización y funcionamiento. Al ocuparse de las Garantías Constitucionales, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales con sede en Arequipa, que es materia de comentario separado. Las Disposiciones Transitorias XII y XIII se refieren al Poder Judicial y por ello están comprendidas en nuestro comentario. El Consejo Nacional de la Magistratura creado para conformar los órganos jurisdiccionales, es materia de trabajo aparte, por lo que no será objeto de este comentario.

El Poder Judicial.—Para José Pareja Paz Soldán al Poder Judicial compete velar por el imperio de la Constitución, el restablecimiento del orden jurídico cuando es perturbado, la reparación del derecho individual dañado por el delito y la sanción a sus autores.

Añade que las funciones del Poder Judicial son: la jurisdiccional o contenciosa; la de tutela o no contenciosa; y la constitucional. La primera se expresa en la declaración del derecho controvertido o la sanción de un hecho que la ley califica de delictuoso. Se da en las acciones civiles y la punitiva opera en la represión de los delitos. Es la función más antigua y la propiamente jurisdiccional.

Al lado de la función jurisdiccional o contenciosa existe la no contenciosa o de tutela que consiste en aprobar el pedido de las partes, siempre que llenen determinados requisitos: tal es la declaratoria de herederos que se cumple cuando los interesados presentan las partidas respectivas que acreditan el entroncamiento. En esta función no existe controversia y tiene marcado carácter administrativo, pero la intervención del juez le confiere autoridad que más tarde se convertirá en decisión inamovible o cosa juzgada.

La función constitucional es nueva en nuestro ordenamiento. Es atribución que no se presenta en todos los países y consiste en la declaración de no vigencia de determinada norma legal en mérito de estar en oposición a la Constitución Nacional. La resolución judicial que ampara la demanda declara que la ley no es de aplicación en el caso controvertido, pero no la invalida, puesto que sigue vigente. En la Constitución que es materia de este Comentario, se regula de manera más completa y la declaración judicial tiene mayores efectos que el concedido en el actual ordenamiento. El comentario a este punto corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales, al cual nos remitimos.

Para la represión de los delitos y la sanción a sus autores, existen dos grandes sistemas: el de los Tribunales Permanentes conformado por jueces colegiados y técnicos en derecho; y el de Jurados integrados por ciudadanos de diversas profesiones, elegidos para cada caso y designados mediante sorteo. Excepto el Proyecto de Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 que lo contenía, pero que no fue aceptado por el Legislativo, los Jurados nunca han funcionado en el Perú.

En su primer artículo —el 232— la Constitución declara que "La Potestad de administrar justicia emana del pueblo". El pueblo es el depositario del poder de jurisdicción y el órgano denominado Poder Judicial es el encargado de su ejercicio. Esta declaración no aparece en la Constitución de 1933, pero su inclusión afirma el origen democrático de la justicia.

A continuación manifiesta que esta potestad se ejerce por los tribunales y juzgados jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario. Esta declaración es repetición de la contenida en el art. 220 de la Constitución de 1933.

El art. 233 contiene las denominadas "Garantías de la Administración de justicia". En diecinueve incisos se reúnen principios diversos. Unos están expresados en nuestro ordenamiento legal, sea en códigos o en leyes orgánicas; y otros están contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Para su mejor estudio, los agruparemos según su campo de aplicación.

I. En el derecho sustantivo.

a) No puede dejarse de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Gramaticalmente es una innecesaria repetición de la idea, por cuanto defecto es lo mismo que deficiencia.

La obscuridad o deficiencia de la ley no puede ser obstáculo para que el Juez se abstenga de administrar justicia. Debe recurrir a los principios del derecho.

Al recomendar los principios que informan el derecho peruano, debe entenderse que son aquéllos de orden universal que sirven de fundamento a nuestro ordenamiento. No puede pensarse que el Perú tenga principios propios, no conocidos en el mundo jurídico. Estos principios son, principalmente, los del Derecho Natural y los demás que informan la legislación universal. Si bien es cierto que rigen sin obstáculo en el Derecho Civil y eso explica que se encuentren ubicados en el Título Preliminar del Código Civil, sin embargo no puede aceptarse en el Derecho Penal en donde impera y debe imperar el Principio de la Legalidad que limita al Juez a tipificar como delito únicamente lo que prescribe el Código Penal. Si un hecho de indudable ilicitud no está previsto en la ley penal y hay carencia de norma para sancionarlo, no existe delito. El ordenamiento civil es el campo natural de aplicación de este principio. Es inconveniente colocarlo como norma constitucional.

b) Exclusividad de la Jurisdicción. Mediante este inciso, la Constitución prohíbe la existencia de jurisdicciones privativas, excepto la militar y la arbitral. Desaparecen los numerosos fueros creados en este último decenio, con evidente ventaja para la justicia. La celeridad y la tecnificación de sus jueces no lo justifica, pues ello puede lograrse en el fuero común con mayores garantías de imparcialidad.

Es indiscutible la conveniencia de mantener la jurisdicción militar por la naturaleza especial de sus infracciones. No puede decirse otro tanto de la arbitral.

En el interesante libro del Dr. Enrique Chirinos Soto nos enteramos que se aprobó esta calificación de jurisdicción arbitral, por mayoría de votos. Quienes votaron en minoría estaban en lo exacto: la arbitral no es jurisdicción. Carece de sus notas propias: la coerción y la ejecución. No tiene coerción sobre las partes que voluntariamente se someten a la decisión del árbitro; y el fallo lo ejecuta el Juzgado de Primera Instancia, ya que al árbitro le falta el imperium.

En el último acápite, este inciso repite un principio de la Constitución del 33: prohíbe los juicios por comisión. La jurisdicción que la Patria confiere al Juez, no puede ser delegada por éste. La Comisión

que se admite en el procedimiento, es encargo para actuar determinada diligencia, no para ejercer jurisdicción que implica expedir resolución. Los jueces no pueden transferir sus atribuciones, dice el Dr. Chirinos.

c) Independencia de la función jurisdiccional. Ningún poder del Estado puede interferir en el ejercicio de la función jurisdiccional. Las decisiones de los jueces deben ser respetadas, cumpliéndose lo que en ellas se ordena. No puede dejarse sin efecto la resolución judicial, ni modificarse una sentencia.

En el art. 211, la Constitución señala cuáles son las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República y en el inc. 12 está la de cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales. Este principio está contenido en el art. 154 de la Constitución de 1933. (Inc. 14º).

En el último párrafo, este inciso aclara que esta obligación no afecta el derecho de gracia. Es potestad conferida a los gobernantes, el de perdonar a los condenados. Se expresa mediante la amnistía, que es el olvido y perdón total del delito; y el indulto que es la remisión de la pena impuesta por la justicia. Ambos casos están comprendidos en el derecho de gracia, con la diferencia que la amnistía debe ser dada por el Congreso y la ejecuta el Ejecutivo, pero el indulto compete únicamente al Presidente de la República. El inc. 23 del art. 211 confiere al Jefe del Ejecutivo la facultad de "conceder indultos y conmutar penas", es decir cambiar una por otra.

Salvo el caso de gracia, no puede aceptarse que el poder político deje sin efecto una resolución judicial.

II. En el área administrativa.

a) Obligación del Ejecutivo de prestar colaboración con la Administración de Justicia en la ejecución de sentencias. Esta obligación está contenida en el inc. 12 del art. 211 que señala las obligaciones del Presidente de la República.

b) Prohibición de ejercer cargos judiciales, sin tener título válido. Es exigencia de carácter administrativo que tiene relación con las garantías de la administración de justicia.

c) Libertad para comentar y criticar las resoluciones judiciales. Constituye la libertad de expresión. (Art. 2º. 4).

d) Derecho de los reclusos a ocupar locales sanos. Es norma de carácter administrativo cuyo lugar se encuentra en la legislación penitenciaria, no en la Constitución del Estado.

Estos principios, muchos de ellos contenidos en diferentes leyes, no requerían consagración constitucional. Tenían suficiente imperio.

Capítulo aparte merece el inc. 14. Prohíbe dar posesión del cargo de juez a quien no ha sido nombrado en la forma prescrita en la Constitución o las leyes. Su intención es impedir el acceso a la carrera a quienes sean designados por gobiernos de facto. Se olvida que se salvará el impedimento dictando leyes que concuerden con las condiciones del candidato quien así reunirá los requisitos legales necesarios.

III. En el campo penal.

a) La publicidad en los juicios penales.

La Constitución de 1933 establece que la publicidad es esencial en los procesos penales; que la deliberación puede ser secreta, pero la votación siempre es pública. El C.P.P., art. 215 declara la publicidad como regla general y para que se realice la audiencia con asistencia restringida o en privado, se requiere acuerdo del Tribunal y sólo "en casos excepcionales", dice la ley. También es necesario acuerdo del Tribunal para excluir a la prensa.

La publicidad es el medio más eficaz para que la opinión pública controle el ejercicio de la función jurisdiccional. Su origen se encuentra en el derecho anglo-sajón.

El nuevo texto constitucional distingue entre la deliberación que ocurre sólo entre los miembros del Tribunal y que siempre es secreta; y la votación cuya publicidad se impone bajo sanción de nulidad.

Como novedad establece que en determinados procesos, cuya publicidad es ejemplarizadora, la audiencia siempre es pública. Tal situación se presenta en los delitos de prensa, responsabilidad de funcionarios públicos y cuando se refieren a los derechos fundamentales que garantizan la Constitución.

Este último es impreciso. ¿Cuáles son tales derechos? Debe entenderse que son los que se refieren a la vida, a la propiedad a la integridad física, a la salud, a la privacidad, etc. Es decir todos aquellos que en una forma o en otra, tienen relación con los derechos que consagra la Constitución. La jurisprudencia suprema precisará hasta donde alcanza el concepto de derechos fundamentales del hombre.

b) La indemnización de los errores judiciales.

Al administrar justicia en nombre de la Nación, los jueces peruanos son responsables de los delitos que cometan en su ejercicio, pero no de los errores en que incurran. Pero como con ello puede ocasionarse daño evidente, es al Estado a quien compete el resarcimiento.

Esta indemnización sólo puede darse en el campo penal no en el civil, en que la deficiencia de prueba tiene como causa el descuido de la parte interesada y de ello no responde el Juez. Sólo procede acceder a ella en las sentencias de procesos penales seguidos de oficio y cuya probanza compete exclusivamente al Juez.

La Constitución del 33 exigía como requisito el juicio de Revisión. Declarado este procedente y más tarde anulada la sentencia, era lógica consecuencia la indemnización al reo inocente.

Con mejor técnica la actual Constitución se remite a la ley, sin precisar cuál es. Mientras no se dicte esta ley, es indudable que será necesario lograr la Revisión antes de iniciar la acción para alcanzar la indemnización. El único medio de establecer el error judicial, es la sentencia absolutoria pronunciada como consecuencia de la revisión ordenada por la Suprema.

c) In Dubio Pro Reo.

Tratándose de la duda sobre la autoría o sobre la aplicación de la ley penal, siempre se estará en lo favorable al reo.

La prueba plena supone la eliminación de toda duda racional, la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera. Ante la prueba plena no hay sitio para la duda.

Pero esto no siempre ocurre. En muchos casos la prueba es deficiente y no llega a producir certeza en el ánimo del juez. Es lo que se llama pruebas a medias. Cuando la probanza no acredita autoría, cuando los cargos no han quedado desvirtuados, pero tampoco hay prueba suficiente que los destruya, la condena no puede producirse. En tales situaciones es de aplicación: In Dubio Pro Reo, principio que se traduce diciendo que en caso de duda debe estarse a lo favorable al reo.

La Constitución reconoce dos posibilidades de aplicación de este principio: cuando la duda se presenta sobre el autor del delito. El hecho o la autoría no están debidamente acreditados y entonces procede la absolución, no por inocencia, sino por insuficiente probanza.

Pero la Constitución va mas allá: considera que también puede presentarse duda cuando el juez no tiene seguridad sobre la ley aplicable, pues no estando debidamente establecida la fecha del delito, oscila entre la aplicación de la ley anterior y la reciente. En tal caso, dice la Carta Magna, el juez debe inclinarse por aplicar la ley más benévola. En uno y otro caso, debe estarse en lo favorable al reo.

d) Inaplicabilidad de la analogía.

El principio *Nullum crime sine lege* contenido en el art 2º del Código Penal es elevado a la categoría de norma constitucional. La ilicitud que no aparece calificada como delito en la ley penal, no es punible. La analogía no tiene cabida en el área penal.

Debemos recordar la diferencia entre interpretar la ley y aplicar la analogía. Interpretar es buscar la intención de la ley, pero dentro de sus cauces. La analogía es aplicar ley similar, de campo no penal, considerando que resuelve caso parecido. Es de aplicación en el derecho privado pero no en el Derecho Penal en que rígidamente impera el Principio de la Legalidad.

En el caso del embargo en que se aplican disposiciones del C.P.C. no es por analogía, sino porque el embargo es —como dice su autor— un inserto civil en el proceso penal y se encuentra sujeto a sus propias normas.

e) El derecho de defensa.

En el ordenamiento procesal penal frente al Ministerio Público, se encuentra el Ministerio de Defensa. El derecho a ser patrocinado por un abogado defensor es un principio reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Constituye además una de las garantías de justicia que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial. A su vez el Código de Procedimientos Penales establece la obligatoriedad de la defensa en el acto oral; y en el período investigador, el inculcado puede renunciar a ella siempre que sea alfabeto y mayor de edad, si no lo fuere, imperativamente deberá contar con defensor.

El derecho de defensa es correlativo al principio *Nullum poena sine puditio*. Es decir solamente puede ser aplicada una pena como resultado de un proceso penal. El Estado sólo puede discernir justicia mediante un proceso penal, lo cual supone que el presunto responsable cuente con defensa escogida por él y sólo en caso de no hacerlo, es que el Estado está obligado a proporcionarle defensor. Pero esta defensa funciona cuando no existe la escogida por el inculcado o por sus familiares, caso de estar ausente o ser contumaz.

Desde 1940 en que se dictó el Código en actual vigencia, el Ministerio de Defensa aparece en nuestro ordenamiento como institución. Lo conforman abogados designados anualmente por la Corte Superior, los rentados nombrados por el Ministerio y los escogidos por los inculcados. La situación legal de todos ellos es la misma, no existiendo diferencia por su distinto origen.

Pero mayores atribuciones tienen los abogados de los reos ausentes y contumaces. Los de reos presentes son meros consejeros; en cambio los defensores de ausentes y contumaces son apoderados, pues ejercen los derechos inherentes al inculpado, como es el de deducir excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, impugnar resoluciones, etc.

f) La motivación escrita de las resoluciones.

La Constitución de 1933 establece en el art. 227 como obligación de los jueces el que fundamenten sus resoluciones, principio éste que ha sido reproducido en la Carta Magna que comentamos. Consiste en la obligación que tienen los jueces de exponer los fundamentos del fallo que expiden en un doble aspecto: indicando la ley aplicable al caso y señalando las razones en que se apoya el fallo. Los condenados tienen derecho a conocer los fundamentos de las sentencias que les afectan.

La motivación está limitada a lo probado en la instrucción. Solamente pueden fundar su resolución en las pruebas actuadas válidamente y que han sido materia del contradictorio. En el juicio oral sólo se consideran las pruebas actuadas en la instrucción que han sido leídas y comentadas en la audiencia. Es decir lo no leído, lo que no ha sido examinado en el debate oral, no puede ser apreciado en la sentencia.

Este principio responde al principio democrático de que la justicia es pública y públicamente se deben exponer las razones de las sentencias. Cuando el C.P.P. en el art. 283 dice que los hechos serán apreciados con criterio de conciencia, establece que no existen pruebas cuyo valor emane de la ley, sino del criterio y prudencia del magistrado juzgador. El criterio de conciencia se expresa en la motivación y en ella el reo conoce las razones de la sentencia. Toda decisión tiene que estar motivada y basarse en la prueba actuada.

g) Prohibición de revivir procesos fenecidos.

La Constitución de 1933 en la última parte del art. 229 decía: "Tampoco pueden revivirse procesos fenecidos" y su fundamento estaba en la santidad de la cosa juzgada. Como norma constitucional imperaba en todo el ordenamiento jurídico peruano.

Al reproducir esta disposición, agrega "Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado en forma definitiva". Esto da mayor precisión e imperatividad al precepto constitucional. Pierde vigencia el D.L. 19962 que autoriza a reabrir procesos ejecutoriados.

Como el texto dice proceso fenecido, debe entenderse que se aplica en los procesos penales y civiles. Como precisa "sentencia firme" debemos considerar que se refiere a toda resolución judicial que pone fin a la instancia, sea que revista la forma de auto o sentencia. Tan sentencia firme es el auto del juzgado que declara fundada la prescripción como la sentencia absolutoria. Ambas resoluciones adquieren la categoría de cosa juzgada y los procesos no pueden ser revividos.

Esta norma no se aplica tratándose de procesos administrativos, porque por disposición de la ley, la resolución que expida la autoridad del Estado puede ser contradicha en la vía ordinaria.

h) No pueden obtenerse pruebas mediante coacción ilícita, amenaza o violencia, en cualquiera de sus formas.

Sólo tienen valor procesal aquellas pruebas adquiridas mediante entrega voluntaria o por mandato del juez.

La norma, precisa que se trate de coacción ilícita y el Dr. Chirinos Soto explica el origen de esta inclusión. Es ventajoso haber agregado la ilicitud, porque existe coacción cuando será el mandato de entrega, cuyo incumplimiento es sancionado procesalmente. Es evidente la coacción de esta orden, pero ello es lícito y la ley lo ampara. Debe entenderse que existirá ilicitud cuando la coacción provenga del interesado, que la ejercita sin derecho alguno y para provecho personal. La coacción ejercida mediante mandato judicial es lícita y puede ser ejercitada válidamente en un proceso.

Correlativa a esta norma es la disposición contenida en el art. 132 C.P.P. que prohíbe el empleo de "promesas, amenazas u otros medios de coacción, aunque sean simplemente morales". Se persigue la espontaneidad en la declaración y que el inculcado declare con absoluta libertad.

Toda prueba que no tenga este origen válido, no puede ser apreciada judicialmente en la sentencia.

i) Derecho a usar el propio idioma.

El C.P.P. en el art. 152 establece que si el testigo ignora el idioma castellano, se recurrirá a un intérprete; así mismo en el 122 establece igual derecho para el inculcado que ignora el idioma castellano. La situación sólo puede darse en el proceso penal.

No era necesario que esta disposición se incorporase a la Constitución peruana, por ser estrecho su ámbito de aplicación.

j) Pluralidad de instancias.

La Constitución reconoce como garantía constitucional, la instancia plural. No aparece esta norma en la de 1933.

La finalidad es que toda resolución judicial pueda y deba ser revisada por juez superior. La doble instancia es norma en nuestro ordenamiento. No existe ningún caso en que se dé instancia única.

Aunque aparentemente se dice que en el proceso penal ordinario será la instancia única, sin embargo existiendo el recurso de nulidad en todos los procesos, toda sentencia puede ser revisada por la Corte Suprema y las atribuciones que la ley procesal concede a la Sala Penal son amplias, no estando limitada a lo que es materia de la impugnación. Lo único que la ley prohíbe es condenar a quien ha sido absuelto, pues en tal situación falta la intermediación entre la persona sometida a proceso y el juzgador.

k) Indemnización por detención arbitraria.

Esta garantía está contenida en el décimo-sexto inciso del art. 233 que declara cuáles son las garantías de la administración de justicia. En consecuencia dada su ubicación, debe entenderse que sólo se refiere a las detenciones que se cometen con ocasión de un proceso, sea civil o penal. Las detenciones arbitrarias dictadas por la autoridad administrativa no se encuentran comprendidas y, posiblemente, son las más frecuentes.

¿Qué se entiende por detención arbitraria? Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: "Arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho".

Conforme a este inciso (16º, art. 233), se debe indemnizar a quienes sufren detención arbitraria dictada por el juez o tribunal. Esta situación difícilmente se presenta, dada la amplitud de atribuciones que el Código concede al Instructor, quien está facultado para decretar la detención, siempre que lo crea conveniente, sin que ello constituya arbitrariedad.

Entonces, preguntamos: en aquellos casos en que el reo sale absuelto después de meses de detención ¿procede la indemnización por detención arbitraria?

No constituye error judicial, pues no existe sentencia declarada inválida mediante la Revisión. Tampoco es detención arbitraria, pues ha sido decretada conforme a ley. Es decir no es el caso de indemnización.

Pero mientras tanto, el inculcado ha permanecido detenido varios meses con el consiguiente perjuicio moral y económico derivado del estado de prisión.

Si la intención del legislador ha sido reparar el daño inferido con una detención indebida, debió decir que tenía derecho a indemnización quien, después de sufrir detención, con motivo de un proceso penal, quedaba absuelto de todo cargo.

1) Prohibe la condena en ausencia.

Debemos distinguir primeramente la ausencia de la contumacia. Es ausente quien ignora su estado de procesamiento, pues no ha sido notificado válidamente. En cambio el contumaz sabe que se le sigue instrucción y sin embargo, no concurre a las citaciones judiciales. En la ausencia hay ignorancia, en la contumacia existe desobediencia al mandato judicial.

Cuando la Constitución dice en el inc. 10º del art. 233 que el ausente no puede ser condenado, sólo se refiere a quien ignora que se encuentra inculcado de delito, no al que sabiéndolo inasiste a las diligencias del proceso. Esta prohibición no alcanza al contumaz.

Se ha vuelto al sistema del Código: se permite la instrucción contra el reo ausente, pero concluida la etapa investigatoria se archiva provisionalmente la instrucción hasta que sea habido. En cambio al contumaz puede seguirse instrucción y llegar a la condena, porque lo contrario sería premiar su desobediencia al mandato judicial. El ausente no ha sido oído ni vencido en juicio y no debe dictarse sentencia en su contra; ha faltado la inmediación que es garantía de la recta administración de justicia.

Después de los diecinueve incisos contenidos en el art. 233 que se refieren a las Garantías de la Administración de Justicia, la Constitución tiene otros artículos destinados a declaraciones relativas al procesamiento y a la protección de la persona humana.

El art. 234 prohíbe el empleo de "torturas o tratos inhumanos o humillantes" y quien los sufre está autorizado a pedir al Juzgado su reconocimiento por los médicos legistas para constatar los maltratos y poderlos denunciar oportunamente. Aunque no era necesario conceder esta autorización, pues ello es derecho de toda persona que las sufre, sin embargo resulta conveniente como garantía de su no repetición.

El consignar este derecho en artículo separado del referente a las garantías de la administración de justicia, significa que el legislador quiere que esta norma ampare a quienes sufren maltratos físicos y humillaciones, sin que sea necesario que ello ocurra en el curso de un proceso penal. Protege en general a todos, cualquiera que sea la autori-

dad que la ordene. Es decir comprende a la policía de investigaciones y a la guardia civil.

Protege a quien es físicamente torturado y a quien sufre tratos humillantes o inhumanos; y sanciona todo vejamen contra la dignidad humana.

Este artículo es digno corolario de la declaración contenida en el Preámbulo de la Constitución que declara la primacía de la persona humana.

En el art. 235, la Constitución prohíbe la pena de muerte, con excepción de la traición a la patria en caso de guerra exterior.

Hace muchos siglos que se discute sobre la conveniencia o inconveniencia de aplicar la pena máxima en los delitos de extrema gravedad. En los últimos años se ha legislado, aplicándola en determinados delitos y el condenado ha sido ejecutado. Reacción contra esta orientación es la prohibición absoluta que contiene el art. 235.

Como órganos de la función jurisdiccional, se establece la Corte Suprema con sede en Lima y jurisdicción nacional; las Cortes Superiores con sede en el lugar que señale la ley y jurisdicción departamental, salvo excepciones (Piura y Tumbes, Tacna y Moquegua, Puno y Madre de Dios); los Juzgados de Primera Instancia en los lugares que determine la ley y con jurisdicción provincial; y los juzgados de paz letrados y no letrados, que funcionarán en las poblaciones que lo requieran.

Queda así conformada la estructura orgánica del Poder Judicial, debidamente jerarquizada y con la necesaria unidad.

A diferencia de la Constitución del 33, este art. 237 no precisa que las Cortes Superiores residan en la capital del departamento ni ordena que los juzgados de primera instancia en las de la provincia. Deja su ubicación a la ley, lo cual permitirá disponer que la Corte Superior o el Juzgado funcionen en ciudad que no sea la capital departamental o provincial si es que el servicio judicial lo requiere. Esta flexibilidad es conveniente y permitirá la ubicación de los órganos jurisdiccionales donde lo requiera el servicio judicial.

En cuanto a los requisitos para ser magistrado, la Constitución de 1933 omitía el fijarlos, por lo que quedaba reservado a la ley orgánica. Esto permitió que pudieran ser cambiados cuando el gobierno quería designar a un candidato de su preferencia o hacer cesar a determinados magistrados y para ello se sirvió del Consejo Nacional de Justicia, en el primer caso, o rebajó la edad en el servicio a límites inverosímiles, que no existen en otros países ni en otros servicios administrativos en la República.

Reacción contra este abuso es el art. 244 que señala cuales son los requisitos para ser vocal supremo. Para los demás cargos judiciales

—dice esta norma— se señalarán en la ley respectiva. En cierta medida al fijar las exigencias para la Suprema, se predetermina a los demás cargos, pues entre las varias escalas judiciales no pueden existir diferencias muy grandes.

Para ser vocal de la Corte Suprema, la Constitución exige: peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cincuenta años y ejercicio de la magistratura superior por diez años o la abogacía o docencia universitaria por veinte.

Solamente discrepamos en cuanto a la edad, que la consideramos excesiva. Si pasados los cuarenta años, el juez o profesional carece de madurez para discernir justicia en última instancia, no puede pensarse que con unos años más la adquirirá. A esa edad se tiene o no capacidad para la vocalía suprema y unos años más no alterarán sustancialmente esta calidad.

Se autoriza a la Corte Suprema la formulación del proyecto de presupuesto del Poder Judicial; lo remitirá al Ejecutivo para su inclusión en el Presupuesto General del Sector Público. Un vocal supremo, designado por la Corte, deberá asistir a las Cámaras Legislativas para defender el proyecto remitido, teniendo voz pero no voto.

Como monto mínimo, este art. 238 fija el 2% del "presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central". Esto significa que el Ministerio de Economía deberá comunicar a la Corte Suprema a cuánto asciende el 2% señalado en la Constitución. La Corte no puede excederse de la cantidad señalada por el Ministro.

Esta misma disposición autoriza al Tribunal Supremo a presentar proyectos de ley concernientes al Poder Judicial, pudiendo designar a uno de sus miembros para intervenir en los debates legislativos e ilustrar acerca de los alcances de la norma propuesta.

En el capítulo del Consejo Nacional de la Magistratura se encuentra el art. 248 que autoriza a la Corte Suprema a investigar "en forma permanente y obligatoria" la conducta funcional de los jueces. Se restablece mediante esta norma constitucional, el derecho que siempre ha tenido y que debe tener la Corte Suprema de sancionar a sus malos jueces. Desaparece esta atribución sancionadora que la ley especial concedió al Consejo Nacional de Justicia y que tan mal uso ha hecho.

Esta atribución la concede la ley como **obligación** y en cada caso la Suprema iniciará un expediente administrativo, teniendo el magistrado acusado, el derecho de defensa y la resolución que se expida deberá ser fundamentada.

Es obligación de la Corte Suprema rendir cuenta anual de esta disposición, haciéndolo en forma pública.

Las acusaciones que se formulen contra los magistrados supremos, deberán ser presentadas al Consejo Nacional de la Magistratura para el solo efecto de su calificación. Si el Consejo considera que existe presunción de delito, la remitirá al Fiscal de la Nación; pero si se trata de actos no delictuosos, los pondrá en conocimiento de la propia Corte "para la aplicación de medidas de carácter disciplinario" dice el art. 249.

Desaparecen las Ratificaciones Judiciales en las que mediante el voto de conciencia, cada cinco años la Corte Suprema examinaba la conducta funcional de los jueces de primera y de segunda instancia, pudiendo separarlos del servicio.

Fueron establecidas en la Constitución de 1920 y han funcionado más de medio siglo sin interferencias políticas, excepto la de 1970 realizada antes del plazo de ley, llevada a cabo por un tribunal supremo nombrado íntegramente con carácter político y cuya imparcialidad ha sido objetada.

Rezago de las anteriores ratificaciones, se encuentra en la Disposición Transitoria XIII que establece que por esta vez, el Senado de la República, apenas instalado, ratificará a los vocales de la Corte Suprema y ésta a su vez ratificará a todos los magistrados del Poder Judicial y de los tribunales privativos.

Esta disposición se explica, aunque no se justifica, por la forma como el Consejo Nacional de Justicia ha nombrado a los jueces, con claro sentido político y sin las garantías debidas.

Lo contencioso-administrativo está previsto en el art. 240, pero en forma deficiente. Contiene una declaración doctrinaria: "Lo contencioso-administrativo se interpone contra cualquier acto o resolución de la Administración que cause estado". Remite a la ley el regular su ejercicio.

En realidad esta declaración teórica no resuelve nada y la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente contiene el mismo vacío que la de 1933.

Es lamentable que la Constitución que comentamos sea detallada en aspectos ya legislados y omita todo lo referente al muy grave problema de lo contencioso-administrativo. Lo único que establece es que se tramitará ante el Poder Judicial y no deberán crearse tribunales especiales, como ocurre en Francia con el Consejo de Estado. Esta declaración es acertada, pues como dice el Dr. Pareja Paz Soldán "los asuntos contencioso-administrativos son esencialmente cuestiones judiciales". Es conflicto entre "el acto gubernativo y el derecho individual". La actividad de la Administración suscita conflictos que afectan los derechos de los individuos y el único que puede resolverlos es el Poder Judicial. Si

el individuo no tiene defensa frente al Estado, se crea una inseguridad y desaparece el estado de derecho. Es la garantía del individuo frente al Estado.

En el art. 236 la nueva Constitución declara que en caso de incompatibilidad entre norma constitucional y una legal ordinaria, el juez debe preferir la primera. Igualmente preferirá la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

El problema de la inconstitucionalidad de la ley, tiene un doble aspecto: el estrictamente judicial —aplicación de la norma en determinado caso— que concluya con su no aplicación; y el aspecto legal que se expresa con la sentencia que declara inconstitucional una norma y se comunica al órgano legislativo para su derogatoria. Esto último es atribución del Tribunal de Garantías Constitucionales y a su comentario nos remitimos.

Como dice Manuel Vicente Villarán, esta declaración de inconstitucionalidad constituye una garantía de los particulares frente a la omnipotencia legislativa.

En virtud de esta potestad —dice Pareja— el juez deja de aplicar la ley inconstitucional en el caso sometido a su decisión, pero la ley mantiene su vigencia.

La declaración de inconstitucionalidad impide la aplicación de leyes que vulneran las garantías consignadas en la Carta Magna y ello se traduce en agravio de los particulares y en desmedro del estado de derecho en general.

Es cierto que la sentencia que declara una ley inconstitucional no va más allá del ámbito de la persona demandante, pues su aplicación siempre es restringida a las partes intervinientes. Pero como se verá en el capítulo destinado al Tribunal de Garantías Constitucionales, deberá ser comunicada al órgano legislativo para su derogatoria y de no hacerlo, siempre perderá su vigencia.

Este mismo principio, aunque tímidamente esbozado, lo contiene el Código Civil. (Art. XXII del Título Preliminar). Declara: Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.

Era incompleta, porque su ubicación en el cuerpo de leyes civiles, daba lugar a que se estimara que solamente debía y podía ser aplicado en el campo del derecho privado.

Al convertirlo en norma constitucional, no puede discutirse que el ámbito de su aplicación es todo el ordenamiento legal peruano. Además es completo, pues a lo anterior agrega: "Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna". Aunque implícitamente

esto está contenido en lo primero, sin embargo es conveniente que se exprese en forma precisa.

La Constitución dedica un artículo a las garantías de la magistratura. Es nuevo en nuestro ordenamiento constitucional y muy interesante por los principios que contiene:

Independencia. Declara que los jueces sólo están sometidos a la ley y a la Constitución. Resuelven conforme a su conciencia y a la prueba actuada, todo dentro del marco legal correspondiente. Ningún poder del Estado puede imponer el sentido de una decisión judicial, ni sancionarlo por el sentido que informe una sentencia: tal sería cambiarlo de sede, rebajar el sueldo, dejarlo cesante, etc. Como declaración teórica es hermosa, pero la historia reciente nos demuestra que por la debilidad de los magistrados, el poder político impone su parecer e inclina la decisión del juez en el sentido que desea. En última instancia lo que preserva la independencia es, principalmente y casi únicamente, la entereza del magistrado que arriesga su situación en defensa de su conciencia.

Permanencia. Los jueces tienen derecho a permanecer en el cargo hasta los 70 años. No pueden ser separados si no es mediante proceso en que se acredite falta de idoneidad. Tampoco pueden ser ascendidos o trasladados, si no es a su pedido.

Como declaración teórica es importante, pero tendrá la eficacia que le acuerden los gobiernos, especialmente los de facto. En pasado muy reciente, hemos visto como afirmando que la Constitución mantiene su vigencia en todo aquello que no se oponga a los fines de la revolución, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada ha cesado a magistrados en todas las instancias, unas veces en forma directa —caso de la Corte Suprema mediante el D-L 18060— y otras sirviéndose de organismos de incondicional sometimiento, como cuando separó a la Sala Penal de la Corte Suprema mediante Resolución del Consejo Nacional de Justicia, organismo nefasto que ha destruido la independencia del Poder Judicial, haciendo nombramientos políticos.

Remuneración. Como tercera garantía señala que el haber debe ser digno de la misión y jerarquía del magistrado. Concuerda con la disposición que dispone que el presupuesto no será mejor del 2% del presupuesto de gastos del Gobierno Central.

En artículo aparte, la Constitución establece las incompatibilidades del magistrado: sólo es permitida la docencia universitaria.

La Constitución de 1933 era más amplia: exceptuaba de la prohibición los cargos diplomáticos, enseñanza universitaria, comisiones codi-

ficadoras o de reforma de leyes, delegación del Perú en congresos y conferencias internacionales y las funciones de árbitro o abogado en tribunales internacionales, cuando se controvierta algún derecho del Perú. Como sanción por aceptar un nombramiento prohibido por la Constitución, se establecía "la pérdida del cargo judicial y de todos los goces inherentes a él".

Estamos conformes en la prohibición de los cargos diplomáticos, pues se había convertido en el medio natural de remunerar a los jueces que servían con docilidad al Ejecutivo.

Pero creemos que las demás posibilidades eran convenientes, pues el Estado aprovechaba de la experiencia del juez en un quehacer vinculado a la labor judicial, por lo general no remunerada y que se traducía en mejores leyes. Puede afirmarse que todas las codificaciones hoy vigentes han sido elaboradas con la activa participación de un magistrado supremo que ha aportado conocimientos y experiencia. Todo eso se pierde con la rígida prohibición contenida en la Constitución que indudablemente responde al abuso de magistrados diplomáticos.

El segundo acápite de este mismo art. 243 establece que los magistrados de todas las instancias, están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga.

Esta declaración era necesaria y muy conveniente, pues la politización de la vida civil llega a los estrados judiciales y la intervención en política es la negación del trabajo judicial.

Igualmente conveniente es la prohibición de sindicalizarse. Los jueces no pueden formar asociaciones que asuman los caracteres del sindicato, instrumento de la lucha de clases que no debe llegar al juez. Su única defensa es la ley y el juez está protegido por las Cortes que, amparan su correcto funcionamiento.

También se prohíbe la huelga. Es instrumento legítimo de lucha por el mejoramiento social, pero que por la naturaleza de la función judicial, está prohibida para los jueces. Siempre y en todo caso deberán recurrir a los superiores jerárquicos cuando consideren vulnerados sus derechos.

Disposiciones Transitorias. De las dieciocho Disposiciones Transitorias que contiene la nueva Constitución, dos se refieren al Poder Judicial. La XII dispone el reingreso de los magistrados separados en el curso del gobierno militar: los magistrados supremos cesados en diciembre de 1969 (D-L 18060); los miembros de la Sala Penal, separados mediante Resolución del Consejo Nacional de Justicia; los no ratificados en las Ratificaciones Extraordinarias de 1970; y los afectados con la rebaja de la edad límite. (D-L 21354).

Todos ellos, sin previo concurso ni evaluación, pueden reingresar al servicio judicial en la misma escala y distrito judicial que se encontraban en el momento de la separación y siempre que tengan menos de 70 años de edad.

Es la forma como la Asamblea Constituyente ha restablecido el imperio del Derecho en el Perú, conculcado por la dictadura velasquista.

En la XIII se dispone que el Senado de la República, dentro de los 60 días siguientes a su instalación, procederá a ratificar a los vocales de la Corte Suprema. A su vez la Corte Suprema, dentro de los 120 días de su ratificación, procederá a ratificar a todos los magistrados de la República de todos los fueros. Los magistrados tienen derecho a ser oídos y la resolución que recaiga en cada uno, deberá ser fundamentada.

Aunque no se justifica esta ratificación por el poder político, tiene su explicación por la forma arbitraria como el instrumento de la dictadura —el Consejo Nacional de Justicia— ha provisto los cargos judiciales, dejando de lado los merecimientos de los candidatos y atendido a recomendaciones políticas. Es la lógica consecuencia de este proceder.

El Ministerio Público. Siempre el Ministerio Público —antes llamado Ministerio Fiscal— ha integrado el Poder Judicial en su calidad de acusador público. Su misión ha sido colaborar en la investigación del delito e identificación del responsable y luego procurar la indemnización a la víctima del delito. Conforme al Código de 1920 tenían como función defender los intereses del Estado, pero con la creación de los Procuradores Generales de la República desapareció esta función que pasó íntegramente a tales funcionarios del Estado. El Código de 1940 señala sus atribuciones y deberes en el art. 45.

La nueva Constitución ha cambiado completamente la fisonomía de la institución, concediéndole múltiples atribuciones, y separándolo del Poder Judicial. Empieza con una declaración: "El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado". (art. 250). Gráficamente corrobora esta declaración al colocar este título en lugar aparte del destinado al Poder Judicial y entre uno y otro al Consejo Nacional de la Magistratura. En esta forma se indica que son instituciones separadas.

Las atribuciones que la Constitución de 1979 confiere al Poder Judicial están contenidas en el referido art. 250 y pueden ser agrupados en:

- a) Defensa de la Legalidad, de los derechos humanos y de los intereses públicos. (inc. 1º).

Es la protección del estado de derecho. Esta defensa de la juridicidad es la finalidad que en el siglo XIX motivó la creación del Comisionado Legislativo, nacido en los países nórdicos de Europa con el nombre de Ombusmann. La trascendencia y complejidad de esta función explica que donde se encuentre establecida, como es el caso de Alemania Federal, Nueva Zelandia, Dinamarca, Finlandia, Suecia, etc., el Ombusmann tenga la categoría de ministro de Estado, provenga de elección legislativa y es al Congreso a quien rinde cuenta anual de su labor.

En la defensa de la ley, de los derechos humanos y de los intereses públicos, puede actuar de oficio o a pedido de parte. Esto lo obliga a denunciar toda violación de la ley o conculcación de los derechos humanos; de no hacerlo responderá ante el Congreso.

En el inciso 4º se le concede una atribución que implícitamente está comprendida en el inc. 1º: la defensa del pueblo ante la Administración Pública. Es decir el amparo de cualquier ciudadano frente a los excesos de la Administración.

No puede pensarse que la intención del legislador ha sido establecer que es incumbencia del Ministerio Público, seguir cualquier gestión de los ciudadanos, ante la Administración Pública.

Admitir este absurdo sería aceptar que el Ministerio Público reemplaza a la gestión personal y a la intervención del profesional y todo ello de oficio y sin requerimiento alguno.

La redacción de este inc. 4º puede ocasionar conflictos. Pero su interpretación debe ser que constituye un complemento del inc. 1º, que lo precisa y aclara.

b) Varios incisos se ocupan de la función judicial que la Constitución confiere al Ministerio Público:

I. El inc. 2 dispone: "Velar por la independencia de los órganos judiciales". Seguramente la intención ha sido decir que el Fiscal vigilará que jueces y vocales no sean coaccionados por el poder político a fin de que intereses subalternos no interfieran en las decisiones judiciales. Con ello se logrará la imparcialidad en los fallos y que respondan a la ley y a la prueba actuada.

Concordando con este inciso, se encuentra el art. 249 que establece que el Consejo Nacional de la Magistratura recibirá las denuncias que se presenten "sobre la actuación de los magistrados de la Corte Suprema" y si considera que "hay presunción de delito", las remitirá al Fiscal de la Nación.

II. En los juicios penales representa a la sociedad agraviada por el delito. (inc. 3º). Como consecuencia del delito, resulta una persona física o jurídica agraviada con su comisión; pero además, la sociedad

en conjunto queda afectada, pues la alteración del orden social le atañe. El Ministerio Público es el órgano encargado de perseguir la reparación del agraviado y el restablecimiento del orden público.

Esta función adquiere importancia cuando el agraviado no quiere o no puede constituirse como parte civil para perseguir la reparación; o cuando la víctima no es identificada o se trata de delitos de peligro. En tales casos la representación de la víctima recae íntegramente sobre el Ministerio Público, quien participa como persona en el proceso penal.

III. El inc. 5º mantiene como atribución del Ministerio Público la de promover la acción penal e intervenir en su desarrollo.

Dice: "desde la etapa policial" siendo así que el atestado policial que lleva a cabo la policía de investigaciones es etapa administrativa, no judicial. Este fundamento constitucional tiene una consecuencia sumamente importante: el Ministerio Público puede y debe intervenir en la confección del atestado policial, lo que le dará seriedad y garantizará la autenticidad de su contenido. De aplicarse este principio constitucional el atestado dejará de ser mera denuncia —como dice el código— para constituir una prueba.

IV. Emitir dictamen previo a las resoluciones de la Corte Suprema "en los casos que la ley contempla".

El D-L. 18060 suprimió los fiscales en lo judicial en la Corte Suprema, quedando solamente el fiscal en lo administrativo, más tarde suprimido en virtud del D-L 21307. De manera que en la actualidad se exige la ponencia de un vocal como fundamento de la resolución de la Corte Suprema, mas no se previene la intervención del fiscal. Cuando entre en vigencia la Constitución de 1979, se determinará si esta disposición se aplica inmediatamente pidiéndose vista fiscal en todos los procesos que penden del conocimiento de la Corte Suprema; o se esperará la dación de una ley que diga en que casos es necesaria la vista fiscal como antecedente a la resolución final.

V. El último inciso —el 7º— en forma general añade "Las demás atribuciones que les señala la Constitución y las leyes".

Debemos entender que esta última disposición del art. 250 se refiere a los casos en que conforme al Código de la materia y a la Ley Orgánica, es necesaria la intervención del Ministerio Público. Es decir mantiene la actual organización judicial en lo referente a la intervención del Ministerio Público.

Como órganos del Ministerio Público, la Constitución señala: Fiscales de la Corte Suprema; Fiscales de las Cortes Superiores; y Fiscales de los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción. Quedan así res-
tablecidos los primeros, que fueron suprimidos en 1969.

Los Fiscales de la Corte Suprema, lo mismo que los Vocales del Tribunal Supremo, tienen origen político como medio de conferirles la potestad jurisdiccional, que es emanación de la soberanía y ésta pertenece al pueblo que la transmite a quienes él elige.

Son nombrados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado.

Para el nombramiento de los magistrados supremos, dice la Constitución, que el Consejo Nacional de la Magistratura propone nombres y el Presidente de la República, los nombra y tratándose de supremos requiere la aprobación del Senado. Esta declaración no aparece en el art. 251, inc. 2º, pero en el último apartado dice: "Su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y **procedimientos**". De manera que consideramos que el Consejo de la Magistratura propondrá al Fiscal y el Presidente lo nombrará, sometiéndolo luego a la aprobación del Senado.

Los Fiscales de la Corte Suprema se turnarán cada dos años como Fiscal de la Nación, y en esta condición presidirá al Consejo Nacional de la Magistratura.

Los derechos, incompatibilidades y requisitos de los magistrados afectan a los fiscales. Es decir tienen la categoría del órgano judicial junto al cual trabajan; la jubilación es a los 70 años; perciben iguales sueldos y bonificaciones; y les afectan los mismos impedimentos y prohibiciones.

Concluye este art. 251 declarando que una ley orgánica señalará la estructura y funcionamiento del Ministerio Público.

Este capítulo del Ministerio Público es el menos logrado de la Constitución de 1979. Su separación del Poder Judicial y el concederle atribuciones del Ombusmann nórdico, del Attorney saión y del Fiscal latino, hacen que esta institución resulte poco eficiente en el organismo judicial. Tal cantidad de atribuciones impedirán que quienes desempeñen la Fiscalía de la Nación o de las Cortes, lo hagan con eficacia. El diferente contenido de las mismas dificultará o impedirá su normal desarrollo. La defensa de la ley, de los derechos humanos, de los derechos del pueblo peruano a la vez que la persecución de delitos, participando activamente en el proceso penal, hará imposible materialmente el buen desempeño de este cargo de tanta importancia para el estado de derecho en el Perú.

La Fiscalía de la Nación, cargo tan importante para el país y para el orden jurídico, no podrá ser desempeñado a cabalidad por exceso de atribuciones y de obligaciones todas diversas y a veces contrapuestas. Sólo queda la esperanza en que la ley orgánica deslinde atribuciones y cree suficiente número de fiscales para que se repartan equitativamente la labor que les encomienda la Constitución de 1979.

BIBLIOGRAFIA

- ALZAMORA VALDEZ, MARIO.—Los derechos humanos y su protección. Lima. 1977.
- CHIRINOS SOTO, ENRIQUE.—La nueva Constitución al alcance de todos. Lima. 1979.
- FENECH, MIGUEL.—El proceso penal. 2ª ed. Madrid. 1975.
- GARCIA BELAUNDE, DOMINGO.—Aspectos recientes del constitucionalismo peruano. Apéndice a la obra de José Pareja Paz Soldán "Derecho Constitucional Peruano". 5ª ed. Lima. 1973.
- GARCIA RADA, DOMINGO.—Instituciones de Derecho Procesal Penal. Lima. 1968.
_____ La Instrucción. El Inculpadó. Lima. 1967.
_____ La Instrucción. La prueba. Lima. 1968.
- GOMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA.—Derecho Procesal Penal. Madrid. 1975.
8ª ed.
- PAREJA PAZ SOLDAN, JOSE.—Derecho Constitucional Peruano. Lima. 1966.
- VILLARAN, MANUEL VICENTE.—Páguías escogidas. Exposición de Motivos del ante-proyecto Villarán de Constitución del Estado. Págs. 207-226. Lima. 1962.