DIEGO GARCIA-SAYAN
EDITOR

poder judicial y democracia

COMISION ANDINA DE JURISTAS

CENTRO PARA LA INDEPENDENCIA DE JUECES Y ABOGADOS

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

Cuidado de Edición: CECILIA HERAUD PÉREZ

Impreso en el Perú
Primera edición, abril 1991
1,500 ejemplares

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

DEL 20 AL 23 DE NOVIEMBRE de 1989 se efectuó en Lima, Perú, el evento internacional "Poder Judicial y Democracia" organizado conjuntamente por la Comisión Andina de Juristas (CAJ) y el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA) de la Comisión Internacional de Juristas. El evento permitió analizar aspectos cruciales referidos a la problemática de la administración de justicia, vista ésta no sólo como un servicio público esencial sino, ante todo, como una pieza fundamental de lo que constituye el Estado Democrático de Derecho.

Un sistema de administración de justicia ineficiente, lento y –peor aún– corrupto, no sólo no sirve a los objetivos para los que fue creado sino que erosiona las bases mismas de la legitimidad del Estado y de la convivencia civilizada y democrática entre las personas. Por ello, aproximarse a un examen descarnado de la realidad de la administración de justicia contando con juristas de primera línea de Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Estados Unidos y Perú era dar un paso importante para entender una de las tantas encrucijadas en las que se encuentran nuestros jaqueados sistemas democráticos en América Latina. Partiendo de los diagnósticos se podía avanzar –y de hecho se avanzó– en líneas generales de respuesta tanto en un plano global como a niveles más específicos como los del Ministerio Público o el fenómeno del terrorismo y la represión penal.

Si durante cuatro días, los diferentes expositores y penalistas debatieron con intensidad y creatividad, no menos destacable es la importancia de contar con un numeroso y participativo público que en un número cercano a las 500 personas siguió de cerca las exposiciones y debates.
Para la CAJ y el CIJA ha sido muy estimulante haber podido realizar este evento cuyas piezas principales se ponen en este volumen a disposición del público interesado.

Reed Brody
Director
CIJA

Diego García-Sayán
Director Ejecutivo
CAJ

PALABRAS INAUGURALES

DR. DIEGO GARCÍA-SAYÁN
Director Ejecutivo de la Comisión
Andina de Juristas

SEÑOR PRESIDENTE de La Corte Suprema de Justicia, señores integrantes de la mesa y asistentes a este importante Seminario sobre "Poder Judicial y Democracia":

Sólo unas breves palabras de bienvenida en representación de la Comisión Andina de Juristas a este certamen que tiene como telón de fondo el problema del Poder Judicial y de la administración de justicia. Esto se da en una situación en la que se ponen sobre el tapete en el Perú de hoy, una serie de desencuentros históricos que han existido durante siglos entre el Estado peruano y nuestra sociedad.

Una de las expresiones de este Estado, que aún no hemos sido capaces de vertebrar como una maquinaria eficiente, suficientemente democrática, moderna y al servicio del conjunto de la población, han sido y son las diferentes dificultades por las que ha atravesado y atraviesa el Poder Judicial en el Perú. Los retos permanentes históricos de una sociedad en la que las contradicciones y las injusticias sociales han sido y son agudas, se ven hoy día acrecentados por los retos cotidianos, por la violencia que hacen de nuestro país uno de los más difíciles en ese terreno hoy en América Latina.

En consecuencia, hablar hoy día de un Poder Judicial más eficiente, dinámico, democrático y moderno, no es sólo hablar de un servicio público esencial que se traduzca en menos presos sin condena, menos pleitos inacabables. Por el contrario, significa fundamentalmente un acercamiento entre la sociedad y el Estado. En consecuencia de la afirmación de la democracia en el Perú.

En consecuencia significa pensar no sólo en la justicia como servicio público fundamental sino, ante todo, como uno de los baluartes esenciales del sistema democrático jaqueado todos los días en nuestros países. Por eso hemos denominado a este certamen, que inauguramos hoy, "Poder Judicial y Democracia".

No quiero concluir estas brevísimas palabras sin expresar mi saludo y bienvenida en primer lugar, a todos y cada uno de los colegas conferencistas que han venido desde distintas partes de América Latina y aun cruzando el océano, desde España o Suiza. A todos y cada uno, de los conferencistas y a todos y cada uno de los asistentes, nuestra bienvenida, expresando mi especial reconocimiento a la Corte Suprema de Justicia de la República y a su Presidente que han contribuido con su entusiasmo y su generoso apoyo institucional a auspiciar este certamen. Y por supuesto a las instituciones que con su apoyo directo han hecho factible la realización de este evento y que todos estemos aquí reunidos. Entre otros destacan particularmente el Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Embajada de España en el Perú, la Fundación Friedrich Naumann de Alemania Federal y, por último, la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional.

Quiero pues darles muy sincera y fraternalmente la bienvenida a todos en la seguridad que este evento contribuirá a fortalecer la democracia en el Perú y la participación ciudadana.

DR. REED BRODY, Director del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados de la Comisión Internacional de Juristas

SEÑOR PRESIDENTE de la Corte Suprema de Justicia, Dr. De Belaunde, Dr. Figallo, Dr. García-Sayán, estimados colegas:

Es para mí un honor poder compartir con ustedes unas reflexiones acerca del Poder Judicial y la democracia y, en mi calidad de Director del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados darles la bienvenida deseándoles un trabajo fructífero a lo largo de estos cuatro días. Quisiera aprovechar esta ocasión para agradecer profundamente a la Comisión Andina de Juristas y en particular, a Diego García-Sayán, con la cual tenemos el placer de organizar este seminario. También a la Corte Suprema de Justicia del Perú por su honrosa participación en esta importante tarea. No puedo dejar pasar esta oportunidad sin manifestarles mi satisfacción por la organización de este seminario y poder intercambiar ideas y experiencias con el objeto de destacar la importancia de la independencia judicial para una efectiva democracia y la salvaguarda de los derechos humanos. Es por la garantía de estos principios que el Centro existe y despliega su labor. Creado por la Comisión Internacional de Juristas, el CIJA, promueve a nivel internacional la necesidad fundamental del Poder Judicial y una profesión legal independiente y organiza formas de protección para aquellos abogados o jueces que son objeto de persecusión. Para lograr estos objetivos el CIJA intercede ante los gobiernos de distintas partes del mundo en casos particulares de persecusión de jueces y abogados y en determinadas circunstancias solicita la ayuda de la red de abogados a través del mundo para que realicen acciones similares.

También trabajamos con organismos de Naciones Unidas en la definición de normas universales para la independencia de jueces y abogados. En los últimos años el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados jugó un papel fundamental en la elaboración de los principíos básicos relativos a la independencia de la judicatura los cuales fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace tres años. De esos principios vamos a hablar mucho más en las presentaciones de mañana.

En este momento el Centro se encuentra trabajando con las Naciones Unidas en la elaboración de principios similares relativos al papel de los abogados. El Centro también organiza conferencias y seminarios como el que nos disponemos a compartir en estos días aquí en el Perú con el objeto de analizar los obstáculos que existen para la realización de esos principios internacionales y sus posibles soluciones. Aprovecho esta ocasión para expresarles que el Centro y yo mismo quedamos a vuestra disposición y que están ustedes cordialmente invitados a unirse a nuestra lucha y a cooperar con nuestros programas o emitir las sugerencias que pueden ser útiles para continuar con nuestra obra, conscientes de que el trabajo mancomunado destinado a velar por la independencia y dignidad de la magistratura redundará en beneficio de toda la colectividad. Finalmente insistiendo en la importancia del trabajo consciente y constante en aras de la defensa y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del papel primordial de la magistratura no me resta más que animarlos en esta ruta por el empleo de estos valores y desearles un agradable y próspero intercambio. Muy buen trabajo. Muchas gracias.

A continuación el Sr. Presidente de la Corte Suprema de la República Dr. Oscar Alfaro Alvarez tendrá a su cargo la inauguración la Conferencia Internacional sobre "Poder Judicial y Democracia".

DR. OSCAR ALFARO ÁLVAREZ,
Presidente de la Corte Suprema de
Justicia de la República, Perú

SR. PRESIDENTE de la Comisión Andina de Juristas, señores de la mesa, señores y señoras:

La posibilidad de generar mecanismos de consolidación, o cambio, de las ideas que mueven la conducta de los grupos humanos a través del diálogo libre, es una conquista de la civilización y elemento vital en el proceso de desarrollo social.

La necesidad que todos los pueblos decidan libremente sus destinos, y formas de estructura social sin tener que pagar un costo al universo que se les opone, está más allá de las consideraciones políticas y de las reglas de juego de manejo del mundo y encuentra sentido en el valor mismo de la persona humana, como individuo de estos valores acumulados en la consonancia de un grupo con derecho a elegir sus opciones de vida en común.

La democracia aparece entonces en este contexto, no como un modelo político sino como un presupuesto básico y fundamental para que cualquier esquema de gobierno opere con sustento social. Parece, a muchos, que hablar de democracia en nuestros países latinoamericanos, es haber asumido la función de defensores del *status quo* y de las ideas políticas que tienden a proteger el orden establecido; para salvaguardar los intereses de los que lo defienden, sin embargo, creemos que existe en grandes sectores sociales un auténtico interés en defender la democracia como forma esencial de convivencia humana y del Estado de Derecho como mecanismo elemental de su legitimización.

La posibilidad de realizar un foro que congrega a destacados juristas y magistrados peruanos y extranjeros, con el objeto de analizar el rol de la magistratura y del Poder Judicial como insti-

tución en la afirmación del Estado de Derecho, constituye una importante y oportuna acción que promoverá otros con dirección a la consolidación democrática del Perú.

Creemos, que a pesar de las dificultades nuestro país está avanzando hacia una madurez en democracia, y que al Poder Judicial y a cada uno de los jueces peruanos, corresponde un rol vital en la protección de los derechos humanos en el mantenimiento de un Estado de Derecho, que tenga como supremo valor realizable la justicia, sin lo cual ninguna nación puede edificar una auténtica democracia.

Señores, es realmente conmovedor, constatar esta valiosa reunión humana, para discutir una problemática tan trascendental para nuestro país. El Perú, señores, vive un proceso de eclosión. Hay una confusión etnológica, política, económica y religiosa. El conglomerado humano del Perú lucha afanosamente por encontrar su identificación y, ese es el problema que vivimos, aún no encontramos nuestra unidad como raza, como humanidad, como seres humanos. Encontramos grandes diferencias económicas, políticas, sociales; injusticias de mucho tipo y mucho calibre, grandes distancias, abismos y diferencias pero hay algo que nos une a todos: todos somos peruanos y sobre esa base está garantizada nuestra unidad y nuestra grandeza.

En un país como el nuestro no podemos pedir, lamentablemente, un Poder Judicial absolutamente consolidado; no sólo en este aspecto, sino en todos los aspectos de la vida humana, política, social, económica tenemos graves problemas. Este foro, tan inteligentemente organizado, por la Comisión Andina de Juristas y la Comisión Internacional de Juristas, va a permitir plantear una serie de problemas con relación a la justicia y la democracia en el país y por la calidad de los participantes, y por lo selecto de este auditorio desde ya, yo me siento feliz por sus resultados.

No cabe duda, que se van a analizar muchos problemas; estoy absolutamente convencido que se va a comenzar por el problema de siempre: el juez, la persona del juez. Estamos cansados de oír siempre ese comienzo, el juez inidóneo, el juez ineficaz, el juez que demora los procesos, el juez que no cumple su deber. Hay que analizarlo porque también es útil, pero yo quiero decirles una cosa; de un último viaje que hice a los Estados Unidos he venido con más optimismo, he venido con más alegría y con más convicción

en los jueces de mi patria. Tenemos jueces de excelente calidad, lamentablemente no todos son iguales, pero con el contingente valioso de jueces que tenemos podemos poner al Poder Judicial en el lugar que le corresponde.

Yo estoy convencido de que en este foro aparte de este problema humano y personal de los jueces, se va a tratar también lo que es más vital, se va a tratar del sistema judicial. Estoy absolutamente convencido, que hace mucho tiempo ya, nuestro país clama por cambiar el sistema judicial en que vivimos, y yo espero que eso se analice aquí; no se puede seguir viviendo con un sistema judicial de tres instancias en que todos los procesos se conjuncionan en Lima, y en donde modestos ciudadanos de los lugares más recónditos de nuestra patria tienen que venir hasta la capital para dilucidar sus problemas judiciales.

Yo creo que es el momento de reestructurar el sistema judicial en nuestro país, para hacer un sistema ágil, eficaz y en el que tenga importante participación el pueblo, porque si nuestra Constitución establece que la justicia emana del pueblo, es necesario que el pueblo participe en su administración. Es necesario que los jueces seamos designados no de por vida, ni por mucho tiempo, porque una forma de fiscalización de la conducta de los jueces es que sean removibles cada tiempo o confirmados en sus cargos por su buen desempeño y así son necesarias una serie de transformaciones en la estructura y en el sistema judicial del país para que todos nos sintamos como debe ser, orgullosos de nuestro Poder Judicial, porque como ya se ha dicho es la base esencial de la vida en democracia.

Mi reconocimiento a la Comisión Andina de Juristas, a la Comisión Internacional de Juristas por la organización de este importante foro Poder Judicial y Democracia y proyectando el logro exitoso de sus objetivos, lo doy por inaugurado.

Aproximación a la Realidad de la Administración de Justicia en el Perú

APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ

EXPONE: JAVIER DE BELAUNDE L. DE R.
Abogado. Profesor Universitario, Perú

AGRADEZCO A LA Comisión Andina de Juristas la invitación a participar en este evento con una Aproximación a la realidad de la administración de justicia en el Perú; dada la complejidad del tema, ello constituye un enorme reto. Agradezco también la oportunidad que me brindan de compartir en esta tribuna con personas tan destacadas y con un panel tan calificado.

1. INTRODUCCIÓN

A modo de introducción, deseo abundar en algo que dijo Diego García-Sayán en sus palabras de bienvenida. Creo que este evento se desarrolla en una circunstancia bastante particular. Hay un contexto que le da un significado muy especial y a sus conclusiones una expectativa de gran importancia.

Este foro se realiza en un contexto de violencia; a la violencia estructural que ha mantenido en la marginalidad a enormes sectores de la población, hoy se suma un fenómeno de violencia cruenta, que pone en riesgo elementales términos de convivencia civilizada a través de diversas formas de terrorismo.

El narcotráfico con su enorme poder corruptor jaquea la organización del Estado y crea retos de difícil manejo a la administración de justicia. Parte del territorio nacional se encuentra, en términos reales, sustraído de la autoridad del Estado. La desconfianza ciudadana en el sistema legal y en la administración de justicia, que ya detectábamos años atrás como un problema severo, se ha incrementado.

En lo coyuntural, espectamos con perplejidad, una paralización de labores de los empleados del Poder Judicial, que sumando a otras

ocurridas, totalizan en el último año seis meses de suspensión –en los hechos– del servicio de administración de justicia, expresando de manera patética una crisis de raíces profundas y haciendo ostensible el rol del poder político en este problema.

No obstante, constituye elemento de este contexto, un aumento de la toma de conciencia sobre la vinculación existente entre la situación de violencia y el inadecuado funcionamiento del Poder Judicial. Una creciente sensación de impunidad ha penetrado la conducta social en el Perú. La arbitrariedad es una constante no sólo en el ejercicio del poder, sino en todos los niveles sociales y el sistema legal se muestra impotente para contrarrestarla. La violencia en gran medida es fruto de la impunidad y a ella, indudablemente, contribuye la inexistencia de un sistema judicial razonable.

Esta toma de conciencia que se da dentro de las personas preocupadas en la administración de justicia, en los medios académicos, sin embargo, creemos que aún no está presente en el poder político.

De otro lado, este evento se desarrolla cuando hace pocas semanas se ha creado una comisión mixta de parlamentarios, representantes del Poder Judicial y representantes del Poder Ejecutivo para preparar –para su promulgación vía facultades delegadas– una Ley Orgánica del Poder Judicial que el país espera hace diez años, y cuando el inicio de la campaña electoral anuncia la vecindad de un próximo gobierno respecto al cual cabe la expectativa y exigencia de un tratamiento distinto al que ha venido teniendo en el Perú la problemática de la administración de justicia.

Finalmente algo que destacar. El día de hoy, dentro de los esfuerzos aislados pero perseverantes que se han dado dentro del seno del Poder Judicial para abordar algunos problemas fundamentales, se ha inaugurado la Academia de la Magistratura.

Creemos, pues, que hay elementos contextuales que nos permiten afirmar, que los resultados de este foro, con la participación de juristas nacionales y extranjeros y de todos los asistentes, debe concretarse, ante la proximidad del cambio de gobierno, en un aporte para que se dé primera prioridad nacional a la creación de un sistema de administración de justicia razonable y acorde con las exigencias de una verdadera democracia.

2. LA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD

La preocupación por la administración de justicia y por un adecuado funcionamiento del Poder Judicial, es una preocupación muy antigua en la República.

Podemos encontrar textos políticos, estudios históricos y sociales, desde el comienzo de la República, en los cuales se vincula la necesaria consolidación del sistema judicial con la creación del Estado y con la creación de un sistema democrático.

La crítica a un Poder Judicial inadecuado es verdaderamente sorprendente en su constancia, pero creemos que hace veinte años esta crítica ha cambiado de rumbo y se ha centrado fundamentalmente, más allá del análisis de los textos legales, de los textos de procedimiento, en los efectos sociales de la administración de justicia; en este sentido quisiera ubicar dos niveles de esta crítica al Poder Judicial y a la administración de justicia.

Una, la crítica oficial y la otra, la que podríamos denominar la crítica social.

La crítica oficial –que de alguna manera asume la crítica social– creo que hay que ubicarla en su mayor profundidad en el Gobierno de la Fuerza Armada entre 1968 y 1975. La crítica oficial quizás se puede sintetizar en una frase del general Velasco en 1970: "En nuestro país la justicia siempre tuvo dos caras, una adusta y cruel para los humildes y otra, tolerante y buena para los poderosos". Esta frase transmite toda una concepción del rol del Poder Judicial en nuestra sociedad. Sin embargo debemos preguntarnos qué produjo esta crítica oficial.

En primer lugar, produjo un cambio de magistrados. Se consideró que la solución de esta problemática pasaba necesariamente por el cambio de hombres, y es así como en una primera etapa, el gobierno militar produce un cambio de magistrados, un cambio de las personas que administran justicia, mediante normas que cesan a magistrados y que permiten el nombramiento de otros.

Luego se concibe la creación de lo que podríamos denominar "vías de evitamiento", y así se generan para acompañar a cambios sociales que se intentaban llevar a cabo desde el gobierno, dos tribunales especiales: el Tribunal Agrario y el Tribunal de Trabajo, no solamente como tribunales especializados, sino como tribunales con

un mandato de administrar justicia de una manera diferente. Más allá de una evaluación del funcionamiento de estos tribunales, que no es hoy nuestro propósito, creo que es importante destacar cómo las soluciones que produjo la crítica oficial –en el cambio de funcionarios, y en la creación de los fueros especiales– importó no tocar la estructura y organización del Poder Judicial. Implicó dejar al Poder Judicial en la situación que se encontraba, que era precisamente la que se criticaba, creando alternativas paralelas de organización.

Considero que en 1975 cambia de manera importante la visión de lo que hay que hacer con la administración de justicia: se crea la Comisión de Reforma Judicial integrada por magistrados del fuero común con el mandato de lograr desde el Poder Judicial su reforma profunda. La Comisión de Reforma Judicial constituye un verdadero hito en este intento de repensar el Poder Judicial. Sería muy largo enunciar y analizar los objetivos y logros de esta Comisión, pero simplemente quiero destacar que ella inicia la producción de un conjunto de análisis, estudios y aproximaciones socio-jurídicas a la realidad de la administración de justicia, que eran hasta ese momento inéditas. Los convenios con la Universidad Católica, con DESCO y otras instituciones, producen estudios que hasta hoy son útiles. Era la primera vez que se intentaba conocer sistemáticamente la realidad judicial para actuar sobre ella.

Sin embargo, no sólo por la frustración de la proyección de la Comisión de Reforma Judicial, debido a problemas internos en la Corte Suprema, sino por la evaluación de los cambios habidos, creo que es dable señalar que la crítica oficial produjo poco en términos de resultados concretos. Durante el gobierno militar y después, la constante del Poder Judicial de sumisión al poder político se mantiene y los cambios que se debían producir no llegan.

La crítica social, cuyos rasgos principales vamos a analizar de inmediato, llega a la Asamblea Constituyente de 1978 y se traduce en algunas normas constitucionales de importancia. Lamentablemente para nuestros efectos, prevalece lo que Javier Valle-Riestra ha denominado una "expresión de agravios contra el pasado" y es así cómo la Constitución en materia del Poder Judicial en su reglamentarismo, ha importado en aspectos importantes una "camisa de fuerza", pues privilegió resolver problemas de la experiencia política coyuntural, dejando de lado líneas de desarrollo de un nuevo sistema de administración de justicia. En todo caso no es tema de hoy evaluar las normas constitucionales, pero nos parece de interés resaltar cómo a la Constitución de 1979 llegó una vertiente de la crítica oficial sobre la administración de justicia centrada fundamentalmente en el rol que desempeña en la sociedad y una crítica social que abarca muy diversos aspectos.

3. ¿CUÁLES SON LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA REALIDAD JUDICIAL?

¿Cuál es esta crítica social a la cual estamos haciendo alusión?

Es muy difícil hacer un enunciado de problemas o plantear alguna teoría globalizadora respecto a la problemática del Poder Judicial. Existen perspectivas distintas.

Unos han centrado su enfoque en la inadecuación de normas legales y en la insuficiencia de recursos económicos para concluir en el reclamo de nuevas leyes y más rentas. Otras perspectivas han priorizado en el análisis, el rol que el Poder Judicial cumple en el procesamiento de conflictos sociales en relación con la vigencia del sistema socio-económico; esta perspectiva tiende a ubicarlo como un aparato que instrumentalizando lo legal está al servicio de los dominantes.

De todas estas y otras perspectivas de análisis, es posible extraer una relación de problemas que podemos considerar de mayor gravedad y sobre los cuales cabe actuar para obtener el objetivo mínimo de revertir una situación que es grave para la democracia y que parece agravarse cada día más. Por eso, intentando aportar este análisis con un propósito de concresión práctica, buscaremos señalar cuáles son los problemas que desde las diferentes perspectivas se han esbozado, y que aparecen como una suerte de común denominador de todos los diagnósticos. Creemos importante resaltar lo siguiente:

3.1. En primer lugar, las "cuestiones previas": los problemas económicos y las condiciones de trabajo

Una de las características más apremiantes de la realidad de la administración de justicia es la persistencia de una insuficiencia crónica de recursos. Los casos que podemos narrar a nuestros distinguidos visitantes para explicar la magnitud de este problema, son muchos.

Hace algunos años conocí a un juez de una provincia serrana del norte que se enteraba de las normas legales oyendo por la radio los noticieros, para luego solicitar a través de cartas a un amigo en Trujillo aquellas que le interesaban.

Un juez del Cusco había sido sancionado gravemente por aplicar una norma legal derogada, pues no había conocido la derogatoria de dicha norma. El juez de Moquegua, en plena carretera Panamericana, recorría algunas cuadras para poder leer en la Prefectura el diario oficial. El Tribunal Correccional de San Martín tenía que realizar sus audiencias en momentos que no llovía, porque la lluvia pasaba por el techo. Estas son las condiciones en las cuales se administra justicia en el Perú; éstas son las condiciones a las cuales el poder político ha resignado al Poder Judicial.

Hoy podemos ver cómo se administra justicia en Lima, el hacinamiento de los juzgados civiles; hace pocos meses pudimos espectar con perplejidad el pago de remuneraciones con cheques sin fondos a jueces y a magistrados del Poder Judicial.

La persistencia de esta insuficiencia de recursos es muy grave. Es más grave aún, habiendo un mandato constitucional tan explícito para que el presupuesto del Poder Judicial no sea menor del 2% del presupuesto de gastos corrientes del gobierno central. No sólo se ha incumplido este mandato, sino que tampoco se ha cumplido muchas veces la 6ta. Disposición Transitoria de la Constitución que disponía la gradualidad en la implementación.

El año 1969, cuando esta norma no existía, el Poder Judicial participaba del 1.03% del Presupuesto General de la República. En 1970, se había reducido la participación al 0.63%. En 1980, el primer año de vigencia de la norma constitucional era el 0.34% de los gastos corrientes; en 1981 el 0.69%; en 1982 el 0.70%; en 1983 el 0.81%; en 1984 decendió inconstitucionalmente, sin que nadie lo objetara, al 0.72%; y en 1985 decreció nuevamente al 0.54%. El año pasado se ha aprobado un presupuesto que llega sólo al 0.90%. En estas condiciones de trabajo penosas, sin biblioteca, sin condiciones mínimas de seguridad, ¿qué se le puede pedir al juez? ¿qué se le puede pedir al Poder Judicial?

Al lado de esta insuficiencia de recursos encontramos la inexistencia de condiciones mínimas de trabajo, por ejemplo de una auténtica carrera judicial. No hay un sistema que podamos denominar

seriamente carrera judicial. Se ingresa a ella fundamentalmente por el favor político. No hay un sistema de traslados. No hay un sistema de promociones razonables. Los jueces no tienen una carrera judicial por delante y esto forma parte de las condiciones de trabajo, de las condiciones en las cuales se administra justicia. La sociedad no tiene la garantía de un sistema que importe que los más idóneos serán los que asuman mayores responsabilidades, porque ese sistema no existe. No hay sistema de capacitación permanente, sistemas que propicien la autoreflexión. El juez trabaja en condiciones de soledad; es algo que el proyecto de la Academia de la Magistratura intenta revertir y que ojalá así sea.

No solamente falta lo mínimo. El Poder Judicial administra justicia a espaldas de la modernidad, la obsolescencia de los sistemas de trabajo son demasiado evidentes y conocidos por todos para abundar en ellos. Todo esto hace no sólo que no haya condiciones elementales para administrar justicia, sino que se propicien diversos modos de corrupción.

El Poder Judicial es una institución de este país y en el Perú lamentablemente la corrupción se ha introducido en muchas de las instituciones. Pero cualquier análisis honesto de las condiciones antes referidas, tendrá que hacer ver y tendrá que vincular estas condiciones de trabajo con el fenómeno de corrupción que lamentablemente se expande en el Poder Judicial, a pesar de la existencia de un caudal de funcionarios y jueces de una honestidad y probidad que lindan con el heroísmo.

Todo esto hace que nos preguntemos porqué esto es así. En la respuesta, no podemos dejar de lado el factor político. Este problema es demasiado reiterado y evidente para ser casual. Es demasiado larga la desatención al Poder Judicial; son demasiado reiteradas las denuncias; demasiado lacerantes los ejemplos de esta realidad. ¿Qué ocurre?

El poder político no le da la prioridad suficiente al Poder Judicial. Resulta pues verdaderamente sorprendente la reiteración del problema antes anotado si es que no esbozamos alguna hipótesis, y ésta es, a mi entender, que hay una intencionalidad política de mantener al Poder Judicial en estas condiciones, porque un Poder Judicial así, es un Poder Judicial que nunca podrá controlar al poder político adecuadamente.

Para ello la necesidad de apostar por el Poder Judicial es la necesidad de apostar por una auténtica democracia e implica, necesariamente, como cuestión previa, una opción por un tratamiento distinto de las condiciones económicas y de trabajo y todo ello importa, a nuestro entender, una opción por un Poder Judicial autónomo.

Por eso creo que es de fundamental importancia, que este fórum plantee el problema muy claramente. Creo que hay que llamar la atención a los políticos de este país para que en este contexto de violencia, de ineficacia de las instituciones, de descrédito del sistema legal, prioricen adecuadamente la atención al Poder Judicial y al sistema todo de administración de justicia. Dudo que entre nuestros problemas nacionales, haya uno más apremiante.

3.2. Un segundo problema que aparece reiteradamente en todos los diagnósticos sobre el Poder Judicial es el problema de su autonomía

Preocupa la tendencia al sometimiento al poder político y preocupa también la inexistencia de una política judicial que haga posible esta autonomía. No hay en el Poder Judicial una estructura de gobierno, de toma de decisiones permanente y oportuna.

Vinculado al sometimiento al poder político, creo que hay un tema de la mayor importancia: los nombramientos judiciales.

Todos conocemos el peregrinaje de los candidatos a ocupar un puesto judicial para lograrlo, peregrinaje que concluye necesariamente en un decisión política que convierte muchas veces a los magistrados en tributarios de ese "favor". El problema parte del diseño constitucional que reserva a los poderes políticos, el nombramiento de jueces y lo acentúa la reglamentación legal con el sistema de ternas. No dudamos de la solidez teórica que sustenta la opción constitucional, pero ciertamente un análisis de su significación real, de sus resultados, nos lleva a la inequívoca conclusión de que el sistema vigente de nombramientos judiciales no es adecuado y es una de las causas principales del sometimiento y de la falta de independencia que muchos señalan como problema en el Poder Judicial.

Se sostiene que no hay un sistema perfecto, creo que es cierto. En los Estados Unidos, en muchos estados, existe la elección popular de los jueces y ahí se critica que el sistema propicia el sometimiento a sus mentores de jueces que tienen que recibir apoyo económico de

abogados, de empresas o de particulares para solventar costosísimas campañas electorales.

Pero más allá de opciones como ésta, que implicarían un cambio radical en la Constitución, creo que hay flancos en los cuales se pueden ensayar sistemas que vinculen de alguna manera el desarrollo de la función jurisdiccional con una evaluación de la comunidad, porque uno de los problemas que hay es que este juez, tributario de una elección muchas veces arbitraria, con un nombramiento vigente hasta su jubilación, con sistemas de evaluación de trabajo inadecuados, realmente administra justicia a espaldas de la comunidad, y lo hace porque la comunidad no participa ni en su designación ni en su evaluación.

Por eso en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que en 1986 preparó una comisión en la cual tuve el honor de participar y que es conocido como el "Proyecto de la Comisión Alzamora"[1], se postuló, por ejemplo, la necesidad de que los jueces de paz no letrados, de esa justicia tan cercana a la comunidad, sean elegidos por el pueblo. Creíamos que el ensayo de jueces de paz elegidos por el pueblo, podía significar una introducción de sistemas en los cuales el juez se vincule a una evaluación de la comunidad.

No obstante, respecto al tema de la autonomía del Poder Judicial, creo que hay un tema al cual pocas veces se le da importancia y que me parece fundamental. No solamente se trata de evaluar el comportamiento del poder político sino se trata también de evaluar el comportamiento del Poder Judicial; y allí, creo que el análisis hace que encontremos a un Poder Judicial carente de proyectos, de iniciativa; a un Poder Judicial que no hace uso de la iniciativa legislativa y que no ha presentado, por ejemplo, ningún proyecto de ley al Parlamento; a un Poder Judicial que no planifica su desarrollo; a un Poder Judicial que carece de iniciativa ante grandes problemas nacionales. Un Poder Judicial que muchas veces ve mellada su autonomía, porque no ha tenido el diseño de metas, programas y proyectos. Pero ¿esto es responsabilidad fundamentalmente de los jueces? ¿es responsabilidad de magistrados que están agobiados con dos o tres mil expedientes

1. CATACORA, Manuel; BELAUNDE, Javier de; LINARES, Octavio; MANCHEGO, Hugo:"Nueva Estructura del Poder Judicial"; Lima,Edimmsa: 1988.

por resolver? Creemos que no. Creemos que hay un problema de organización judicial que debe ser abordado.

La confusión actual de órganos jurisdiccionales y órganos de gobierno es a nuestro modo de ver causante en gran medida de esta situación. ¿Qué ocurre en la Corte Suprema? Los mismos magistrados que administran justicia, los mismos que tiene una sobrecarga irrazonable de trabajo, gobiernan al sistema judicial a través de ese obsoleto sistema de la Sala Plena, que implica la reunión de todos los magistrados para decidir cuestiones de gobierno y cuestiones administrativas.

Hemos presenciado por ejemplo, en años pasados, cómo el Organo de Control Interno del Poder Judicial procesó miles de denuncias de litigantes y de abogados respecto a cuestiones funcionales cuyas investigaciones "naufragaron" en la antesala de la Sala Plena de la Corte Suprema, que jamás conoció ni resolvió estos casos.

Ello simplemente es expresión de una imperiosa necesidad de repensar la organización judicial, diferenciando muy claramente lo que son órganos jurisdiccionales y órganos de gobierno. Por eso se ha planteado en el Proyecto de Ley Orgánica que he referido, la necesidad de crear un Consejo de Gobierno del Poder Judicial integrado por magistrados que estén dedicados en períodos razonables de dos o tres años únicamente a planificar, a pensar, a organizar el Poder Judicial, a gobernarlo, a crear una verdadera política judicial, cosa que nos parece de fundamental importancia, para crear mínimas condiciones de independencia y de autonomía.

Finalmente, referente al tema de la vinculación del Poder Judicial con el poder político, hay un punto que es nuevo a partir del año de 1980, que tiene que ver con la labor jurisdiccional en el procesamiento de acciones de garantía constitucional.

Estimo que los recientes estudios socio–jurídicos sobre la materia han demostrado de alguna manera, que las acciones de garantía, el hábeas corpus y el amparo, han significado una "válvula de escape", una alternativa de acción por parte de los ciudadanos contra los abusos del poder.

Creo que está aún pendiente una evaluación global del comportamiento del Poder Judicial en esta materia, pero me atrevo a señalar que el Poder Judicial ha corregido abusos de poder de manera más significativa que en los años precedentes. En ese sentido hay cambios

perceptibles y que abonarían en la tesis de la necesidad de modificar determinadas condiciones para que el Poder Judicial pueda ir modificando su rol.

3.3. Otro tema que aparece en el diagnóstico es el de la obsolescencia de procedimiento

La celeridad judicial no existe. La experiencia de los ciudadanos en esta materia es verdaderamente clamorosa. Se vincula con una sensación que ha impregnado la experiencia de mucha gente que recurre al Poder Judicial, y que podríamos formular a través de una suerte de "teoría del hecho consumado"; aquel que llega al Poder Judicial con un hecho consumado, aunque sea violatorio de un derecho, prácticamente ha ganado. Aquel que tiene que reclamar la restitución de un derecho va en condiciones de derrota. ¿Por qué? Porque todo el sistema favorece al que produjo un hecho consumado, fundamentalmente el procedimiento, aunque sea éste violatorio o atentatorio de derecho. Esta sensación es muy grave, y tiene que ver con esa percepción de impunidad a la cual hicimos referencia y a la sensación de desconfianza en el aparato de administración de justicia que tan gravemente afecta al sistema democrático.

Hay cuestiones que atañen directamente a los códigos procesales. Para descubrir la obsolescencia del Código de Procedimientos Civiles quizás baste decir que fue promulgando en 1912, dato central para entender la absoluta distancia existente entre los supuestos que lo inspiraron de la realidad social en la cual se desarrolla el proceso civil hoy en día.

En el caso penal, podemos afirmar lo mismo, aunque existe una realidad más lacerante. El tema de los inculpados detenidos; siete de cada diez detenidos en las cárceles del Perú son inculpados, una alta proporción de éstos saldrá libre porque son declarados inocentes, o porque la pena que se les impondrá será menor a los años de carcelería que sufrieron como inculpados. Otras veces ante el horror de una carcelería exagerada, los jueces "cubrirán" al sistema imponiendo penas iguales al tiempo de carcelería sufrida esperando juicio.

Es un sistema que atenta contra la libertad, contra principios constitucionales básicos y que genera graves consecuencias sociales.

No forma parte de mi especialidad, pero es indudable que algo debe hacerse. Eliminar la libertad bajo caución obedeció a cuestiones

principistas de alta jerarquía. No estoy seguro si volver a un sistema de esta naturaleza tiene realmente sustento. Pero lo que sí puedo afirmar y creo que todos coincidiremos, es que la realidad de las cárceles del Perú, con una predominancia de detenidos que esperan juicio sobre sentenciados, es una situación que una sociedad civilizada no puede seguir tolerando y que exige soluciones inmediatas.

En materia de organización judicial, el tema de la doble instancia y el rol de la Corte Suprema es uno de fundamental importancia.

Hoy tenemos un Poder Judicial con una instancia máxima, la Corte Suprema, a la cual llega un sinnúmero de causas. No tiene sentido verdaderamente lo que ocurre. Un año para que una causa sea "vista", varios meses para que sea resuelta y generalmente semanas o meses para que el resultado sea conocido por los usuarios.

La Corte Suprema no puede seguir siendo un tribunal de tercera instancia como es hoy en el Perú. Como se ha planteado, resulta de vital importancia redefinir el rol de la Corte Suprema. El proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial al que nos hemos referido, lo ha concebido como un Tribunal exclusivamente de casación, pero más allá de la fórmula concreta, es indudable que una de las cuestiones de la organización judicial que tienen que ser repensadas, que tienen que ser reformuladas, se refiere al rol de la Corte Suprema.

La obsolescencia de procedimientos que afectan centralmente mínimas aspiraciones de celeridad explica muchas cosas. Explica no solamente la frustración ciudadana, explica, por ejemplo, a nuestro entender, el abuso del proceso de amparo, que se ha dado en los últimos años en el Perú.

¿Por qué se ha abusado tanto del amparo? ¿Por qué los abogados hemos recurrido tantas veces al amparo para cuestiones tan discutibles?

La respuesta es relativamente simple: estimo que la medida cautelar que implica que el juez mediante una apreciación somera de los hechos expuestos en la demanda dictara un auto que suspendiera los efectos del hecho denunciado, sirvieron como una suerte de "vía de evitamiento" de procedimientos judiciales, que en su lentitud y obsolescencia, por ejemplo en el campo civil, hacen hoy día en el Perú, que prácticamente dé lo mismo en términos de tiempo, seguir un juicio ordinario o un juicio sumario.

Hay pues, que tocar el tema de los procedimientos; desde el punto de vista de la organización judicial, de un lado, y de otro, en el campo procesal propiamente dicho, abordando de una vez por todas una reforma de los códigos procesales, repensando los procedimientos y dándoles ubicación dentro de su verdadero sentido social.

3.4. Un cuarto tema, está vinculado siempre a una percepción de la confiabilidad y certeza en los fallos

La justicia no solamente es lenta sino inconfiable, muchas veces no hace justicia.

Hay problemas de previsibilidad, falta de jurisprudencia orientadora, desubicación del juez ante nuevas áreas del derecho y de la vida social. De otro lado, preocupa una creciente irregularidad en el sistema judicial.

Ello es grave, pues el ciudadano tiene una sensación de indefensión y los actores sociales y económicos no encuentran en el Poder Judicial un órgano confiable y previsible para solucionar sus conflictos.

Esta problemática se vincula con muchos rasgos de la realidad judicial. Por ejemplo, con el tema de la especialización. No hay una adecuada especialización de los órganos y de los jueces. Todos los años vemos el día de la apertura del año judicial con sorpresa, cómo vocales pueden pasar de salas civiles a tribunales penales, simplemente por la decisión arbitraria de un presidente de Corte.

De otro lado está el problema de la capacitación. El juez una vez nombrado es abandonado a su suerte y a su iniciativa personal para "reciclar" conocimientos y reflexionar sobre su función.

Hace falta pues la capacitación de funcionarios judiciales, una especialización funcional y orgánica, y hace falta una crítica permanente a la jurisprudencia.

Hoy día podemos afirmar que la Corte Suprema administra justicia prácticamente en la clandestinidad. Los fallos de la Corte Suprema no se publican, sino en muy escasos casos.

Yo quiero llamar la atención sobre lo que esto importa. No sólo que la garantía constitucional de criticar la jurisprudencia es prácticamente inviable, sino que la Corte Suprema y las Cortes Superiores, que muchas veces resuelven en última instancia, administran justicia sin control social. Resulta pues fundamental que, a nivel de medidas

concretas se logre algo tan específico como que todos y cada uno de los fallos que la Corte Suprema expida, sean publicados.

3.5. Un quinto punto se vincula a la inadecuación de la organización judicial

Falta de racionalidad. Un juez civil que en Lima es responsable de 8,000 expedientes, ¿puede responsabilizarse de ellos? Los jueces civiles en Lima, muchos de ellos no sentencian, tramitan todos los días miles de expedientes y, como todos sabemos, un número importante de ellos tiene que recurrir al auxilio de personas que sin la responsabilidad funcional debida proyectan sentencias. ¿Este juez es responsable de esto? Ciertamente no es razonable una organización que permite que un juez sea responsable de un número de causas que todos saben que no puede controlar debidamente. No es razonable que el juzgado sea concebido aun como una entidad unipersonal.

Tampoco es razonable el centralismo que existe en la justicia; no es razonable por ejemplo, que una justicia de tanto y tan hondo contenido social, como la justicia agraria, tenga su segunda y definida instancia en Lima. No es razonable que los jueces de Primera Instancia resuelvan unipersonalmente en apelación lo que los jueces de Paz Letrados conocen inicialmente y que esto produzca cosa juzgada.

Podemos, evidentemente, engrosar la descripción con muchos otros rasgos, pero en este diagnóstico de la inadecuación de la organización judicial, creo que hay un interés en determinados aspectos que de inmediato deben ser materia de reorganización, de modernización en un aparato que ha envejecido, que no ha seguido los pasos de las exigencias sociales.

Así, parece de fundamental importancia la visión de mecanismos de descentralización de la justicia. Aquí probablemente debemos llegarnos a plantear la necesidad de una enmienda constitucional.

La Constitución ha sido sumamente inflexible al señalar la organización judicial, pero resulta importante que dentro de un movimiento de regionalización del país que es un movimiento descentralista, la administración de justicia acompañe dicho movimiento. El proyecto de ley Orgánica del Poder Judicial al que he referido varias veces, planteaba por ejemplo, usando del contexto constitucional, la necesidad de crear por lo menos en materia de justicia agraria y justicia laboral, y como vías de incorporación de los Fueros especiales Agrario

y Laboral al Poder Judicial, la constitución de Cortes de competencia y jurisdicción regionales.

En materia de organización urge modernizarla y eliminar mecanismos que facilitan la ineficiencia y corrupción. No obstante, ello no puede hacerse de modo precipitado y sin el debido estudio.

Así resulta urgente definir el rol de los Secretarios Judiciales ("Escribanos"), todopoderosos señores del proceso, hoy ejerciendo sin la debida responsabilidad funcional, funciones claves en el proceso. El foro ha reclamado durante años la necesidad de redefinir esa suerte de "pequeña empresa" que era la Escribanía, para lo cual resultaba fundamental la conversión del escribano en un auténtico funcionario.

Pero, ¿qué ha ocurrido? Con una precipitación cuyas consecuencias estamos viendo, se ha incorporado a los secretarios judiciales al presupuesto del Poder Judicial. Esta era una cuestión de fundamental importancia; creo yo que casi un requisito para reorganizar el Poder Judicial, pero nuevamente la inadecuación del tratamiento político de este tema ha llevado a una incorporación irrazonable que no ha planteado ni redefinido el rol de los secretarios, con consecuencias verdaderamente graves porque ha acentuado el problema no solamente presupuestal, sino organizativo y funcional.

Igualmente ha ocurrido con la eliminación de los jueces y vocales suplentes que, siendo una necesidad, la medida ha acentuado problemas de organización produciendo un verdadero caos jurisdiccional por el mecanismo ideado de suplencia dentro del propio organismo judicial, mediante una movilidad permanente de los funcionarios judiciales, a punto tal que hoy no se sabe cuánto tiempo el juez de un Juzgado estará en él.

Esto ocurre cuando propuestas discutidas durante años, como el caso de la eliminación de los jueces suplentes que iba aparejada de las propuestas de creación de jueces supernumerarios, se toma parcialmente y no se introduce dentro de un contexto global de reforma.

Estos aspectos de inadecuación de la organización judicial podrían detenernos muchas horas. Por alguna razón no del todo clara, los juristas no le brindan la importancia que tienen, pero resulta muy evidente que para lograr que este sistema de administración de justicia sea eso: un sistema y un sistema de administración, no pueden seguir siendo soslayados.

3.6. Otro tema de fundamental importancia que aparece en los diversos diagnósticos, se refiere a la falta de acceso a la administración de justicia

Este tema, entre otros aspectos, vincula al de los costos directos y costos indirectos de la justicia.

El Colegio de Abogados de Lima hace algunos años tocó este tema y planteó la necesidad de resolver el problema de los costos directos a través de un sistema que implicaba la gratuidad.

La constatación de las dificultades de acceso de enormes sectores de la población, que no cuenta con recursos económicos suficientes para acceder a un sistema de justicia que además de lento y irrazonable, es costoso, es verdaderamente grave. El tema de igualdad de oportunidades, judicial y constitucionalmente tratado, implica el acceso irrestricto a la administración de justicia y en este sentido resulta importante resaltar que el tema de igualdad ante la ley se traduce en un tema de igualdad ante la justicia, que resulta ilusorio con un sistema como el vigente, que en su onerosidad no solamente permite la confusión de costos debidos y costos indebidos, sino que segrega, limita y condiciona el acceso al aparato de administración de justicia.

Por ello creemos que en esta falta de acceso está quizás uno de los temas más importantes del desencuentro que señalaba Diego García–Sayán en su presentación entre el ciudadano y el Estado. Debemos admitir que muchas veces no se accede al aparato que resuelve conflictos sociales, es decir al Poder Judicial, por su costo. Y respecto a esto creo que es fundamental poner sobre la mesa el tema de la gratuidad de la administración de justicia.

Sobre el tema de la gratuidad, postulado también en el proyecto de ley Orgánica del Poder Judicial tantas veces aludido, se han levantado muchas críticas. Se ha dicho, que si hay falta de recursos, ¿cómo se puede plantear gratuidad? Se ha dicho también, que ello significa fomentar litigios. Yo creo que no es así.

Creo en primer lugar, que cualquier reforma de la administración de justicia va a implicar una apuesta presupuestal destinada no solamente a revertir una situación de desatención crónica, como hemos señalado, sino a inyectar recursos, para cambiar radicalmente el sentido y la eficacia de este servicio.

Ello importa un diagnóstico adecuado del significado del sistema de administración de justicia para una democracia y la asignación de una prioridad política.

Creemos que con el tema de la gratuidad debe repensarse el sistema de costas judiciales, así como el sistema de sanción al litigante malicioso o que recurre al Poder Judicial sin fundamento razonable, porque no se trata de incentivar conflictos ni juicios; se trata de que los ciudadanos concurran al Poder Judicial en las mayores condiciones posibles de igualdad de oportunidades.

3.7. Finalmente un tema de marcada importancia y que de alguna manera engloba una evaluación genérica del rol del Poder Judicial, es lo que podríamos denominar, la vigencia social de la administración de justicia

Tiene que ver con su prestigio social, con la evaluación que hace la comunidad de la efectividad de este servicio público. Creo que debemos admitir que este sistema de administración de justicia, del cual formamos parte jueces y abogados, no goza de un prestigio social que nos pueda hacer sentir orgullosos. En todas las encuestas periodísticas y en todas las investigaciones sociojurídicas de los últimos años, el Poder Judicial compite con el Seguro Social como la institución que cumple peor su rol. Ello no es cuestionamiento sólo a los jueces, es un señalamiento a todos aquellos que tenemos que ver con el aparato de administración de justicia.

¿A qué se debe esta falta de confianza? Estimo que se debe a razones más complejas que la falta de recursos, que la inadecuación de los códigos, que la falta de una organización razonable.

Tiene que ver directamente con la experiencia cotidiana, de cómo el ciudadano siente que su problema ha sido procesado y resuelto por la administración de justicia. No me estoy refiriendo a lo que algunos académicos pueden señalar como los grandes temas vinculados al Estado de Derecho o a los derechos humanos más resaltables consagrados en la Constitución. Tampoco a temas en los cuales la ciudadanía ha podido tener una expectativa especial como, por ejemplo, cuál ha sido la actitud del Poder Judicial respecto al fuero militar. Por qué el Poder Judicial ha resuelto de manera contradictoria, los asuntos que son competencia del fuero común y del fuero militar. Creo que esta evaluación social no solamente se refiere a estos grandes casos que han tocado muchas veces la conciencia ciudadana; tiene que ver

con la experiencia de la madre alimentista, de la mujer vejada o golpeada, del vecino que se siente impotente para que se cumplan normas de zonificación, del propietario, del inquilino, con la experiencia del deudor o del acreedor de sumas modestas. Tiene que ver con el corrillo diario del Palacio de Justicia y de los Juzgados y Tribunales.

En esa experiencia cotidiana del hombre común y corriente están las raíces de su desconfianza en el sistema judicial. Ella se alimenta no sólo de casos de irregularidad, sino de un desencuentro de expectativas de justicia con la manera como ella se administra.

Aquí aparece como tema relevante el del razonamiento e interpretación judicial. Es el razonamiento e interpretación que hacemos los abogados que está a contrapaso de la realidad; que está en un sentido diverso de lo que la comunidad espera de nosotros. Tendemos a ver los casos como un problema de leyes a aplicar y como un conflicto de intereses sociales que dirimir. Es así como los jueces y los abogados, muchas veces, de modo formalista hemos renunciado a resolver casos introduciendo datos de la realidad social, a los asuntos en juzgamientos. La falta de vigencia del sistema judicial y del sistema legal, tiene mucho que ver con esto. El ciudadano no nos reconoce interesados en resolver sus problemas, nos vislumbra privilegiando un razonamiento que a veces nada o poco abona en la búsqueda de solución del problema real.

En este sentido permítaseme traer a colación un tema que creo que de alguna manera sirve para corroborar lo dicho.

Las investigaciones socio-jurídicas de los últimos años han prestado mucho interés a la justicia de paz no letrada. A estos jueces que no son abogados; que administran justicia a su leal saber y entender y que son la mayoría porque al lado de 1,200 ó 1,300 jueces profesionales hay 5,000 jueces de paz que no son abogados. Estos jueces en su cotidiano resolver, muchas veces hacen cuestiones que a los abogados nos parecen atroces. Divorcian, no solamente no tienen facultades para ello, sino que divorcian convivientes; resuelven problemas de propiedad a través de mecanismos de prueba absolutamente exóticos para un jurista. Estos jueces en los estudios realizados por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema, por CEDYS y por la Fundación Naumann, demuestran que gozan de una aceptación social de índices que van del 70% al 80%. Es decir, entre el 70 y

80% de los entrevistados que han sido alguna vez sometidos a la justicia de paz no letrada consideran que ese juez no abogado, resuelve bien su problemas. Coincidentemente las investigaciones socio-jurídicas denotan que el 80% o una cifra que se aproxima a ese porcentaje de las personas que han sido sometidas a nuestra justicia, a la justicia profesional, desconfían de nosotros y están insatisfechos. ¿Qué ocurre? Creo que hay un problema central que toca no sólo la cercanía del juez de paz con la comunidad, sino el razonamiento, la manera como abordamos el problema. Al juez de paz le interesa algo muy simple, resolver el problema, devolver la paz a la comunidad; me pregunto si los abogados no hemos perdido esta perspectiva. Tal vez ello explique nuestro desencuentro con la sociedad. Por ello estimanos que cualquier análisis, cualquier replanteo del rol del Poder Judicial, del rol del sistema de administración de justicia, y por cierto del rol de los abogados, pasa por una reflexión y por un replanteo de nuestra aproximación a la solución de los problemas sociales que operamos como problema jurídicos.

Concluyo agradeciéndoles por la atención que me han dispensado. He querido presentar un intento de sistematización de los problemas que a nuestro entender han sido planteados en los últimos años por diversos estudios y que deben ser abordados en el Perú a la brevedad, para lograr revertir una situación grave para la democracia, como el permanente declive de la administración de justicia. Ojalá esta exposición contribuya a los trabajos de este evento y que el mismo sirva para que la administración de justicia se convierta en el Perú no solamente en una prioridad académica, sino en una prioridad política.

COMENTA: DIEGO GARCÍA-SAYÁN,
Director Ejecutivo de la Comisión
Andina de Juristas

DESPUÉS DE UNA EXPOSICIÓN tan completa como la que le hemos oído al Dr. Javier de Belaunde y, a medida que la iba desarrollando, poco a poco se me fueron reduciendo los temas o puntos a complementar. Al cerrar su exposición podría decir que es casi nada lo que me queda por agregar. Por ello sólo quisiera enfatizar telegráficamente dos ideas.

Una primera: la voluntad política. Esta, ha estado ausente en materia de administración de justicia. Ojalá el contexto político de los próximos meses en el Perú abra espacios para que los políticos de todas las tendencias hagan de este tema sino uno de primera prioridad, como sería deseable, al menos uno de atención especial. Una seria voluntad política se traduciría no sólo en el plano de los recursos económicos. Tiene que ver, también, con el sistema normativo y, en general, con un conjunto de variables orientadas a que el Poder Judicial sea una maquinaria realmente eficiente y que responda a las inquietudes ciudadanas de justicia. Dicho de otro modo: que el aparato de administración de justicia recupere –nada más, pero nada menos– su razón de ser. Es algo más que un dato anecdótico que, para la percepción ciudadana, el Poder Judicial esté en el mismo plano que la Seguridad Social. Ambos son servicios públicos importantes pero, indudablemente, afecta bastante más a la estabilidad democrática esta imagen negativa del Poder Judicial que no es otra cosa que una seria y grave ilegitimidad de una pieza esencial del Estado. Todo esto debiera servir como campanazos de alerta que, lamentablemente, hasta ahora nuestros políticos no han podido o, tal vez, no han querido escuchar.

El Estándar Internacional sobre Independencia de Jueces y las Garantías de la Administración de Justicia

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y DEL ABOGADO

EXPONE: JUAN MONROY GÁLVEZ
Abogado procesalista, Profesor Universitario, Perú

¿HAY UN ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y DEL ABOGADO?

El tema de la existencia de un estándar internacional de independencia del juez y del abogado, sugiere una primera exploración en torno a lo que significa la palabra *estándar.* Esta consiste en el conjunto de rasgos o características comunes que tiene un institución o una estructura social en su cotejo con otras instituciones o estructuras de otros grupos o sociedades. Ya con este contexto, aparece inquietante la pregunta en torno a si es posible hablar de un estándar internacional de la independencia del juez y del abogado.

El *trabajo* y el destino que a éste se le asigna como fuerza creadora, ha generado un división internacional de los países, que consiste en que mientras unos *sirven,* otros son *servidos.* Latinoamérica está muy cerca de cumplir quinientos años desde que a nuestros antepasados les enseñaron la culpa y el dinero. Tal vez esa *invasión* que con eufemismo llamamos *descubrimiento,* sea el punto de partida histórico de la razón porqué Latinoamérica es una tierra de servicio ajeno.

Esta alusión me parece útil porque dependiendo del rol que asuma una sociedad de acuerdo a la división internacional antes propuesta –si es para que sirva o para ser servida–, podemos encontrar en su interior un tipo de Derecho, y también por cierto un tipo de juez y de abogado. Así por ejemplo, es evidente que las sociedades a quienes se les sirve requieren un Derecho en el que es un valor trascendente la *seguridad jurídica,* porque en esa realidad social resulta importante privilegiar la libre circulación; la rapidez en que esto ocurra es determinante, dado que el objetivo es generar más riqueza.

El funcionamiento del sistema judicial en esos países va a tener criterios singulares para calificar su eficacia, así, será eficaz en la medida en que procure que la circulación patrimonial se torne mucho más precisa y rápida; fundamentalmente un sistema judicial para esos países, será eficaz en cuanto guarde o preserve el orden social, con prescindencia de la injusticia que pueda generar para algunos sectores de esa sociedad, o en su relación con otras sociedades.

Los países con experiencia de servicio ajeno –como nosotros– requerimos un Derecho distinto; un Derecho liberador, contestatario de las estructuras sociales, económicas, políticas las que en su conjunto generan injusticia en sus múltiples expresiones: hambre, desempleo, corrupción, fragmentación social. Lamentablemente no sólo carecemos del Derecho que necesitamos sino que, patéticamente, sólo contamos con un remedo del Derecho que existe en las sociedades servidas. Esto se debe a que copiamos ingenua y penosamente instituciones jurídicas e incluso ordenamientos que encajan en nuestra sociedad como un televisor en el cuarto de un ciego, es decir, porque no tenemos la imaginación indispensable para pensar y crear el tipo de Derecho que nos urge.

De lo expresado resulta importante destacar que con esta división internacional del trabajo nos es posible admitir la existencia de un estándar internacional de la independencia del juez y del abogado, dado que la polarización de los intereses podría invertir ese estándar en un acto de ilusionismo a una expresión de realismo mágico, como sabemos por experiencia latinoamericana, es subyugante en literatura, insólito pero posible en política –esto desde nuestra experiencia nacional–, pero definitivamente impracticable en Derecho.

Con estos antecedentes, el tema de la independencia del juez y del abogado debe ser previamente ubicado. En este caso, nos interesa referirlo al Perú, y por extensión a todos los países con tradición y/o vocación de servicio ajeno.

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Con este tema ocurre algo curioso; todos tenemos intuitivamente una idea de qué cosa es la independencia del juez, sin embargo, cuando queremos profundizar la información –¿qué rasgos tiene, qué características, cuál sería su estructura interna?– advertimos que la idea

con que contábamos era preliminar y nada más. Pasa lo mismo que le ocurría a Aristóteles con el concepto del tiempo, decía que sabía qué era el tiempo cuando no se le preguntaba, pero no sabía cuando se lo preguntaban.

En cuanto a la independencia del juez, ocurre tanto en su conocimiento como en su existencia; casi nadie discutiría la existencia de la norma constitucional que prescribe la independencia del juez, sin embargo si ubicamos el tema en nuestra realidad, advertimos que esta independencia tiene una práctica precaria (impedimentos, obstáculos, presiones), es decir, demasiados tropiezos en su concreción como para considerar que es un hecho casual.

Por otro lado, habría que separar la independencia del Poder Judicial y la independencia del juez. La primera es la aptitud de autorrealización que tiene este Poder para proyectar, aprobar y concretar cambios en su estructura interna, por ejemplo, para planificar sus ingresos y egresos, para incentivar la formación de sus miembros y, por supuesto, para dirigir la selección y formación de éstos. Esa es la independencia del Poder Judicial en su sentido concreto.

La independencia del juez es un correlato de la anterior, es la aptitud para resolver un conflicto o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica, aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, sin interferencias, limitaciones ni condiciones.

En el Perú no existe ni ha existido jamás independencia judicial. Intentemos en las próximas líneas fundamentar tal aserto.

Hay dos conceptos que comúnmente se nos presentan fusionados, el de imparcialidad y el de neutralidad del juez. Un juez debe ser imparcial por esencia –de eso no hay duda– pero la malicia está en creer que ser *imparcial* es lo mismo que ser *neutro* y esto es un error que tiene un origen histórico muy concreto. Hay una tesis de Montesquieu según la cual el origen del poder es la naturaleza, es decir, que el poder estaba implícito en ella; de allí que las relaciones de poder sólo son expresión y derivación de la naturaleza de las cosas y no de la voluntad de los hombres.

Sin embargo, doscientos años más tarde, cuando estudiamos el origen y sustento de una ley –que es una expresión de poder– por ejemplo, no podemos afirmar que ésta es siempre producto o expresión de un orden natural, pero sí podemos afirmar que esa ley es un

medio eficiente a través del cual el derecho ayuda a consolidar –legitimar– una relación de poder.

Siendo evidente que en sociedades como la nuestra, la ley es comúnmente una expresión de poder, ésta ha sido el instrumento eficaz para consolidar una relación social vertical o de explotación, originada inicialmente en el uso de la fuerza, militar o económica. Si además tomamos en cuenta el auge que ha tenido por estas latitudes el llamado *positivismo jurídico*, que en su aspecto práctico significa el acto por el cual la enseñanza universitaria, la mayoría de libros nacionales y los profesores de Derecho se han encargado –en lo que va del siglo y por lo menos en el Perú– de reducir la ciencia jurídica a la ley, advertiremos cómo el Derecho vigente en estas Sociedades se ha comportado como una típica superestructura, destinada a asegurar y protocolizar relaciones inicuas de poder.

La consecuencia de esto en materia judicial es que el juez, como producto de esta vocación de Montesquieu por sustentar en el estado natural de las cosas, la formación y creación "natural" de las relaciones de poder entre los hombres, fue reducido a un simple aplicador de la ley (resultado de la naturaleza de las cosas), siendo esa su única función.

Por cierto, cuando un juez es prisionero de la norma importada; cuando tiene que aplicar una norma que carece totalmente de consenso social; cuando tiene que aplicar una ley que discrimina, que violenta, que privilegia; y lo que es peor, cuando lo hace sin advertir estas taras, sin responsabilidad moral por la injusticia que protocoliza con su decisión, entonces no hay duda que ese juez no es independiente.

La situación ha llegado a tal extremo que en nuestro sistema jurídico se *entiende que algo es justo porque es legal*, a pesar que el sentido común nos dice que el orden lógico tendría que ser al *revés*. Sin embargo tal método ha sido descartado, el sentido común ha desaparecido; hoy los hechos tienen un aire de justicia siempre que estén recogidos en una norma, por espuria que ésta sea en términos de reconocimiento y aceptación social.

Una segunda demostración de esta falta de independencia es la vigencia de la teoría de los tres poderes. Formalmente la máxima expresión de cada uno de estos poderes es la siguiente: del *Legislativo* es la *ley*; del *Ejecutivo* podemos decir que es el *decreto supremo* y del

Judicial es la *sentencia*. De su comparación advertimos que la única de las tres decisiones que en ocasiones se encuentra revestida de la autoridad de la cosa juzgada, y por tanto en tales casos adquiere la calidad de inmutable, es la *sentencia*.

Lo expresado significa que por lo menos teóricamente el *Poder* más importante en un Estado es el Judicial. Sin embargo, la realidad nos abruma e insulta; a pesar que el Poder Judicial es el más importante de un Estado, el poder político y todas sus otras manifestaciones siempre ligadas al poder económico, se han encargado –hasta el momento con bastante éxito– de controlarlo y someterlo de múltiples maneras. Así, sería redundante una explicación adicional en torno al pertinaz incumplimiento constitucional en materia presupuestal[1].

Por otro lado, cuando un Poder Judicial no puede crear cargos, promover magistrados o mejorar sus servicios, es realmente una mala palabra calificarlo de independiente. Lo grave no es sólo eso, sino que los otros poderes intervienen y deciden respecto del nombramiento de los magistrados, sea el Senado para decir qué juez debe tener la calidad de Supremo o no, o en los otros casos el Presidente; en otras palabras, el Poder Judicial tiene que aceptar los miembros que los otros poderes le aprueban, esa es su "función" en materia de nombramientos. Indudablemente así no puede ser independiente.

Otro tema en el mismo contexto de este agravio al Poder Judicial, es el del condicionamiento político; apreciémoslo a través de un ejemplo. Hace poco más de un año que una jueza, en ejercicio de su función ha dictado una orden de captura contra un diputado por un delito común. A pesar del tiempo transcurrido y de la notoriedad del personaje, las fuerzas policiales, obviamente subalternas y auxiliares del Poder Judicial, no hacen absolutamente nada porque esta persona sea detenida. Ciertamente no puede haber independencia del Poder Judicial cuando los otros poderes no tienen conciencia de cumplimiento ni mucho menos voluntad de sometimiento a lo que es la expresión más elevada de la autoridad interna de un Estado, la decisión judicial.

1. El segundo párrafo del art. 238º de la Constitución de 1979 dice: "el Presupuesto del Poder Judicial no es menor del dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central". Esta norma jamás ha sido cumplida por el Gobierno Central, incluso han habido años en que el presupuesto judicial –ya miserable– ha sido reducido respecto del año anterior.

Otro aspecto de la falta de independencia está ligado al rubro socio-económico. Tenemos una realidad a la cual le damos un nombre; para ello utilizamos un lenguaje, que es el lenguaje cotidiano. Sin embargo en Derecho ocurre un fenómeno curioso. Ingresado a la universidad, el estudiante empieza a aprender un nuevo lenguaje, el lenguaje del Derecho, y así la grabadora por ejemplo pasa a llamarse bien mueble, ciertamente otro lenguaje. Luego viene el proceso, allí el lenguaje judicial, como sub-especie del lenguaje jurídico, adquiere una fórmula especial, casi surrealista.

Con un lenguaje y dos metalenguajes de por medio entre el justiciable y su problema, no hay manera que éste confíe en su sistema judicial. Al contrario, lo que hace la actividad forense todos los días es alejar el Derecho de la realidad, esto es, de la sociedad; de hecho lo que estamos haciendo con el lenguaje es complicarlo a un nivel en el que obviamente la sociedad cada vez se siente más lejana y obviamente menos representada. En tal contexto tampoco puede haber independencia, desde que el juez se convierte en un prisionero de las formas jurídicas y, sobretodo, en un extraño para la sociedad en nombre de quien administra justicia.

Otro tema ligado a la independencia del juez es la cultura jurídica. Iván Illich se refería a la educación formal llamándola "una vieja y gorda vaca sagrada"; su crítica estaba dirigida a esa formación educativa que permite a un estudiante por ejemplo, conocer cuál es el área de un rombo trapezoidal, pero desconocer cuáles son los derechos básicos que tiene por la sola razón de ser persona. Esta deficiencia masiva en la información elemental, que alcanza por cierto a las funciones, principios y limitaciones en que desarrolla su actividad el Poder Judicial, determina una deformación de la consideración social que se tiene de la función jurisdiccional; en tal situación, el juez no puede ser independiente. Incluso los medios de comunicación masiva transmiten información no sólo inútil sino muchas veces deformante; la televisión por ejemplo ha logrado algo insólito, en el Perú un importante número de personas, sino la mayoría, está en condiciones de conocer mejor cómo se desarrolla un proceso judicial en EE.UU. que en el Perú.

Tampoco puede haber independencia del juez con la presencia de una organización judicial colonial, preservada desde hace tres siglos por nuestra pereza mental y nula vocación de cambio, antes que por

su bondad. Esto ha originado una cantidad impresionante de procesos que un juez debe resolver. Si un juez resuelve 10 casos en una determinada unidad de tiempo, en ese mismo lapso ingresan 100 para su decisión. Esta lucha quijotesca por resolver los casos en un plazo razonable, sin lograrlo, le resta independencia al juez.

Cómo será de conservadora la conducta del jurista en la materia, que apenas hace 25 años se autorizó el uso de la máquina de escribir en el Poder Judicial, sin perjuicio que haya sido inventada hace 150. Hoy es posible unir documentos con grapas, folders o perforadores, sin embargo, esto aún se hace en el Perú con aguja e hilo; es como si las alternativas antes citadas todavía no hubieran sido inventadas, fuesen instrumentos marcianos. Se está esperando una ley que declare su existencia para que después pasen a ser parte del Poder Judicial.

Los ordenamientos procesales son las herramientas básicas con que un juzgador resuelve conflictos, salvo en el Perú; aquí los ordenamientos procesales no ayudan al juez, más bien éste resuelve a pesar de ellos. Más del 80 % de los jueces peruanos son jueces de paz, éstos tienen que resolver los conflictos usando un reglamento de 1884, es decir, un ordenamiento procesal que tiene más de 100 años. Si esto no agravia la independencia del juez, casi no habría mejor ejemplo que poner.

LA INDEPENDENCIA DEL ABOGADO

*"La última vez que oí a mi esposo fue el 28 de junio. Siempre lo llevaban a él primero y luego a mí. Esta vez fue al revés. En medio del interrogatorio trajeron a mi marido, le dijeron que si no hablaba, iban a matarme. Comenzaron a aplicarme la picana para que él oyera mis quejidos y él me habló a mí gritando: "**Querida te amo, nunca pensé que podrían a vos meterte en esto**". Estas palabras los enfurecieron, las últimas frases eran entrecortadas, lo estaban picaneando, me desataron y me tiraron en mi celda.*

Estaban ensañados con él, su interrogatorio no terminaba nunca. De pronto se oyó desgarrador, penetrante, aún lo conservo en mis oídos, nunca podré olvidarlo. Fue su último grito y de pronto el silencio. Mi esposo murió ese día, 28 de junio, víctima de torturas. Esa noche de espanto y de horror, fue denominada por los represores la noche de las corbatas, ya que la casi totalidad de los prisioneros ingresados eran abogados..."

Este es el relato de Martha García de Candeloro[2], psicóloga, esposa del abogado Jorge Roberto Candeloro, para la formalidad, desaparecido. Este hecho ocurrió en Buenos Aires, hace solamente 14 años. Cuando un abogado asume un caso en donde su cliente es opositor del poder –sea la forma como se presente– éste va encontrar fórmulas abiertas o sofisticadas para coactar, limitar o amenazar la conducta del abogado. La situación es más crítica si esa asesoría profesional está ligada a un presunto delito que tiene un envoltorio ideológico, en estos casos el sistema realiza una función de control y amenaza perfecta.

Incluso ha logrado que los medios de comunicación masiva "vendan" la identificación del abogado con el cliente; situación que no ocurre cuando se defiende a alguien que ha quebrado deliberadamente un banco por ejemplo, en tal caso, a nadie se le ocurre confundir al abogado –que gana mucho dinero y por ello tiene mucho "prestigio"– con el cliente que cometió el fraude. Esta situación tan insólita es una demostración palpable de cómo la independencia del abogado no existe a pesar que es imprescindible en países como el nuestro.

Formamos parte de una sociedad que le pone precio a todo, obviamente le pone precio también a los valores, por eso cuando recibimos el título de abogados, lo que en realidad estamos recibiendo es un conjunto de fichas con las que ingresamos al mercado. El ejercicio profesional finalmente consiste en un juego en el que dichas fichas tienen que multiplicarse para ser "ganador". Por cierto para que esto ocurra todo cliente es bienvenido, sea falso, intolerante, o corrupto; tampoco importa si el cliente sólo usa el Derecho y al abogado para fines antisociales. Un abogado como éste, prisionero de su ambición, indudablemente no es un abogado independiente.

Tampoco es independiente el abogado que para captar clientes requiere usar una terminología esotérica, de palabras raras con las que encarece su servicio, sin darse cuenta que lo que hace es separar la profesión jurídica de la sociedad a quien se debe.

2. "Nunca Más", Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1986, págs. 188 y 189.

PROPUESTAS PARA CONCRETAR LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

En primer lugar, resulta indispensable una reforma de la organización judicial, que por supuesto no debe entenderse lograda en una expresión legislativa. Se trata de replantear la función social de la magistratura, básicamente de contar con una que garantice, por ejemplo, la permanencia de las conquistas sociales; una magistratura que esté atenta a la ocurrencia de un desencuentro entre la realidad y la ley para prestamente acabar y evitar se protocolice una injusticia.

En sociedades como la nuestra, la actividad del juez es una mezcla de magisterio y apostolado, en consecuencia el juez debe estar conciente que todos los días *debe crear para resistir* y cuando se canse, *debe resistir para crear*, sólo así va ser independiente.

Urge un nuevo criterio para la selección y promoción de los jueces, el que tenemos sólo tiene por mérito contar con un fundamento constitucional; pero la Constitución no es un folio inmemorial al que sólo quepa referirse como un objeto inalcanzable e inmodificable, sino simplemente es el instrumento jurídico máximo de una sociedad que, en tal encargo, debe irse adecuando a nuestras urgencias.

En el tema concreto de la selección y promoción de los jueces, es necesario un método que sea objetivo y autónomo. Asimismo, el cambio debe ser gradual; para ello se requiere un sistema de tránsito que podría ser el sistema de cooptación; este es un sistema que consiste en que el propio Poder Judicial diseña, delínea y crea las condiciones para él mismo encargarse de la evaluación de las personas que están en aptitud de ingresar a la magistratura, o eventualmente recibir un ascenso, lo que debe ocurrir en función de las necesidades de la organización que ellos mismo conocen.

En este contexto conviene recordar la tesis propuesta por el profesor Javier de Belaunde, en torno a la necesidad de contar con jueces que conformen órganos de gobierno del Poder Judicial con carácter exclusivo y por periodos razonables, a fin que se encarguen del funcionamiento eficaz del aparato judicial. La bondad de la propuesta es concordante con el sistema de cooptación descrito, ambos promueven el autogobierno del Poder Judicial.

Por cierto, hay que insistir en que el sistema de cooptación sería un sistema de tránsito, por lo que su objeto debe ser crear las condi-

ciones para permitir –cuando la cultura jurídica nacional además de ser una realidad, se haya deselitizado– un sistema de participación popular en la selección y promoción de los jueces.

Cuando el juez recoja, seleccione, evalúe y califique a sus colegas a partir de sus resultados, sin interferencias de ninguna naturaleza, realmente en ese momento va empezar a ser independiente. Posteriormente lo será más cuando en una escuela de formación judicial, se posibilite una retroalimentación de los conocimientos del juez en ejercicio y se dé una formación especial y seria –además de anticipada– al futuro juez.

También es esencial una reforma de los ordenamientos procesales que permitan no solamente una justicia pronta y eficaz, sino que impidan que el tiempo que dura un proceso sea otro medio a través del cual se perpetúe una injusticia. Esta reforma procesal debe también conceder al juez la facultad de equilibrar las condiciones de desigualdad en la que las partes van al proceso, hasta que algún día –cuyo advenimiento es un acto de fe– esa situación también acabe.

Finalmente es imprescindible una actitud firme, sólida y unitaria del Poder Judicial, destinada a impedir el retaceo económico que anualmente le plantean los otros poderes. Por ejemplo, sin que esta sea una idea innovadora, una demanda (llamada acción) de inconstitucionalidad contra la Ley de presupuesto que recorta miserablemente lo que le corresponde al Poder Judicial, apenas sea sancionada ésta, sería una demostración de dignidad y firmeza indispensable en quienes representan al juez nacional.

PROPUESTAS PARA CONCRETAR LA INDEPENDENCIA DEL ABOGADO

Un abogado es independiente si es capaz de admitir y convertir su profesión en un acto de compromiso social, es decir, si es capaz de realizar un análisis crítico destinado a descubrir las causas por las que las actuales estructuras políticas, sociales, económicas y jurídicas generan injusticia.

Sin embargo, quien tiene que cumplir un rol importante en la forja de su independencia no es el abogado individual, sino su órgano representativo: el gremio o colegio –como le llamamos nosotros– tiene una función capital.

En el procedimiento civil existe una institución que permite al litigante quedar exonerado de los gastos judiciales, se llama Beneficio de Pobreza. Sin embargo, para alcanzar tal beneficio, el mendicante tiene que probar que su ingreso mensual no es mayor de medio inti mensual, es decir, que mensualmente no gana más de la milésima parte de un dólar.

Resulta obvio que esta institución vigente desde hace 77 años hay que cambiarla, pero mientras se renueva el ordenamiento procesal, el gremio puede y debe realizar algunos actos concretos destinados a evitar continúe esta situación. Por ejemplo, ¿qué es la práctica profesional en el Perú? El tirocinio profesional, como lo llama el maestro Cappeletti, es una actividad aleatoria concedida a quien tiene un padre abogado o un amigo del padre abogado; también es una actividad que la realiza el estudiante que tiene la suerte que su profesor lo escoja. Resulta imprescindible que los colegios asuman el rol de planificar la práctica profesional, a fin de evitar que la formación jurídica se discrimine.

En otro ámbito, el examen de grado es un acto formal en donde el graduado describe dos expedientes, esto le permite titularse de abogado. No se trata de un acto que enriquezca a nadie, es sólo un susto con envoltorio académico; la sugerencia es sustituir esta casi farsa por un *servicio jurídico obligatorio*, donde los colegios de abogados se encarguen de normar un sistema por el cual el egresado debe cumplir rigurosamente con un ejercicio profesional temporal en lugares donde este servicio es urgente y necesario; exigir asimismo que sólo cumplido diligentemente este encargo, recién el estudiante puede tener el honor de graduarse de abogado.

Por otro lado, el servicio a la sociedad no debe darse únicamente para ser abogado, sino cuando ya se es. Los Colegios de Abogados podrían encargarse de reglamentar y controlar que los abogados en ejercicio y los Estudios o bufetes tengan anualmente una cuota de procesos a su cargo, a fin de que gratuitamente pero con la mayor eficiencia, se brinde servicio profesional; por cierto se trataría de asesorar casos de gente mendicante o incapacitadas para *contratar* con asistencia jurídica. Así estaría el abogado realizando un acto de compromiso real con quien se debe, su comunidad.

El gremio de abogados está obligado a propiciar una permanente discusión de los derechos básicos de las *personas*, a fin de que sepan

que tienen derechos por el solo hecho de serlo. No interesa que los derechos humanos estén regulados, lo que importa es que tengan ejecutoria, es decir una práctica permanente. Sólo cuando eso ocurra podemos decir que el abogado ha logrado su independencia.

Finalmente, un juez y un abogado independiente no son un fin en sí mismo, sólo son un medio para acercar a las mayorías una democracia real, es decir, a una sociedad con paz social en justicia. Un juez y un abogado van a ser independientes –para concretar lo expuesto–, cuando asuman un compromiso político, entendido el concepto *político* en su más elevada acepción, es decir, cuando el compromiso es con su sociedad, con las mayorías de esa sociedad que los necesitan. Sólo en ese momento podemos hablar de independencia del juez y del abogado en el Perú.

Todos estamos de acuerdo en que la violencia debe acabar, sin embargo, si la alternativa que tenemos para reemplazar esta sociedad violenta es una donde prime la competencia, la ambición, la ventaja, la corrupción y, lo que es peor, una organización judicial que por ejemplo se muestre implacable para tuberculizar en una cárcel a un ladrón de gallinas, pero que es incapaz de discernir sobre quién es más ladrón: si el que asalta un banco, el que lo funda o el que lo quiebra, entonces debemos admitir que aún no hemos creado las condiciones para concretar un sistema social alternativo al que contamos.

LA INDEPENDENCIA DE JUECES Y LAS GARANTÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

EXPONE: REED BRODY,
Director del Centro para la
Independencia de Jueces y Abogados

EN LA PRESENTE intervención, quisiera abordar tres temas: la necesidad de la independencia del Poder Judicial para la defensa de los derechos humanos; las normas internacionales que definen y tratan de garantizar dicha independencia; y los obstáculos que, según mi punto de vista, impiden la plena vigencia de la independencia judicial en América Latina. Termino con unas modestas sugerencias.

1. "Resulta obvio", señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "que un Poder Judicial imparcial formado por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos"[1].

En efecto, los instrumentos legales sobre las declaraciones de derechos humanos –nacionales e internacionales– contienen e intentan preservar una serie de valores dándoles el nombre de "derecho". Pero es evidente que no basta con reconocer derechos, ni con incluirlos en las leyes nacionales e incluso internacionales. Para que éstos no sean sólo principios éticos o morales es necesario, además, garantizar su efectividad en la práctica. Como ha dicho mi colega Alejandro Artucio, "reconocer derechos sin protección efectiva, es dejarlos librados al capricho del poder"[2]. A nivel nacional, es al Poder Judicial a quien se encarga principalmente la tarea de proteger los derechos.

1. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1989–1985, p. 193.
2. A. Artucio. La Justicia como Condición Esencial para la Vigencia de los Derechos Humanos, en *La Independencia de Jueces y Abogados en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.* Comisión Internacional de Juristas, 1988.

La necesidad de una justicia independiente es un principio que se manifiesta en todos los documentos internacionales y regionales. El artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia espresamente:

> "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".

Asimismo, el párrafo 1º del artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza:

> "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 sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil".

El artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que:

> "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. Si todos los instrumentos internacionales y gran mayoría de las constituciones nacionales, concuerdan en la necesidad de la independencia del Poder Judicial, cabe, entonces, preguntarse ¿en qué consiste dicha independencia?

Las normas más importantes que al respecto se han adoptado hasta la fecha son los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

Los Principios Básicos fueron aprobados por consenso en el séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La Asamblea General, en su resolución 40/146 del 13 de diciembre de 1985, acogió con beneplácito los Principios Básicos e invitó a los gobiernos a que los respetasen y los

tuvieran en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales. Estos principios esbozan una definición de la independencia judicial. Refiriéndose a lo que llamamos la "independencia personal del juez" dicen:

> "Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo".

Los Principios también abordan la "independencia institucional" del Poder Judicial.

> "La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley".
>
> "No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial".

Pero ¿cómo podemos medir la independencia –o la falta de independencia– del Poder Judicial? Y, más importante aún, ¿cómo garantizarla? En los Principios Básicos encontramos los indicios más importantes –y ahora universalmente reconocidos– sobre la materia.

> "Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios".
>
> "La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas".
>
> "Se garantizará la inamovilidad de los jueces,... hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados y elegidos, cuando existan normas al respecto".

"Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones".

Estos son solamente algunos de los factores que determinan el grado de independencia del Poder Judicial, necesaria, repito, para la adecuada administración de justicia y la defensa de los derechos humanos.

3. Ahora, si sobre los principios fundamentales no hay gran desacuerdo, ¿por qué enfrentamos tantos problemas en la práctica latinoamericana? Según mis criterios, los obstáculos son múltiples.

a) Se ha afirmado comúnmente que los tribunales latinoamericanos dependen del poder político y que están dominados por el entorno político. El motivo que con más frecuencia se aduce para explicar esto, es el dominio tradicional que ejerce el Ejecutivo, así como el poder discrecional que se le otorga al Presidente de la República, sin dejar de lado otro factor: la inestabilidad política. Los cambios violentos que se operan con la subida de un nuevo régimen se traducen, generalmente, en cambios abruptos en la judicatura, aumentándose así la dependencia de esta última[3].

b) Otro factor ha de encontrarse en la posibilidad que gran número de constituciones ofrece, para la suspensión de ciertas garantías fundamentales con motivo de un estado de excepción o de un estado de sitio, despojando así a la judicatura de su potestad de proteger los derechos fundamentales.

c) En América Latina ha existido una práctica frecuente por la cual se dan facultades extensivas a los tribunales militares para juzgar delitos cometidos por militares, aun cuando con ellos se afecte a civiles y no sean delitos de función. Esta práctica ha socavado la independencia judicial, dado que estos tribunales especiales, quedan exentos de todo tipo de control por parte del Poder Judicial.

3. Ver K. Rosenn, *"The Proteccion of Judicial Independence in Latin America"*, 19 Interamerican Law Review 1-35 (1987) vuelto a publicar en el Boletín del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, No.22; J. Verner, The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature, J. Lat. Amer. 16, 463-506.

d) Por otra parte, los recursos financieros de que dispone la administración de justicia son a menudo insuficientes para asegurar su normal funcionamiento. En Costa Rica la Constitución le otorga al Poder Judicial el 6% del presupuesto, con el resultado conocido de eficacia –pues tienen los medios para cumplir con sus tareas– e independencia porque no dependen del favor del Legislativo o del Ejecutivo para su presupuesto. También es una medida importante contra la eventual corrupción del personal judicial. En el Perú, el segundo párrafo del art. 238º de la Constitución, garantiza el 2% del presupuesto de gastos corrientes del Gobierno Central para el Poder Judicial, provisión que no se ha respetado en la práctica. Es particularmente lamentable que la falta de recursos para el Poder Judicial sea una de las causas de las reiteradas paralizaciones de la actividad jurisdiccional en los últimos meses.

e) Otros factores que se pueden mencionar son las estructuras mismas del Poder Judicial que suelen ser muy complejas y complicadas y que por lo tanto, la gente trata de evitar, prefiriendo las vías de solución informales, basadas en los contactos humanos.

f) Se puede también destacar el uso muy limitado de la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las leyes. Como se sabe, dicho recurso es lo que ha dado su poder e importancia a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, según un estudio realizado por el juez de la Corte Interamericana, Héctor Fix Zamudio, el recurso de inconstitucionalidad tiene poca eficacia en el continente[4]. Cabe destacar el valeroso esfuerzo e iniciativa del Perú en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, que constituye una novedad en el paisaje jurisdiccional peruano, introducida por la Constitución actual.

Es un avance importante que se cree un aparato jurisdiccional que tenga entre sus funciones principales la de controlar la constitucionalidad de las leyes y que dicho organismo tenga, incluso, la atribución de declararlas total o parcialmente inconstitucionales. Es destacable, asimismo, que ante el mismo Tribunal puedan

4. Carpio y Fix Zamudio, *La Necesidad y la Legitimidad de la Revisión Judicial en América* Latina. Desarrollo Reciente, 52 Bol. Mex. Der. Comp. 31, 50 (1985).

presentar recursos de casación quienes se sientan perjudicados por una resolución denegatoria de hábeas corpus o amparo.

Pero si al crearse una estructura orientada a velar por la vigencia de la Constitución se ha dado un paso importante, es esencial la forma en que funciona. En este orden de ideas, las calificaciones y requisitos que la propia Constitución establece para que se interponga una acción de inconstitucionalidad restringen severamente el acceso al Tribunal de Garantías. Sin llegar a extremos se puede explorar mecanismos más fluidos que al democratizar el acceso se traduzcan en una real dinamización de esta atribución de control de la constitucionalidad.

En lo que respecta a su facultad de casar resoluciones denegatorias de hábeas corpus o amparo, hay que tomar nota que, según las conclusiones del fórum "Derechos Ciudadanos y Tribunal de Garantías Constitucionales" realizado por la Comisión Andina de Juristas en Lima en agosto de 1986, la contribución jurisprudencial del Tribunal parece haber sido más bien escasa e insuficiente. Tanto por las limitaciones derivadas de algunas normas constitucionales o legales como por la responsabilidad de algunos de sus magistrados, existe un panorama que resulta necesario analizar críticamente.

g) En el mismo contexto, preocupa la amplitud y la extensión de los llamados "actos de gobierno" o "actos políticos" y la afirmación de la no justiciabilidad de esas cuestiones políticas por parte de los poderes judiciales de la región andina ya que esos actos discrecionales pueden y suelen convertirse en arbitrarios.

h) No podemos dejar de mencionar la creciente violencia de que son víctimas autoridades judiciales en algunos países y que constituye una enorme presión sobre ellos. Ese problema es particularmente grave en países como el Perú en que la guerrilla y el terrorismo han eliminado innumerables jueces y mantienen en constante amenaza a los miembros del Poder Judicial encargados de juzgarlos, menoscabando así la independencia y objetividad de los magistrados.

i) Especial mención debe hacerse también a los riesgos que, contra la independencia del Poder Judicial, se derivan del acuciante problema del narcotráfico. El enorme poderío económico de las organizaciones dedicadas a este luctuoso "negocio" resulta un importante factor de corrupción de autoridades de todo nivel, especialmente de algunos magistrados que, aceptan el soborno seducidos por la posibilidad de hacerse de enormes sumas de dinero, que desde la perspectiva de sus reducidos salarios resultan fascinantes.

j) Las disposiciones sobre la inamovilidad de los jueces también influyen. A pesar que es reconocido que los mandatos vitalicios son los más propicios a la independencia institucional, la mayoría de los países latinoamericanos proveen un mandato de entre 3 y 18 años, al fin del cual el juez queda dependiente para la renovación del mismo, de la voluntad del Legislativo o del Ejecutivo –lo cual resulta contrario a la deseable independencia. A pesar que en el Perú se consagra la inamovilidad de los jueces hasta la edad de retiro, que se produce a los setenta años aun las mejores garantías formales muchas veces no son suficientes.

k) Debemos admitir finalmente, que tanto los tribunales como la abogacía, no cuentan con un arraigo efectivo en el seno de la población. Para ésta, los jueces y los abogados son tan criticables como el Poder Ejecutivo.

4. ¿Cómo se podrían superar los obstáculos mencionados? Los Principios Básicos de la ONU, que, según la Asamblea General de esta organización los gobiernos deben respetar y tener en cuenta, indican medidas que se pueden adoptar.

a) La Constitución debe proclamar la independencia de la judicatura, (cosa ya lograda en la mayoría de los países, entre ellos el Perú, asentando este principio en su art. 233º).

b) No se deben efectuar intromisiones indebidas en el proceso judicial. Constatamos con entusiasmo que en la realidad del Perú se dan manifestaciones más explícitas de estas garantías constitucionales, regulando la singularidad y la exclusividad de la función jurisdiccional en el art. 233º de la Carta Magna. Es, sin embargo, de extrema importancia velar por el cumplimiento y eficacia de dicho texto constitucional.

c) No se debe extender competencia de los tribunales militares. La jurisdicción de los tribunales militares debe entenderse limitada

a las infracciones de orden disciplinario que afecten el orden jerárquico interno, en los que participe exclusivamente personal militar. Los ilícitos penales cometidos por personal militar deberán quedar sometidos a jueces y tribunales de la justicia ordinaria (civil).

d) Las leyes deben garantizar la permanencia en el cargo de los jueces, su inamovilidad y una remuneración protegida contra la inflación. Relevamos que el Estado peruano, según el art. 242º inc. 3º. de la Constitución, garantiza a los magistrados una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía. Es necesario reconocer que ello no siempre ocurre, en gran parte debido a la inestabilidad económica del país, poniéndose en evidencia la necesidad de un esfuerzo por lograr este cometido, que es uno de los pilares para la independencia del Poder Judicial.

e) La Constitución debe garantizar recursos adecuados para el Poder Judicial. Destacamos aquí el interés en hacer efectiva esta garantía.

f) Los procedimientos judiciales deben examinarse tendiendo hacia su simplificación, lo cual evitaría, sobre todo en épocas de "emergencia", la posibilidad de la existencia de personas que esperan ser juzgadas, en prisión preventiva de varios años.

g) El gobierno debe garantizar la seguridad e integridad física de los jueces y de sus familiares y proveerlos, cuando las circunstancias así lo exijan, de la custodia adecuada. Un juez que puede ser influenciado con distintos favores, difícilmente puede ser independiente. Pero tampoco lo será aquél cuya decisión está motivada por el temor sobre su seguridad personal o las de sus seres queridos. La independencia judicial es indispensable para que los magistrados actúen en forma justa e imparcial; esta imparcialidad requiere libertad frente a las presiones y sobre todo la suficiente protección para garantizar esta libertad.

A fin de cuentas, sin embargo, sólo la manera en que jueces y abogados desempeñen su labor, podrá forjar a largo plazo, el respaldo necesario de la opinión pública, ya que ésta es una salvaguardia más eficaz para la independencia de los jueces, que las leyes y las garantías constitucionales. La opinión pública respaldará a los tribunales en la medida

en que éstos se conviertan en el foro adecuado y efectivo para la realización de los derechos, en lugar de ser vistos como un mecanismo lento y corrupto que sólo defiende intereses creados.

Cuando hablamos de la independencia del Poder Judicial, no debemos olvidar que, como dijo el magistrado José Francisco Rezek, Ministro del Supremo Tribunal Federal del Brasil, en un seminario latinoamericano organizado por el CIJA:

"La independencia de jueces y abogados no es un fin en sí mismo; es un medio, un instrumento puesto en beneficio de la colectividad. La magistratura nada debe reclamar por amor al privilegio de sus miembros o por el gusto a una olímpica afirmación de poder. Su independencia y su dignidad deben defenderse en el interés común de nuestros pueblos, y de modo muy especial en favor de los estratos que más intensamente dependen de una justicia libre, eficaz, altruista, honrada y sabia"[5].

5. Op. cit. nota 2, J.F. Rezek, Discurso de Clausura.

Poder Judicial y Estado de Derecho: Brasil, Chile y España

PODER JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO: BRASIL

EXPONE: DALMO DALLARI, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil

QUIERO MANIFESTAR ante todo mi agradecimiento a la Comisión Andina de Juristas, a la Comisión Internacional de Juristas y al Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, por el honor de hablar en este Seminario en el Perú y participar de estas discusiones con colegas tan distinguidos. El tema es Poder Judicial y Estado de Derecho[1].

Nosotros no tenemos un Poder Judicial óptimo en Brasil pero, en este momento, se están produciendo modificaciones muy positivas que abren un nuevo camino para los que quieren luchar por la justicia por medios pacíficos. Estoy absolutamente convencido de que sólo por medios pacíficos se puede conquistar la paz, ya que la violencia crea inevitablemente nuevas injusticias.

Vamos a hacer algunas observaciones preliminares. Una de ellas es que el Poder Judicial no es una isla en la sociedad, es parte de ella y sufre la influencia de las condiciones sociales. Entonces, no se puede hablar del juez, del Poder Judicial como si fueran aislados, como si el conjunto de la sociedad no fuera también responsable de lo que acontece en el Poder Judicial, y fuera sólo víctima inerte de sus defectos.

1. El tema "Poder Judicial y Estado de Derecho" puede prestarse a confusiones, porque hay una influencia positivista, maléfica en toda América Latina que hace que derecho y ley sean tratados como sinónimos y, por ejemplo, en Brasil tenemos tribunales de justicia que son realmente tribunales de legalidad, y esto crea una apariencia de Estado de Derecho que en realidad no lo es.

Otro punto preliminar que me parece importante resaltar es el reconocimiento de que los jueces tradicionalmente no reciben un tratamiento adecuado y a la organización judicial no se le da la debida importancia. Sin embargo, es importante tener claro que las malas condiciones de trabajo y la deficiente remuneración no justifican comportamientos incorrectos de los magistrados. El juez debe siempre, en cualquier circunstancia, procurar decidir con equidad, más allá de la ley, de las formalidades, comprometiéndose permanentemente con la búsqueda de la justicia.

Tradicionalmente en Brasil el Poder Judicial fue dependiente del Poder Ejecutivo, juzgando de acuerdo con los intereses de éste, pero, recibiendo como compensación la posibilidad de mantenerse como una corporación cerrada y soberana en su interior, creándose así un Poder Judicial altamente elitista, muy distante de la realidad. La situación se agrava, al producirse el golpe militar de 1964, que implantó gobiernos militares hasta 1985. Teníamos la figura tradicional del juez miembro de familia rica. Ahora, comenzamos a tener jueces de origen más humilde, descendientes de inmigrantes y, la presencia de juezas que, hasta por motivos históricos tienen una firmeza extraordinaria. Muchos de estos nuevos jueces son progresistas, y no aceptan el acuerdo tradicional de la magistratura con el Ejecutivo. Quieren un Poder Judicial más moderno, más actuante y comprometido verdaderamente con la justicia.

Con ocasión de la lucha por la reforma agraria surgieron algunos ensayos de guerrilla rural, que no prosperaron por el tamaño del territorio y un sentimiento generalizado de repulsa a toda forma de violencia Se buscaron entonces otras formas de resistencia, pero sin utilización de armas.

Estos y otros acontecimientos llevaron a que las personas formaran grupo para su autodefensa, produciéndose un fenómeno histórico muy importante ya que nuestra sociedad tradicionalmente individualista, comenzó a crear una nueva forma de convivencia, con individuos integrados socialmente, miembros de grupos sociales definidos. Por ejemplo, las comunidades de base, que son agrupaciones de personas pobres estimuladas por la Iglesia Católica comenzaron a actuar en conjunto para su autodefensa y el logro de reivindicaciones. Hoy, en Brasil, existen más de cien mil comunidades de base, ya organizadas y definidas legalmente, como asociaciones civiles, con personalidad jurídica. También existen otras clases de asociaciones, por ejemplo de mujeres, de negros –los negros de Brasil son un minoría tradicionalmente discriminada–, de indios. En este momento mi trabajo profesional de abogado se realiza fundamentalmente en apoyo a estas asociaciones de indios.

Por otro lado adquieren nuevas características las asociaciones de magistrados, que existían sólo para la promoción de fiestas de confraternidad. En la actualidad, han pasado a actuar como asociaciones de reivindicación, incluso en el mismo Poder Judicial y luchan contra otros sectores de la sociedad que de una u otra forma pueden entorpecer la labor judicial. Me parece importante que en el interior del Poder Judicial aparezcan grupos que se preocupen por la situación de los magistrados y condiciones de trabajo. En Brasil se consideraba que el juez era un personaje demasiado noble e importante y, por ende, era degradante que discutiera por ejemplo, por un salario. Pero, un juez es un hombre común, con una familia y, necesita contar con una remuneración digna. El magistrado entonces tendrá derecho a luchar por su salario y condiciones de trabajo óptimas.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1988

Esta asamblea constituyente fue testigo de las divergencias al interior del mismo Poder Judicial, y determinó una nueva manera de relacionarlo con el resto de la sociedad.

Al lado de los tradicionales *lobbies* de empresarios y de las nuevas organizaciones de indios y de mujeres, funcionaron los *lobbies* de jueces, uno de los jueces conservadores y tradicionales, y otro de asociaciones de magistrados más progresistas. Estos grupos han estado presentes en la constituyente luchando por sus intereses.

Las novedades en el tratamiento de la problemática judicial son las siguientes:

1) En la constituyente se estableció que compete exclusivamente al Poder Judicial la preparación de la parte del proyecto de ley presupuestaria que a él corresponde, sin ninguna interferencia del Ejecutivo.

2) Fruto de un compromiso político entre las asociaciones de magistrados conservadores y progresistas se consideró que era mejor man-

tener el Supremo Tribunal Federal también como Corte Constitucional, y no se admitió la creación de un Tribunal Constitucional.

3) Otro punto importantísimo en relación al Poder Judicial y en que primó la mentalidad corporativa fue el relativo a la creación de un órgano de control administrativo del Poder Judicial. Existió una fuerte oposición de los magistrados a aceptar que este control fuera realizado por un órgano externo al Poder Judicial.

4) La actual Constitución determina la creación de cursos de preparación y perfeccionamiento de magistrados, como requisitos para ingreso a la carrera judicial y promoción en ella. Por mando constitucional, tanto a nivel federal como estadual los tribunales deben crear cursos para la preparación de futuros jueces y para actualización de los que ya ejercen la judicatura. Esto fue una victoria de los grupos de jueces más progresistas.

   En mi estado, São Paulo, donde soy decano de la Facultad de Derecho –que es la más antigua del país–, la Universidad hizo convenio de cooperación con el Poder Judicial en este campo. Los cursos se dictarán en la Universidad, y los profesores serán docentes universitarios o miembros de la judicatura. También la Universidad recibe beneficio por este convenio, modificando el currículum de estudios, incluyendo materias en las que los estudiantes reciben información sobre la labor de los jueces y qué tipo de preparación deben recibir si quieren ingresar a la carrera judicial. Este hecho afirma algo que dije al principio de mi exposición: el Poder Judicial no es una isla, y la Universidad debe dar su contribución para la preparación de jueces.

5) En esta Constitución se establece la regionalización de los tribunales federales de apelación. Teníamos uno solo en la capital federal y se previó la creación de nueve tribunales de apelación. Así también a nivel estadual, tenemos una magistratura federal y estadual llamada ordinaria. De igual manera, en esta magistratura estadual se prevé la descentralización.

6) Un punto a destacar es que se determinó la creación de magistraturas especiales, que se ocuparan de juzgar causas simples de menor complejidad e infracciones penales menores, mediante procedimientos sumarísimos. Se está cuidando la adaptación de los códigos procesales para tener procesos sumarios de rápida tramitación, especialmente en las magistraturas, que nosotros llamamos de pequeñas causas, las cuales ya están instaladas en pequeño número funcionando y con resultados positivos.

7) La Constitución también tornó más fácil la obtención de justicia gratuita. Sólo dice que a los necesitados no se les cobrará. Queda por cuenta de los jueces reconocer quién se considera en tal condición, sin necesidad de comprobación.

Por último, quiero hablar acerca de otros temas que son paralelos, pero que afectan muchísimo el funcionamiento del Poder Judicial y están previstos en la nueva Constitución. En la Constituyente se destacó la importancia del Poder Judicial como alternativa para ofrecer un camino de solución pacífica de conflictos, especialmente para que los más pobres crean en él y no se dejen tentar por propuestas de solución violenta.

La Constitución contiene un gran número de normas que definen derechos fundamentales, y dispone expresamente que tienen aplicación inmediata, es decir, no dependen de legislación complementaria.

Una cuestión que siempre se discute es qué hacer en el caso de derechos que figuran en la Constitución pero no tienen legislación complementaria que asegure su implementación. La Constitución brasileña respondió con una nueva forma de garantía que se llama *mandado de injuncão*, que constituye toda una innovación, inclusive para nosotros en Brasil. Indica el texto constitucional que el juez dará *mandado de injuncão* siempre que la falta de legislación complementaria impida o dificulte el ejercicio de derecho fundamental. El juez en este caso, debe dar una resolución que complemente la norma constitucional, de modo que el derecho pueda ejercerse. Esto tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes*.

Muchos miembros de la magistratura tienen miedo de esta responsabilidad; dicen que el juez no es legislador, que esto quebraría el sistema de separación de poderes.

Opinamos que éste no es un argumento válido ya que la Constitución permite que el juez complemente la norma. El no crea, sólo complementa la norma constitucional. En cuanto al argumento de que el tribunal no puede ser creador, respondemos que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ya fue muchísimo más "creador" al aceptar las normas dictadas durante gobiernos de excepción como si fueran

leyes –utilizando la teoría de los actos institucionales. Si aceptó esto, puede aplicar el *mandado de injuncão*, que es constitucional.

Otro tema conexo previsto en la Constitución brasileña es el otorgamiento de competencia a las asociaciones civiles para la defensa judicial o extrajudicial de los derechos individuales de sus miembros. Es decir, una asociación puede defender los intereses de sus miembros ante un tribunal o cualquier autoridad administrativa. Esta facultad amplía enormemente la concurrencia al Poder Judicial para la solución de conflictos. Anteriormente, las persona más pobres no tenían posibilidad de acceder a la defensa por un abogado; ahora por medio de una asociación que los agrupe, sí pueden hacerlo. Todas las asociaciones procuran actualmente contar con un abogado para la defensa de los intereses de sus miembros. Por otro lado, el hecho de ser defendido por una organización y no individualmente, otorga un mayor poder para la defensa de derechos fundamentales ante el Poder Judicial. Esta tarea también se ve facilitada por la creación para la Unión Federal y todos los estados de la Defensoría Pública, que se encargan de la orientación y defensa de los necesitados.

Por último, quiero hacer referencia a otra modificación muy significativa, que es la ampliación de las competencias del Ministerio Público. Este organismo cuenta con una gran autonomía y con el deber expreso de actuar en defensa de los intereses difusos de la sociedad, o de grupos sociales representativos. El Ministerio Público está actuando con mucha eficacia en la defensa de grupos indígenas.

Es importantísimo recalcar, para finalizar mi intervención, que debemos creer en el potencial del Poder Judicial, pero, por otro lado, debemos reconocer que entre los jueces hay hombres y mujeres de buena voluntad, que desean actuar para mejorar su institución, y debemos apoyarlos. Toda la sociedad organizada debe denunciar las deficiencias del Poder Judicial y presionar para que éste se convierta verdaderamente en un instrumento de transformación social en el sentido de la justicia, porque solamente por este medio se puede conquistar la paz.

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO PRESUPUESTO NECESARIO DEL ESTADO DE DERECHO: SITUACIÓN EN CHILE

EXPONE: GERMÁN HERMOSILLA ARRIAGADA
Ministro de la Corte de Apelaciones
de San Miguel, Chile

1. FORMULACIÓN DE UN POSTULADO

Hoy día no puede ponerse en duda que la existencia de un poder u órgano jurisdiccional realmente independiente de los otros órganos de poder es uno de los presupuestos básicos e indispensables para la instauración y mantenimiento de un Estado de Derecho.

Sin adentrarnos en el concepto y teoría del Estado de Derecho, porque entendemos que no es la finalidad de este trabajo, y con el solo objeto de fijar un marco de referencia, nos interesa destacar que es tal, aquel Estado en que ordinariamente se respetan y cumplen ciertos principios fundamentales.

El primero de éstos ya fue incorporado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y consiste en la separación de poderes.

Hoy día se habla más propiamente de distribución o preponderancia de funciones, puesto que, en definitiva, el poder estatal es uno solo.

En segundo lugar, un ordenamiento jurídico que establezca las funciones, atribuciones, derechos y obligaciones de los órganos de poder y de los ciudadanos en particular, así como las necesarias relaciones entre ellos.

En tercer término, que este ordenamiento jurídico sea instituido por representantes directos del pueblo, en quienes reside la soberanía popular y de acuerdo con la voluntad mayoritaria de ésta.

En cuanto a la obligatoriedad de este ordenamiento, el profesor Humberto Nogueira nos dice que el imperio de la ley no puede mirarse sólo desde una perspectiva puramente formal, ya que en verdad existe "cuando la ley es la expresión del cuerpo político de la sociedad libremente expresada y, al mismo tiempo, esta ley tiene las características de racionalidad y justicia"[1].

En cuarto lugar, un Estado de Derecho se distingue porque consulta los medios para hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes, comprendiendo en este vocablo a todos los que ejercen autoridad en nombre de la sociedad, impidiendo la arbitrariedad y el abuso en que aquéllos puedan incurrir en el ejercicio del poder.

Sin embargo, estos principios rectores del Estado de Derecho y que lo hacen visible nítidamente en una sociedad, tienen como necesario complemento el reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales de las personas mediante su consagración en la Constitución y en virtud de una legislación que contemple recursos y procedimientos expeditos para hacerlos efectivos en caso de privación, perturbación o amenaza a su legítimo ejercicio.

En esta materia, como es fácil advertir, les cabe a los tribunales de justicia un rol preponderante en uso de sus facultades conservadoras.

En Chile, además del recurso de amparo o hábeas corpus, se estableció en la Constitución Política de 1980, el "recurso de protección", tendiente a restablecer el imperio del Derecho y prestar la debida protección del afectado en casos de privación o perturbación en el ejercicio de otras garantías que la libertad personal[2].

Sin embargo, no obstante el establecimiento de estos recursos expeditos y la consagración en la Constitución Política de los derechos fundamentales de las personas, existieron hasta hace poco en nuestro país, serias limitaciones y restricciones a estos derechos y garantías, especialmente la libertad personal, debido a la instauración por decreto, por parte del Gobierno, de sucesivos estados de excepción, de

1. Humberto Nogueira A. "Una Alternativa de Reforma al Poder Judicial" pág.2 del trabajo presentado en el Seminario organizado por la Asoc. Nacional de Magistrados, en 1988, titulado: "El Poder Judicial en una Sociedad en Desarrollo".
2. Constitución Política de la República de Chile, Art. 20.

distinto tipo, en forma ininterrumpida por más de catorce años. Durante la vigencia de estos estados el Presidente de la República gozó de la facultad constitucional para decretar dichas restricciones y limitaciones y hasta la suspensión de determinados derechos.

Esta situación produjo un evidente debilitamiento de las facultades conservadoras de los tribunales, particularmente de las Cortes de Apelaciones y una desprotección manifiesta de los ciudadanos.

Los organismos defensores de los Derechos Humanos, especialmente la "Vicaría de la Solidaridad" dependiente de la Iglesia Católica, la "Comisión Chilena de Derechos Humanos" y el Colegio de Abogados A.G., criticaron duramente este sistema pidiendo que se le pusiera término. Criticaron además, acerbamente a los tribunales de justicia por la autolimitación que ellos entendieron que éstos se habían impuesto con respecto a su función de tutelares de estos derechos.

Lo anterior, como es natural, sumado a la enorme cantidad de recursos de amparo desechados, produjo desaliento y una grave disminución de la confianza en la independencia y capacidad de los tribunales ordinarios para cautelar los derechos fundamentales y hacer justicia.

El postulado de la independencia del órgano jurisdiccional, de carácter universal, resulta sin embargo tan indiscutible que aquellos que no creen sinceramente en él o que no lo comparten porque no conviene a sus personales intereses, no se atreven siquiera a impugnarlo y ocultan o desfiguran su verdadera posición. Si acceden al Poder en alguna de sus instancias y grados, es posible incluso que se muestren dispuestos a reconocerlo públicamente por razones de estrategia o por otros motivos circunstanciales, pero más tarde o más temprano ejecutarán actividades tendientes a desconocer o a menoscabar la independencia de los jueces.

En la historia de los pueblos se ha repetido con frecuencia esta situación, siendo numerosos los casos en que se ha dado este doble estándar. Muchos hombres públicos a cargo de órganos de poder y que no han tenido una fiscalización suficiente, han realizado actos decisivos, más o menos encubiertos, francamente atentatorios en contra de la independencia de los tribunales, cuya verdadera naturaleza ha sido presentada de manera distinta, valiéndose de la obsecuencia de diversos medios de comunicación social y, desde luego, a través de aquellos que controlan abiertamente.

Por cierto, no sólo nos referimos a los dictadores, a los gobiernos autoritarios y a las llamadas "democracias populares", donde nuestro aserto aparece corroborado nítidamente; también comprendemos a los países que se desenvuelven en un sistema democrático, más o menos perfecto, puesto que igualmente allí existirá la tentación de menoscabar la independencia del Poder Judicial cuando se estima contraria a los intereses de quienes gobiernan o éstos no se muestran dispuestos a aceptar sus requerimientos o influencias. En ocasiones, esta tentación en caso de resultar irrefrenable, podrá consumarse, como ha ocurrido más de una vez, en la ejecución de actos materiales tendientes a la instrumentalización de la justicia para ponerla al servicio de los intereses que se estiman superiores del Estado, sean éstos de índole política, social, económica, religiosa o de otro orden.

Aceptándose la teoría clásica de la separación de poderes o la más moderna de la preponderancia de funciones, siempre existirá el peligro cierto, no obstante todos los resguardos, que los otros órganos de poder, especialmente el Ejecutivo, debiliten, menoscaben, coarten o instrumentalicen la administración de justicia.

Tal vez alguien nos escriba la historia del Poder Judicial en alguno de nuestros países como la lucha constante de los jueces probos e insobornables por mantener o reforzar sus fueros, comprendidos y apoyados por justiciables para quienes la independencia de dichos jueces constituye una garantía cierta de que serán juzgados imparcialmente, convencidos además de que la única justicia digna de ser llamada tal, es la que realiza sin interferencias extrañas que puedan desnaturalizarla y supuesto que la ejercen hombres honestos, preparados, capaces, prudentes y justos.

Dentro de la cultura jurídica de muchas sociedades que se estiman avanzadas –entendiendo por cultura jurídica, como lo hace el profesor Agustín Squella, el conjunto de valores y actitudes relacionadas con el Derecho que prevalecen en una comunidad jurídica dada[3]– notamos la carencia de estudios adecuados, con muchos instantes de reflexión colectiva, acerca de la necesidad de encontrar los medios más eficaces y aconsejables, susceptibles de producir un convencimiento generalizado en orden a que la jurisdicción entregada en manos de los magistrados, no puede ser condicionada, dirigida, manipulada o influenciada por intereses extraños. Estamos ciertos que si este valor deseable, paulatinamente llega a encarnarse en la mente y en la voluntad de los integrantes de una sociedad determinada y, por tanto, a incorporarse como uno de los elementos de su cultura jurídica, no será necesario idear mecanismos elaborados y complejos para resguardarla o reforzarla; bastará con ciertas normas simples y precisas porque ellas serán sancionadas y complementadas por esa cultura.

3. Agustin Squella, "La Cultura Jurídica Chilena", Editado por la Corporación de Promoción Universitaria en 1988, pag. 30.

2. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDADES

No es posible concebir un sistema judicial en que los jueces sean enteramente independientes para adoptar sus decisiones y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento sin que, al mismo tiempo, deban responder personalmente cuando actúen con abuso, con dolo o con negligencia culpable en el cumplimiento de sus funciones y ello cause un perjuicio o daño de carácter moral o patrimonial a los particulares.

La naturaleza y grado de esta responsabilidad puede ser diferente, así como la forma de hacerla efectiva, pero lo que no puede aceptarse es que carezcan de ella.

Por otra parte, además de la responsabilidad que les cabe a los jueces frente a los justiciables, existe la responsabilidad política y funcionaria que sanciona la forma como desempeñan su delicada función. La potestad conferida por el pueblo o soberano para ejercer la jurisdicción en su nombre, lleva implícita la idea de rendición de cuentas, como cualquier otra autoridad elegida por el pueblo o designada por sus representantes. El profesor Russel Wheeler, pone de manifiesto que en los Estados Unidos de América la responsabilidad de los jueces significa desde el punto de vista más elemental "que su autoridad proviene del pueblo y que pueden ser escogidos o removidos del cargo directamente por el pueblo, por ejemplo, mediante elecciones o escogidos y destituidos indirectamente por el pueblo, es decir por sus representantes". Nos agrega seguidamente que "la organización administrativa y los procedimientos de los tribunales americanos están destinados a proteger tanto la responsabilidad como la independencia"[4].

4. Russel Wheeler, Conferencia principal dada en Seminario organizado en 1988 por el Instituto de Est. Judiciales, la Universidad D. Portales y la Embajada de Estados Unidos, denominado "La independencia del Poder Judicial".

Fácil es imaginar que la libertad de los jueces para juzgar, sin que les asista responsabilidad alguna, podría conducirlos a la arbitrariedad. Importaría, además, atribuirles un poder del que no debe gozar ningún hombre, esto es, ejercer su potestad sin darle cuentas a nadie de sus actos como si la fuente de su poder emanara de él mismo, sin otras cortapisas que las que él mismo quisiera libremente imponerse.

Por las razones expresadas, así como postulamos que uno de los presupuestos indispensables de un Estado de Derecho es un órgano jurisdiccional de verdad independiente, queremos dejar claramente establecido, desde ya, que en un sistema semejante los juzgadores deben aceptar la responsabilidad que les cabe frente a los particulares y al soberano.

Es la necesaria contrapartida de la libertad que se les confiere para juzgar.

En Chile, la responsabilidad de los jueces es de cuatro tipos: penal, civil, disciplinaria y política y en el ordenamiento jurídico chileno se determinan los casos y la forma como ella puede hacerse efectiva. Volveremos sobre este punto más adelante.

Partiendo de los postulados que hemos reseñado, trataremos de visualizar a grandes rasgos, la independencia de que goza actualmente el Poder Judicial chileno, a través de sus tribunales, de sus atribuciones y funcionamiento, así como la responsabilidad que les cabe a los jueces chilenos por su conducta ministerial. También nos referiremos, en igual forma, a diversos problemas suscitados en este campo, como ya lo hemos hecho, y a las críticas vertidas al respecto, que han devenido en una evidente falta de credibilidad del sistema, a tal punto que muchos han diagnosticado una crisis en dicho poder, opinión extrema, que no compartimos.

Finalmente, expondremos una breve síntesis de las sugerencias y fórmulas propuestas para lograr una mayor independencia de la administración de justicia en Chile y de sus jueces en particular, refiriéndonos, de paso, a las actividades desplegadas en este campo por la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, organismo que agrupa alrededor del noventa por ciento de los jueces del país.

3. NOCIONES ELEMENTALES SOBRE EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En la generalidad de las sociedades organizadas, se ha entregado la función jurisdiccional a un órgano especial, servido por profesionales calificados, que ha sido elevado a la categoría de poder del Estado dotándolo de autoridad y cierta autonomía. Se ha reconocido con ello la importancia que reviste esta compleja y delicada función.

El profesor Humberto Nogueira nos dice que "el órgano jurisdiccional está investido de potestad en la medida en que resuelve en forma obligatoria lo que deben ejecutar las partes al dirimir los conflictos existentes entre miembros de la sociedad o entre éstos y las autoridades estatales. Frente a tales hechos las partes tienen la obligación de someterse y acatar, ya que el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de hacer ejecutar coactivamente sus resoluciones" [5].

En la Constitución Política de Chile de 1980, se consagra la facultad de imperio de que gozan los tribunales chilenos para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten. En uso de esta facultad "pueden impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren"[6].

La potestad que goza este órgano de poder emana, según se ha dicho, del conjunto de integrantes de la sociedad de que se trate, jurídicamente organizados. De esta manera su actividad, según nos explica el profesor Ricardo Gálvez, "es la expresión de la soberanía nacional y se caracteriza por estar encargado especialmente de la justicia y seguridad pública"[7].

Nos resulta claro que la función jurisdiccional es mucho más que administrar justicia en los asuntos o litigios concretos planteados ante los tribunales y, desde luego, bastante más que aplicar pura y simplemente la ley escrita para resolver dichos asuntos y conflictos.

---

5. Humberto Nogueira A., "El Poder Judicial Chileno, su crisis actual y vías alternativas de solución", Editado por el Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1988, pág. 12.
6. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Art. 73º.
7. Ricardo Gálvez Blanco, "La Autonomía judicial en Chile", Editado por la Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Univ. Católica de Chile, 1987, pág. 69.

La misión de los tribunales, como garantes del Derecho y la Justicia, los erige en uno de los pilares en que se asienta la paz en las sociedades modernas y en tutelares de los derechos fundamentales de las personas, según ha quedado dicho.

Para llevar a cabo estas funciones tan relevantes y trascendentes, es primordial que los tribunales gocen de plena independencia y autonomía. Deben estar en condiciones, en todo momento, de ejercer su potestad sin subordinación ni sometimiento a los actos de autoridad de otros órganos de poder y libres de las presiones e influencias que interesados o terceras personas pretendan ejercer en su contra. Impartir justicia "requiere de gran competencia e independencia total como todas las de la magistratura", como ha expresado S.S. Juan Pablo II[8].

Por otra parte, también nos resulta claro que la independencia no es un fin en sí misma sino un medio para lograr otro fin: obtener una decisión justa. El profesor R. Wheeler nos dice que "el juez no es el beneficiario principal de la independencia. Los beneficiarios principales son aquellos que someten sus disputas al fallo de un juez"[9].

Si se mira este asunto desde esta perspectiva, todos los componentes de aquellas sociedades en que los jueces reclaman una mayor independencia deberían sumarse a ellos prestamente, hasta obtenerla, no sólo como un valor deseable de su cultura jurídica sino que además, conveniente.

Sin embargo, si bien aparece indubitado que los jueces deben gozar de la mayor independencia posible, la dificultad en lograr consenso comienza cuando se trata de precisar el sentido y alcance de esta independencia.

Atendida la naturaleza de este trabajo, nos limitaremos a expresar que, en nuestro concepto, la independencia de los tribunales consiste fundamentalmente en la facultad de ejercer la jurisdicción confiada, conforme a los dictados de la sana razón y recta conciencia, sin interferencias de otras personas u órganos de poder que importen coacción, menoscabo, subordinación o influencia en sus actos y decisiones.

8. S.S Juan Pablo II, 2 de Diciembre de 1983.
9. Russel Wheeler, Id. pág. 5.

El profesor Keith S. Rosenn, proponiendo una noción de ella, manifiesta que la "la independencia judicial es el grado en el que los jueces realmente deciden de acuerdo con sus propios conceptos sobre las pruebas del Derecho y de la Justicia, libres de toda coerción, castigo, interferencia, adulación o amenaza proveniente tanto de las autoridades políticas como de los particulares"[10].

De acuerdo con estos conceptos, la función de juzgar es de carácter aséptica, incontaminada; fruto puro, directo y único de la actividad intelectual del juez, informada y reflexiva.

A los funcionarios de la administración de justicia y colaboradores de ella, a los órganos policiales y de investigación, a los litigantes y terceros que sean requeridos por el juez, sólo les cabe en el proceso la intervención precisa que les acuerda la ley o que les solicita el juez.

En el ordenamiento jurídico chileno se previene que los jueces deben abstenerse de dar oído a toda alegación que las partes o terceras personas, a nombre o por influencia de ellas, intenten hacerles fuera del tribunal[11].

Conviene puntualizar que la independencia de los jueces es necesaria no sólo para la toma de decisiones que pongan término al juicio, sino que debe abarcar toda la actividad que despliegan aquellos para decretar y realizar los actos de instrucción del proceso y recopilación de pruebas y antecedentes que les permitan descubrir la verdad histórica sobre la que basarán su sentencia futura. De esta manera podrá preservarse la creatividad y la inmediación, dos de los principios generadores de una justicia inquisitiva y directa.

Interesa señalar, asimismo, que la independencia institucional del órgano jurisdiccional, como poder del Estado, es cosa diversa de la independencia con que los jueces ejercen la jurisdicción. La primera se encuentra correlacionada con los otros órganos de poder y la segunda mira a la actividad y decisión personal de cada juez frente a los casos concretos que se le plantean; esta última, como dice el Profesor Rubén Galecio, "no puede verificarse sino en cada caso, cuando en verdad es puesta a prueba"[12].

10. Keith Rosenn, "La protección de la Independencia del Poder Judicial en Latinoamérica", publicación de la Revista de Derecho Interamericano de la Universidad de Miami, 1987.
11. Código Orgánico de Tribunales, Art. 320.
12. Rubén Galecio Gómez, "El juez en la crisis", Julio de 1966, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIII.

Es perfectamente posible que dentro de un sistema judicial más o menos independiente y autónomo, existan jueces que, por diversos motivos, se sometan en ocasiones a influencias o presiones, o cedan a tentaciones de distinto grado y naturaleza, incurriendo en prevaricación o torcida administración de justicia. Como nos señala Rubén Galecio, la justicia "pueden torcerla también los propios magistrados si son tímidos o ambiciosos"[13].

Por el contrario, también es posible concebir que dentro de un sistema judicial que goce de poca o relativa independencia, existan magistrados que, respondiendo a imperativos de conciencia, y aun con riesgo personal, den testimonio válido para juzgar y actuar.

En los países latinoamericanos en que no existe el "precedente" obligatorio de los sistemas anglosajones, como ocurre en Chile, la libertad del juez para decidir las controversias en el sentido que estime justo, se plantea también en la forma como esa misma clase de problema ha sido resuelto por sus superiores en ocasiones anteriores. Dicha jurisprudencia no lo obliga, si bien, es preciso que sea analizada atentamente por el juzgador para confrontar los razonamientos en que se apoya con los suyos propios. Ejercerá bien su libertad para resolver, si comparando ambas formas de razonamiento, con actitud imparcial y espíritu abierto, opta por la que encuentre más justa o equitativa para el caso propuesto.

La situación es diferente si la decisión del juez inferior es revocada o modificada por el superior jerárquico en virtud de recursos legales interpuestos por el perdidoso de primera instancia, por la vía de la consulta o revisión obligatoria, o por otro medio. No cabe duda que en este caso la resolución del superior deberá ser acatada por el juez inferior y si se pide su cumplimiento deberá disponerlo.

Ambas clases de tribunales han ejercido debidamente su libertad para fallar.

En esta materia interesa puntualizar que un juez no debiera sentirse halagado o desalentado cuando sus resoluciones son confirmadas o revocadas por el superior jerárquico. Su verdadera satisfacción debiera consistir en haber decidido la controversia planteada con arreglo a Derecho y a su conciencia.

13. Rubén Galecio G., Id., pág. 132.

Insistimos en que es importante que un juez inferior se sienta independiente de sus superiores, incluyendo al tribunal supremo, para actuar y decidir, cuando lo hace convencido que le asiste el derecho y la razón. Debe sentir respeto por sus superiores pero no temor reverencial.

Estimamos que es ineludible alertar al juez para que éste aprenda a preservar su propia independencia y, junto con ella, la del sistema de que forma parte. Deben hacerlo con perseverancia y creatividad, lo que en ocasiones puede resultar difícil, dado que el juez no se encuentra encerrado en un castillo almenado, sino que inserto en una sociedad determinada, conviviendo con los justiciales y cuyos problemas políticos, económicos, religiosos, étnicos, familiares y de todo orden, no le son ajenos y pueden condicionar el comportamiento de aquellos en términos de ser tenidos en cuenta al momento de resolver y también su propia posición y conducta.

Situándonos en el campo de los problemas, tratemos de imaginar al juez-persona frente al juez-funcionario, haciendo entre ellos una disección. Por una parte tendríamos valores, principios, creencias, sentimientos, afectos, temores, deseos y un sinnúmero de factores de orden interno y sicológico que dicen relación con el juez como persona, y por la otra, un conjunto de normas y criterios, conocimientos y experiencias que conforman el deber ser del juez como funcionario. La colisión entre estos dos jueces imaginarios es perfectamente posible y de hecho ella se produce con frecuencia en el fuero interno del juzgador. El resultado de esta colisión o pugna puede afectar la libertad del juez si no logra encontrar el punto de equilibrio y armonía para resolver.

Por su importancia, merece destacarse una alternativa que muchas veces ha puesto a prueba a los jueces chilenos: la aplicación de la norma escrita pura y simplemente para resolver conflictos concretos o la interpretación de ella a la luz de los grandes principios del Derecho y de la equidad, para hacerla coincidente con la solución que se estima justa. El predominio de la Escuela Positivista en Chile tuvo gran influencia en el comportamiento de los jueces y hasta hace poco esta posición no tuvo contrapesos en el campo de la cultura jurídica del país. Sin duda que ella contribuyó en gran medida a coartar la actividad creadora de los jueces, afectó su independencia y mutiló su personalidad.

Afortunadamente, desde hace unos años, se ha iniciado en Chile un movimiento renovador en este sentido que impugna la concepción normativista del Derecho, impulsado por académicos de prestigio, abogados y algunos jueces. Constituye una prueba de lo que expresamos, la jurisprudencia de los tribunales, especialmente en materia de daño moral y responsabilidad, que no ha requerido de modificaciones a los textos legales para innovar en esta materia.

En Enero de 1988 tuvo lugar en la ciudad de Santiago un interesantísimo seminario sobre la Cultura Jurídica chilena al que asistieron jueces, profesores y abogados, en el que se debatió, entre otras materias, precisamente los tópicos que se han señalado[14].

El profesor Jorge Correa Sutil visualiza como convicciones y creencias características de la cultura jurídica chilena –que, reiteramos, comienza a ser impugnada– entre otras, las siguientes: "la aplicación y creación del derecho con actividades completamente distintas; la creación del derecho compete a los órganos políticos, en tanto que su aplicación corresponde al Poder Judicial; la función judicial tiene un carácter predominantemente lógico y se reduce a deducir el contenido de los fallos de las normas abstractas y generales de la legislación; y el juez es considerado esclavo de la ley y no puede llevar a cabo ninguna apreciación estimativa del texto de la ley ni de los efectos de su aplicación"[15].

A propósito de alguna de estas características, e interviniendo en el Seminario referido anteriormente, sostuvimos que "tras la creencia en el monopolio otorgado a la ley como fuente del derecho, palpita a veces la idea de que toda ley, por el solo hecho de serlo, contiene elementos de justicia. Esta creencia es más fácil que prospere en un sistema democrático de gobierno, puesto que, en tal caso, los legisladores se encuentran de hecho más atentos, y son consiguientemente más permeables, a las convicciones que acerca de la justicia prevalezcan en la comunidad nacional. En un régimen de concentración de poderes del Estado resulta mucho más difícil que el legislador consiga

14. Seminario "La Cultura Jurídica", 7 y 8 de Enero 1988, Santiago, organizado por la Corporación de Promoción Universitaria.
15. Jorge Correa Sutil, "La Cultura Jurídica Chilena", Edit. por C.P.U. en 1988, pág. 139.

plasmar en sus leyes los elementos de justicia que interesan mayormente a la sociedad"[16].

Finalmente, deseamos cerrar este capítulo con unas brevísimas reflexiones acerca de los temores y de los sobornos, como condicionantes de la libertad para resolver.

Los jueces, como toda persona, no están libres de padecer temores y amenazas; por desgracia algunas de esta últimas se han concretado y buena prueba de ello son los lamentables sucesos que han conmovido al país hermano de Colombia. Por otra parte, el soborno ha sido también empleado para torcer la voluntad de los jueces, a veces disfrazado sutilmente. El profesor Keith S. Rosenn resalta el papel que pueden jugar los particulares "al mirar la independencia del juez por medio del soborno o la intimidación. Un juez cuyo voto puede ser comprado con dinero, regalos o favores, difícilmente puede ser independiente. Tampoco lo es aquel cuya decisión está motivada por el temor de la seguridad personal o la de sus seres queridos"[17].

4. MEDIOS PARA AFIANZAR LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Los estudiosos en esta materia coinciden al menos en dos de los medios que se estiman necesarios para obtener y mantener la independencia de los jueces: la inamovilidad en sus cargos mientras desempeñen debidamente sus funciones y la seguridad en el pago de sus remuneraciones.

Ambos medios tienden a prestar una razonable seguridad a los magistrados en el sentido de que no serán removidos o destituidos cuando adopten resoluciones que otros órganos de poder estimen lesivas a sus intereses, o que les serán retardadas sus remuneraciones como un medio de compelerlos a actuar en una forma determinada.

En Chile ambos medios son respetados con respecto a todos los jueces. La Constitución Política dispone que los jueces permanecerán en sus cargos mientras dure su buen comportamiento[18]. Por otra parte, oportunamente reciben sus estipendios mensuales por intermedio de la Oficina de Presupuestos dependiente de la Corte Suprema

16. Germán Hermosilla Arriagada, Id., pág. 132.
17. Keith S. Rosenn, Id., pág. 10.
18. Constitución Política de la República de Chile, art.77º.

de Justicia, con fondos que ésta recibe del erario nacional y que son contemplados anualmente en el presupuesto de la Nación.

Empero, debe señalarse, que no es suficiente el respeto a los medios referidos, si bien, ambos coadyuvan grandemente a la independencia de los tribunales, cuando subsiste una excesiva ingerencia de los otros órganos de Poder, especialmente del Ejecutivo en el sistema de nombramiento de los jueces.

Tampoco basta contar con remuneraciones seguras, si ellas son exiguas y si periódicamente los jueces deben instar por un mejoramiento económico.

Y, tampoco son bastante, cuando no se asigna al Poder Judicial los medios necesarios para mejorar materialmente el servicio y dotarlo de medios modernos y eficientes.

Todas estas insuficiencias, lamentablemente, se han presentado en nuestro país y esta situación la han hecho presente, en más de una ocasión, presidentes de la Corte Suprema de Justicia en la oportunidad en que les ha correspondido inaugurar el año judicial.

Con mayor vehemencia y precisión, han reclamado de este trato económico, injusto e inconveniente para el servicio, los jueces de la República, agrupados en la Asociación Nacional de Magistrados.

En materia económica existe una lamentable confusión. Quienes detentan el Poder Ejecutivo estiman, en la mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos Chile, que los jueces son empleados de carácter administrativo del Estado, con ciertas prerrogativas especiales atendida su naturaleza, pero al fin y al cabo, empleados que deben regirse por las mismas normas, según ellos, que el resto de la administración pública. Por tal razón y también por otras de carácter político se resisten a otorgar al Poder Judicial la autonomía económica que les permitiría mejorar el servicio.

La conciben como un desprendimiento de una cuota de poder.

El principio de la inamovilidad de los jueces en Chile, tiene actualmente la limitante de la edad, ya que éstos no pueden continuar desempeñando sus funciones después de cumplir 75 años. Esta limitación es nueva y la impuso la Constitución Política de 1980[18(bis)].

18(bis). Constitución Política de la República de Chile, Art.77º

Es interesante consignar que la prerrogativa de la inamovilidad cesa en nuestro país en seis casos distintos, en todos los cuales el denominador común es el comportamiento indebido de los jueces:

a) por haber sido condenado por crimen o simple delito, con excepción de los delitos de la seguridad interior del Estado;[19]
b) por remoción acordada por la Corte Suprema de Justicia en conformidad con la Constitución; puede ser decretada a solicitud de parte interesada, por requerimiento del Presidente de la República, o de oficio, por el propio tribunal supremo;[20]
c) por remoción dispuesta por la Corte Suprema en virtud de haber sido calificado el juez en lista Nº 4, o por dos veces consecutivas en lista Nº 3,[21]
d) por sentencia ejecutoriada, recaída en el juicio de amovilidad en que se declare que el juez no ha tenido el buen comportamiento exigido por la Constitución;[22]
e) por haber sido declarado responsable criminal o civilmente de algún delito cometido en razón de sus actos ministeriales y,[23]
f) por declaración de culpabilidad en lo que toca a los magistrados superiores de justicia, efectuada por el Senado, por haber incurrido éstos en notable abandono de sus deberes. Esta causal se refiere a los ministros de Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema[24].

Como una manera de garantizar la independencia de los tribunales de justicia, proponemos que los dos medios, comúnmente aceptados: inamovilidad mientras dure el buen comportamiento de los jueces y seguridad en sus remuneraciones –que deben ser adecuadas y acorde con la función de éstos– se incorporen al ordenamiento jurídico de la sociedades, con el debido rango, y en lo posible se procure que ellos sean incorporados a su cultura jurídica.

Como contrapartida, también postulamos que se incorporen a dichos ordenamientos, los mecanismos para hacer efectiva la respon-

19. Código Orgánico de Tribunales, Art. 332º Nº1.
20. Id.Art.332º Nº 3º.
21. Id. Arts. 227º y 332º Nº 3.
22. Id. Art. 332º Nº 4.
23. Id. Art. 332º Nº 9.
24. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Art. 49º Nº 1.

sabilidad de los jueces cuando éstos no hagan un uso debido de su potestad, cuando falten a sus obligaciones ministeriales y, con mayor razón, cuando prevariquen o cometan delitos en contra de los particulares.

5. OTROS MEDIOS QUE CONTRIBUYEN A MANTENER LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES

5.1. Sistema de Nombramientos y Ascensos

Además de los medios referidos existen otros que, directa o indirectamente, contribuyen a obtener y a afianzar la independencia de los tribunales.

Desde luego, el sistema de nombramientos y ascensos.

La ingerencia excesiva del Poder Ejecutivo en la designación de los jueces, puede afectar la independencia de éstos cuando el elector no se encuentra obligado a respetar los antecedentes de los postulantes, de acuerdo con pautas preestablecidas, lo que lleva ínsita la discrecionalidad y el favorecimiento de aquellos que el Gobierno estima ideológicamente afines.

Los países han concebido diversos sistemas para el nombramiento y promoción de los jueces, desde la elección directa, por sufragio popular, hasta la autogeneración del propio Poder Judicial. Dentro de ellos han tenido gran aplicación los denominados sistemas mixtos, en que intervienen dos o tres de los Poderes del Estado y en los cuales uno o dos de éstos proponen a uno o más candidatos y uno aprueba, rechaza o elige.

En países como España, Portugal, Francia, Perú y Venezuela, se ha creado un organismo de alto nivel que, entre otras funciones, tiene la de intervenir en la designación de los jueces y en él participan representantes de los poderes del Estado y de otros organismos vinculados al Derecho. Se denomina de distinta manera: Consejo Superior de la Magistratura (Italia), Consejo General del Poder Judicial (España), Consejos de la Magistratura (Perú).

En Chile, el sistema de nombramientos y ascensos de los jueces es de carácter mixto. El Poder Judicial propone una lista de tres o cinco personas y el Poder Ejecutivo elige a una de ellas, nombrándola mediante Decreto.

En nuestro ordenamiento jurídico las principales normas que regulan este sistema se encuentran establecidas en la Constitución Política[25] y las complementarias en el Código Orgánico de Tribunales, que tiene el rango de Ley Orgánica Constitucional, lo que implica que no puede ser derogada o modificada sino oyendo previamente a la Corte Suprema de Justicia y en virtud de los votos de los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio[26].

De acuerdo con estas normas, para la designación de ministros y fiscal de la Corte Suprema, ese mismo tribunal, sin previo Concurso de antecedentes, en votación secreta y por la mayoría absoluta de sus miembros, procede a confeccionar una lista de cinco personas, en la que pueden figurar personas extrañas a la carrera judicial[27]. Se encuentra obligada a respetar un cupo para el ministro de Corte de Apelaciones más antiguo, siempre que éste se encuentre incluido en lista de méritos y exprese su interés en postular[28].

Para la designación de ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones, debe abrirse un Concurso por el término de diez días, a fin de que los interesados puedan oponerse. Expirado este plazo, la Corte Suprema, reunida en pleno, mediante votación secreta y por la mayoría de sus miembros, elige a dos personas por méritos, una de las cuales puede ser también extraño al servicio, y también debe respetar un cupo para una tercera persona que, en este caso, es el juez civil o del crimen de asiento de Corte de Apelaciones del país más antiguo, que figure en lista de méritos y que exprese su interés en concursar[29].

Por último, para el nombramiento de jueces y demás funcionarios auxiliares de la administración de justicia –Secretarios, Defensores Públicos, Procuradores del Número, Receptores, Notarios, Conservadores, Archiveros y Asistentes Sociales– las Cortes de Apelaciones respectivas, deben asimismo, abrir Concurso por diez días para recibir las oposiciones de los interesados y terminado este plazo, proceden también a formar una terna, reunidos en pleno, por la mayoría de los votos emitidos en secreto de sus integrantes. Para proveer el cargo de

25. Id.Arts. 74 y 75.
26. Id.Art.63.
27. Id. Art.75.
28. Id. Art.75 y Cód. Orgánico de Trib., Art..283.
29. Id.Art. 75. Id.Art.283.

juez letrado, existe también el derecho propio, constituido por el juez civil o del crimen más antiguo de la categoría inmediatamente inferior, que figure en lista de méritos y que exprese su interés en postular[30].

Debe agregarse que dentro del sistema, sucintamente esbozado, existen normas que otorgan un derecho preferente a ciertos candidatos y otras que reglamentan los requisitos que deben reunir los postulantes y que miran a la edad, título, antigüedad, categoría en la que se halla situado, lista calificatoria y medidas disciplinarias impuestas.

Es interesante subrayar que, por una parte, no existe en Chile un verdadero Concurso de antecedentes, ya que basta una simple oposición mediante un telegrama o un télex y, por otra, que pueden postular personas extrañas a la carrera judicial a casi todos los cargos, excepción hecha únicamente de los cargos de jueces de capital de provincia y de asiento de Corte de Apelaciones.

Si bien, existe en nuestro país un Escalafón General del Poder Judicial que incluye a todos los ministros, jueces y auxiliares de la administración de justicia, en la actualidad este Escalafón, por más que conforme una pirámide, no instituye propiamente una carrera judicial, aun cuando clasifique a sus componentes por categorías y antigüedad, debido precisamente al hecho de que pueden ingresar personas extrañas al servicio y que los méritos y antecedentes de los que postulan para ascender, no resultan obligatorios para la Corte Suprema ni para las Cortes de Apelaciones. Sólo deben respetar las limitaciones ya señaladas, en orden al derecho propio, al derecho preferente y a los requisitos de tipo legal.

Las cinquenas y ternas aludidas son remitidas al Ministerio de Justicia con el objeto de que el Presidente de la República nombre a una de las personas propuestas; para ello no se encuentra sometido a ninguna regla ni cortapisa, ni debe pedir la aprobación de ninguna otra autoridad, ni siquiera en el caso de los ministros de la Corte Suprema.

Otra observación importante que merece destacarse, es que en el sistema chileno la actuación de los tribunales colegiados se limita a la confección de ternas y cinquenas y esta facultad se encuentra diluida, puesto que es ejercida por varias personas en forma simultánea: todos los miembros de la Corte Suprema y de las Cortes de

30. Id. Art. 75º. Id. Arts. 279º y 284º.

Apelaciones que intervengan en el pleno. En cambio, la intervención del Poder Ejecutivo resulta preponderante, ya que es una sola autoridad la que nombra, el Presidente de la República, y como se trata de una facultad discrecional la que utiliza, la opción que realiza importa, en esencia, más que el reconocimiento de los méritos y antecedentes personales de los candidatos, una decisión voluntaria del elector que lleva ínsito su favorecimiento.

A lo anterior debe agregarse que como no existe un verdadero Concurso de antecedentes o un mecanismo de evaluación objetivo de conocimientos y aptitudes, se ha hecho costumbre que los candidatos concurran personalmente al Ministerio de Justicia a solicitar sus nombramientos y ascensos, haciendo presente sus merecimientos o pidiendo que otras personas lo hagan por ellos, todo lo que resulta desdoroso para la dignidad de los jueces y funcionarios.

En más de una Convención Nacional de Magistrados se han alzado voces en contra de este sistema pidiendo su revisión.

Estimamos que ya resulta ineludible en Chile, realizar un estudio muy profundo sobre la materia, en el que intervengan jueces, profesores de Derecho y abogados, para que, junto con las autoridades pertinentes, y en base a criterios comunes, se aboquen a una reforma estructural que cumpla dos finalidades básicas: mejorar la administración de justicia mediante la elección de los jueces más idóneos y capaces y conformar una verdadera carrera judicial; que haga justicia a los merecimientos de los candidatos, sin la intervención de influencias extrañas y en virtud de procedimientos que no menoscaben la independencia ni la dignidad de la judicatura.

5.2. Formación y Capacitación de los Jueces: Escuela Judicial

Pensamos que coadyuvaría en gran medida a reafirmar la independencia de los jueces su adecuada formación y capacitación a través de un sistema globalizado, que debería considerar el establecimiento de una Escuela Judicial.

En esa Escuela no sólo se habilitaría a los profesionales más idóneos para ingresar a la carrera judicial, sino que se perfeccionarían, actualizarían y profundizarían los conocimientos de los jueces en servicio, y tanto a unos como a otros, se les ayudaría a encontrar valores éticos y conductas deseables para la administración de justicia. Entre ellos, debería ocupar un lugar preferente, el estudio profundo

y sistematizado de la independencia de los tribunales, lo que podría complementarse con el análisis de casos concretos, mediante talleres o mesas redondas, buscando la participación activa de jueces y aspirantes.

Atribuimos gran importancia a la preparación y formación de los jueces, ya que estimamos que el conocimiento también constituye en sí una forma de liberación y de independencia, con mayor razón si va acompañado de valores que lo complementen.

La Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, creó hace ya dos años, un "Instituto de Estudios Judiciales", para centralizar toda la actividad que se estaba realizando en este campo. De dicho Instituto depende un Centro de Documentación que ha recopilado interesantes trabajos de investigación de distinguidos magistrados, abogados y profesores y que se distribuye a todos los asociados en forma gratuita. Se trata de un abundante material de conocimiento y consulta que presta útiles servicios a los usuarios[31].

La Asociación Nacional mencionada, por medio de su Instituto, ha programado y llevado a cabo innumerables conferencias, seminarios, mesas redondas, talleres y otros eventos de este carácter, en el que han participado jueces, funcionarios, abogados y profesores de todo el país y del extranjero. Ello ha sido posible mediante Convenios con Universidades e Institutos Privados y el financiamiento de entidades nacionales y de otros países.

En estas jornadas de estudio se han examinado diversos problemas relativos a la judicatura, desde un punto de vista doctrinario y práctico, y se les ha brindado a los jueces la oportunidad de adentrarse en el tratamiento de materias relacionadas con la justicia y con la ciencia del Derecho, en general.

Actualmente, y debido al crecimiento de este Instituto, se lo está organizando como una Fundación, con mayor autonomía y con personalidad jurídica, lo que permitirá que formen parte integrante de él, abogados y profesores. Cuenta ya con un local propio, cedido en comodato por la Corte Suprema de Justicia y con una adecuada infraestructura para la atención de los asociados. Con el tiempo esperamos que sea un buen punto de partida para la futura Escuela Judicial que reclaman los jueces y cuya ausencia éstos han tratado paliar aun sin el apoyo de las autoridades.

31. Convención de la Asociación Nacional de Magistrados de 1987.

5.3. Organos Policiales sometidos o fiscalizados por los tribunales de justicia

Si bien los jueces son los que dirigen la investigación y mediante la aplicación del principio de la inmediación, toman contacto directo con las partes, testigos y antecedentes materiales del proceso, es evidente que personalmente no pueden seguir huellas o pistas, perseguir a sospechosos, aprehenderlos, allanar por la fuerza lugares cerrados, hacer encuestas entre el vecindario o efectuar pericias de todo tipo. Para realizar estas tareas dependen de la Policía y órganos auxiliares a quienes se las cometen.

Resulta fácil comprender que si el servicio de policía no depende de ellos o no se encuentra sujeto a su fiscalización, las órdenes de investigación impartidas quedarán entregadas al cumplimiento que dichos agentes les den en la práctica. Puede ocurrir que necesidades del servicio policial, no coincidentes con las judiciales, requieran una mayor dedicación de los agentes, lo que redundará en una dilación o podrá complotar contra el éxito de las pesquisas.

Un problema delicado puede presentarse, cuando en el hecho delictivo que se investiga se encuentran involucrados personeros o funcionarios del Gobierno y que de una u otra forma pueden hacer sentir su influencia ante ellos. El problema se agravará cuando esos agentes de policía se sientan parte integrante del Gobierno, lo que suele acontecer en las dictaduras o gobiernos autoritarios, ya que esta postura puede conducirlos a un ocultamiento o desfiguración de la verdad, o, por lo menos, a desinteresarlos en la prosecución de la investigación.

En Chile, los servicios policiales que colaboran con los tribunales de justicia y que deben proporcionarle la fuerza pública, están constituidos por "Carabineros de Chile" y por la "Policía de Investigaciones", ninguno de los cuales dependen del Poder Judicial sino del Ministerio de Defensa Nacional. "La magistratura no tiene ingerencia alguna en su dirección, organización, designación, funcionamiento, etc. habiéndose suprimido la escasa intervención que tuvo en la calificación de los detectives"[32].

Además, los organismos periciales como el Instituto Médico Legal, Laboratorio de Criminalística y Comisaría de Accidentes del Trán-

32. Ricardo Gálvez B., Id. pág. 75.

sito, a quienes deben encomendarse las pericias, tampoco dependen de los tribunales.

Sin embargo, cuando en la investigación de un caso criminal, los tribunales chilenos no han logrado establecer la existencia del cuerpo del delito o la determinación de sus autores, cómplices o encubridores, se les ha atribuido toda la responsabilidad en el fracaso de la investigación, lo que se ha acentuado cuando el hecho ha causado alarma pública o el hecho criminal investigado presenta una clara connotación política. Como los jueces no pueden defender públicamente sus actuaciones, ni proporcionar datos acerca de los actos de instrucción del sumario, porque es secreto, han cargado en la práctica con dicha responsabilidad, formándose la imagen en la opinión pública de incapacidad o ineficiencia de los jueces.

Se echa de menos un Departamento de Relaciones Públicas del Poder Judicial que, entre otras funciones, tenga por misión informar a la sociedad la actuación de los tribunales y entregue a ésta, en forma precisa y objetiva, los datos que se obtengan como resultado de las pesquisas, cuando esta información no sea susceptible de frustrar el éxito de las diligencias o de causar perjuicio a la honra de las personas. De esta forma se evitaría el acoso frecuente de que son objeto los magistrados que sustancian casos noticiosos por parte de los periodistas y no se ventilaría por los diarios un proceso paralelo al real, no siempre coincidente con éste.

Estimamos que el imperio de que se ha dotado a los jueces chilenos por la Constitución no es suficiente, por más que la autoridad requerida deba cumplir sin más trámites el mandato judicial, sin que le corresponda calificar su fundamento y oportunidad ni la justicia o legalidad de la resolución [33], en atención a que no disponen de medios directos y coercitivos en contra de quienes son requeridos y no dan un cumplimiento satisfactorio a lo pedido.

En raras ocasiones y con mucha delicadeza y prudencia, los magistrados se han quejado de la falta de colaboración que han encontrado en los servicios policiales chilenos, no obstante que es un hecho indesmentible que muchas investigaciones criminales han fracasado pese a los esfuerzos de los jueces del crimen y ministros en visita por esclarecer los hechos y descubrir la verdad. Por supuesto, no todos

33. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Art.73º.

los jueces han demostrado la misma perseverancia, imaginación o resolución, pero, en todo caso, pensamos que los jueces chilenos habrían llegado mucho más lejos si hubieran contado con una Policía Judicial.

Por la experiencia recogida, estimamos altamente aconsejable, que los tribunales de justicia asuman un grado de control sobre todos los organismos policiales y periciales establecidos en el país con este objeto, o, por lo menos, de la Policía de Investigaciones, quedando sus agentes y funcionarios bajo su fiscalización inmediata con respecto al cumplimiento preciso de la diligencia encargada. Para hacer efectiva esta fiscalización, los tribunales deberían contar con facultades para amonestarlos o aplicarles algún tipo de medidas administrativas o disciplinarias, en caso de reiteración o contravención manifiesta a sus órdenes y sin perjuicio de intervenir en sus calificaciones anuales.

Creemos que lo anterior se facilitaría enormemente con la adscripción de agentes o detectives de la Policía de Investigaciones, o de Unidades especializadas de ésta, al servicio exclusivo de los tribunales de justicia.

6. BREVES REFLEXIONES FINALES

Estamos firmemente convencidos que la independencia plena de los tribunales, aun cuando se dieran todos o casi todos los medios que hemos reseñado para lograrla y afianzarla, no sería posible sin la libertad interior, sin la posición realmente independiente de los jueces, sin que éstos sintieran la necesidad premiosa de expresarla en sus actos jurisdiccionales.

Es por este convencimiento que enfatizamos acerca del descubrimiento e incentivación de valores deseables en la formación de los jueces y de proporcionarles ocasión y ayuda para que adquieran conciencia sobre la verdadera importancia de estos valores para el desempeño de sus cargos.

En definitiva, son los jueces los que ponen su sello personal en la administración de justicia y un Poder Judicial no es más que lo que son sus jueces.

Quisiera terminar este trabajo con las palabras con que el profesor Rubén Galecio terminó el suyo, titulado "El juez en la crisis", por

estimarlas plenamente vigentes: "Si el concepto de juez es una idea-símbolo, también es una idea-fuerza: es un motor de la paz social en la lucha contra la arbitrariedad, la delincuencia y el abuso. Si la sociedad actual aprovecha esta fuerza, encauzándola con inteligencia y buen sentido, ella puede contribuir caudalosamente a lo que es más imprescindible para una Democracia: la fe del pueblo en el Derecho"[34].

34. Rubén Galecio G., Id pág. 140.

LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA Y DE LA ABOGACÍA COMO EXIGENCIA Y COMO PROBLEMA EN ESPAÑA

EXPONE: JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ
Ex-Defensor del Pueblo,
España

PREÁMBULO

No por ritual cortesía, sino como expresión de mi sentimiento muy hondo, felicito a los organizadores de esta Conferencia Internacional por su acierto -y su coraje- en la elección del tema que aquí nos congrega; y les agradezco su amable y generosa invitación a compartir su esfuerzo.

Un esfuerzo tan noble como urgente porque todos somos conscientes de dos de las más notorias dimensiones de una interpelante realidad actual: la *positiva* de que sólo una imparcial y eficaz administración de justicia es la mejor garantía del respeto a los derechos humanos fundamentales, en cualquier lugar del mundo; y la *negativa* de que en demasiados países, sobre todo, en los de regímenes autocráticos o dictatoriales, pero también -por desventura- en muchos de democracia pluralista, el denominado más o menos sinceramente Poder Judicial carece de la independencia indispensable para cumplir satisfactoriamente su fundamental función de juzgar con equidad y hacer ejecutar con energía lo juzgado.

Sin perjuicio de quedar abierto, como todos los componentes de esta sugestiva *Mesa Redonda*, al coloquio ulterior, entre nosotros mismos, y con quienes nos estimulan con su presencia aquí, procuraré no alejarme del tema que se me ha asignado -*Poder Judicial y Estado de Derecho en España*-, y no desbordar los minutos que se nos han concedido, aunque tenga que comprimir mis reflexiones sobre los tres siguientes puntos:

a) *El Poder Judicial* y el problema de su *independencia ideal* –en esencia, en abstracto,– en cualquier nación del mundo, y su gradual y *problemática cristalización positiva* en los *ordenamientos jurídicos vigentes.*

b) *Incorporación de la España democrática* a ese proceso, con sus logros, y sus carencias y tropiezos.

c) El *significado histórico de ese reto* para nuestros Pueblos, y la necesaria e *impostergable cooperación* dentro de cada uno de ellos y en la esfera internacional para lograr aproximarse lo más posible a una cota de *independencia realizable.*

I. INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA –Y, POR CONEXIÓN, LA DE LOS DEMÁS OPERADORES JURÍDICOS–, EN SÍ MISMA Y EN SU PROCESO HISTÓRICO DE REALIZACIÓN

1. *Permítaseme detenerme unos instantes en esta básica perspectiva de la* independencia en sí misma *–cualquier independencia–, como* conquista moral, *en ligamen con los* valores básicos *de la vida humana.*

a) En primer lugar, hay una conexión inescindible entre *independencia y libertad,* tanto si se ve en la persona individual cuanto si se analiza la independencia de las instituciones e, incluso, la independencia de los Pueblos.

Si acudimos a la definición de independencia en el *Diccionario* de nuestra Real Academia de la Lengua, nos encontramos con que (después de la primera de sus acepciones, que es la de "falta de dependencia"), la segunda recalca el aspecto de la *libertad,* al referirla *sobre todo,* a lo que define una Nación que no es tributaria ni depende de otra. Pero la Real Academia puntualiza, *especialmente,* lo que permite aplicarla también a la libertad de la persona individual. Y cuando se acude a la voz *independiente,* como adjetivo, declara la Real Academia: "Dícese de la persona que sostiene sus derechos u opiniones sin que la *dobleguen ni halagos ni amenazas*". Sin duda es una definición importante para entender el sentido de la independencia, genéricamente hablando, y, en concreto, en relación con la independencia judicial.

En suma, no hay auténtica libertad sin independencia, y no hay independencia sin libertad. Pero, inmediatamente tenemos que reconocer, y esto nos lleva al primero de los grandes problemas, que la

independencia absoluta del ser humano es ontológicamente imposible. El ser humano no es, desde su génesis hasta su extinción, un ser autosuficiente. Es un ser religado a las cosas y a lo demás seres humanos, y para quienes tenemos fe, religado también a Dios.

Hay pues, que tener en cuenta, este carácter no absoluto, sino *relativo* de la noción de independencia, *sus condicionamientos y sus límites.* Pasa en esto lo mismo que con el concepto de libertad. La libertad se puede tomar como una dimensión ontológica de la persona, el ser humano en cuanto que es capaz de elegir, pero, ¿es que eso es suficiente para hablar de libertad del ser humano? San Agustín, distinguió entre lo que llamaba la *libertas minor y la libertas maior.* La "libertad menor" es la libertad de elección; "la libertad mayor" es la libertad de autonomía de la persona: cuando la persona desde lo hondo de su conciencia es rectora de sí misma, de sus propios actos. (Jacques Maritain, traduciendo esa enseñanza a la Etica contemporánea hablaba por eso de "liberté de choix" y "liberté d'autonomie"). Análogamente, siempre que hablemos de independencia tengamos en cuenta que efectivamente hay una base ontológica y psicológica de la independencia, como de la libertad, pero que la libertad y la independencia, son un *camino hacia la plenitud* posible de la autonomía personal, hacia el *pleno desarrollo de la personalidad.*

b) El segundo de los valores, también muy ligado a la idea de la independencia, es el *valor de la igualdad.* Donde no hay igualdad hay falta de independencia; la desigualdad entraña dependencia; la jerarquía, la subordinación, es en mayor o menor medida, una estructura social de dependencia: la dependencia de una persona individual a otra *superior* y, eso se refleja en el lenguaje jurídico, incluso en la nueva Ley Orgánica española del Poder Judicial, cuando habla de los jueces *superiores e inferiores.* Análogamente, en otra perspectiva, se encuentra históricamente ese tipo de estructura de dependencia entre las naciones. El imperialismo es una situación de dependencia y hay todavía imperialismos de diversa índole, bélicos, políticos, económicos, bien conocidos y arduos de superar.

Se trata, pues, de una gran empresa histórica, social y política, a realizar. Mientras que no se logre un *suficiente grado de igualdad,* no *hay plena independencia* ni para el individuo ni para las naciones. Esto nos obliga a ir reduciendo todo lo posible los vínculos artificiales, es

decir, históricos, socio–económicos, socio–políticos, culturales, de dependencia y la promoción de estructuras de igualdad y no sumisión de la persona individual o de las naciones a poderes extraños, y lo mismo ha de decirse del Poder Judicial.

c) Y queda un *tercer valor*, que completa el trilema de la Revolución Francesa: el valor de la *solidaridad*, que es el nombre secularizado que ahora tiene lo que los revolucionarios llamaron *fraternidad*.

Con estas sencillas reflexiones iniciales intento recalcar que el valor de la independencia del ser humano individual, y, ya más *en concreto, de los jueces y de la Judicatura, es un gran problema porque se liga a la realización en la medida de lo humanamente posible de esos tres grandes valores*, y que hay que marcar como contrapunto sus *condicionamiento y sus límites*. Casi de una manera telegráfica señalo los siguientes:

a) El primer límite o condicionamiento de una independencia verdadera es el *respeto a la independencia de los demás seres humanos*. Si no adquirimos conciencia de que para ser cada uno de nosotros independiente tenemos que respetar la independencia de los otros, no habrá auténtica independencia de nadie, y no será posible una verdadera convivencia humana, una convivencia en libertad, igualdad y solidaridad, de la que surja el bienestar colectivo.

b) En segundo lugar, la *asunción consciente*, y en el mayor grado posible *voluntaria*, de las normas, es decir, el respeto y la obediencia a la ley. Ya dijo Cicerón, y con él todos los juristas romanos, que hemos de ser obedientes a la ley para poder ser libres. Si no respetamos la ley –sólo que una ley democráticamente elaborada–, no podemos ser genuinamente libres. Esto afecta directamente a lo que llamaremos la independencia *ad extra* de los jueces y magistrados. Los jueces y los magistrados tienen que estar exentos de cualquier presión *desde fuera*, pero tienen que obedecer a la Norma Suprema, la Ley de leyes, la Constitución y a las normas que la desarrollen. Pero es fundamental insistir en que tienen que ser normas elaboradas con participación activa de los ciudadanos, y ciudadanos son también los jueces, actuando a través de los cauces normales representativos de un Estado de Derecho social y democrático. Una ley sin esa participación, una ley emanada de un poder autocrático, absoluto, puede plantear problemas trágicos para la conciencia de un juez que se resista. Pensemos, por ejemplo, en los que fueron los jueces bajo la Alemania Nazi y las tragedias que luego trataron de dilucidarse en el Tribunal de Nüremberg.

c) Hay un tercer condicionamiento, hacia *dentro de cada* juez. Ya no se trata de obstáculos externos a la independencia, sino de obstáculos *ad intra*. Cualquier persona –y más en concreto, cualquier juez– que quiera ser independiente tiene que actuar con objetividad, con racionalidad, no arbitrariamente, no por pura emotividad, lo cual no quiere decir que no ponga emoción en sus decisiones, sino que la emoción no turbe la objetividad de su razonamiento, y de ahí se deriva también el sentido de la responsabilidad. No puede haber legítima independencia sin asunción de responsabilidad.

En suma, y viniendo a lo concreto, para garantizar la independencia del Poder Judicial en conjunto y de los jueces individualmente considerados, hace falta que se cumplan, a mi juicio, estas cinco *exigencias básicas*:

a) Que el Poder Judicial *emane, en la mayor medida posible del Pueblo en su conjunto*, es decir *de la soberanía nacional, y no de cualquier otro de los poderes del Estado*. No del Poder Ejecutivo, entre otras razones porque los jueces tienen que enjuiciar múltiples veces las acciones del gobierno o Poder Ejecutivo. Ni tampoco del Poder Legislativo, salvo en el momento constituyente, en el momento de formularse la Constitución. En ese momento la Asamblea Constituyente, concentra o encarna, de alguna manera el Poder, que emana del pueblo y plasma en la Constitución, pero una vez promulgada ésta, la independencia judicial se manifiesta también *frente* al Poder Legislativo ordinario, en defensa precisamente del espíritu de la Constitución y de los Pactos Internacionales.

b) Exigencia de una *rigurosa objetividad* en la selección de los jueces y en su formación cultural.

c) *Predeterminación legal del juez* para la atribución a él de los casos que ha de juzgar, (que es el genuino sentido del "juez natural").

d) *Inamovilidad* de los jueces y sistemas *objetivos de promoción*.

e) Respeto a la *independencia interior* de cada juez y asunción por él de la *plena responsabilidad* de sus acciones, (con el máximo auto-control posible y el mínimo hetero-control).

2. *Proceso de la institucionalización y positivación jurídica de la independencia judicial*

a) Por explicables razones de tiempo he de *omitir el análisis histórico* de la gradual asunción jurídico-positiva de esa exigencia ética de respeto y garantía de la independencia de los jueces en su nombramiento y en su actividad; una asunción lenta y penosa desde los regímenes autocráticos y absolutistas del Mundo Antiguo y del Mundo Medieval (caracterizados por la concentración de las máximas funciones, y entre ellas de la función de juzgar, en manos del Rey, es decir del poder soberano y de sus inmediatos colaboradores), hasta llegar al constitucionalismo liberal de los siglos XIX y XX.

Pero no sería justo silenciar que hubo reflejos de dicha exigencia ética en algunos textos normativos de ese largo período secular. Así, en la Magna Carta inglesa de 1215, en cuyo parágrafo 39, se determina que:

> "Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni privado de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la Ley, ni desterrado, ni molestado de manera alguna, y Nos no pondremos, ni haremos poner mano sobre él a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la Ley del país. No venderemos, ni negaremos, ni retrasaremos a nadie el derecho o la justicia".

También en los Decretos del Rey Alfonso IX en las Cortes de León de 1188 y en las pragmáticas de los Reyes de Aragón sobre el Justicia Mayor, en pleno siglo XIV.

Más explícita y sistemáticamente todavía, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, la Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia (promulgada el 12 de Junio de 1776) preceptuó en su Sección 4ta. que "no deben ser hereditarios los oficios de Magistrado, Legislador o Juez"; en su Sección 5ta. añadió que "los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del Judicial"; en su Sección 8va. que en todos los procesos criminales o de pena capital un hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación, a ser confrontada con los acusadores y testigos, a

aducir pruebas en su favor, y a un juicio rápido y un jurado imparcial de 12 hombres de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento no podrá ser considerado culpable; y nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra sí mismo, y no podrá ser privado de libertad, salvo por la ley del Territorio o el juicio de sus iguales.

Y pocos años después, en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789 y que se incluyó en el encabezamiento de la Constitución de 1791, se estableció, en su *art. 7º*, que "ningún hombre puede ser acusado, encarcelado, ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas", y en su *art. 16º* proclamó que "toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución". Y, finalmente, a la luz de ese mismo principio se preceptuó en el *art. 17º* de la Constitución, que "el orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser alterado, ni los justiciables apartados de sus jueces naturales por comisión alguna, ni por otras atribuciones o advocaciones que las determinadas por la ley".

b) Y esos principios básicos inspiraron los preceptos de los *textos constitucionales liberales de los siglos XIX y XX*, comenzando por la *Constitución española de 1812*, que si bien atribuía al Rey la facultad de "nombrar Magistrados de todos los Tribunales civiles y criminales, a propuesta del Consejo de Estado" (artículo 171.4), determinaba en su *art. 172.11* que el Rey no podía privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí, pena alguna, y preceptuaba que "el secretario de despacho" que firme la orden y el juez que la ejecute serán responsables a la Nación y castigados como reos de atentado contra la libertad individual. Y que sólo en el caso que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de una persona podrá el Rey expedir órdenes al efecto, pero con la condición que "dentro de 48 horas deberá hacerlo entregar a disposición del Tribunal o Juez competente". Y en el título V dedicado a los Tribunales y a la Administración de Justicia en los civil y criminal se contenían los siguientes preceptos:

"La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales". (art. 242º). Ni las Cortes, ni el Rey, podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos. (art.

243º). Ningún Español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna Comisión, sino por el Tribunal competente determinado con anterioridad por la Ley. (art. 247º). Para ser nombrado Magistrado o Juez se requiere haber nacido en el territorio español y ser mayor de 25 años. Las demás calidades que respectivamente deban estos tener serán determinadas por las leyes. (art. 251º). Los Magistrados y Jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causas legalmente probadas y sentenciadas; ni suspendidos, sino por acusación legalmente intentada. (art. 252º). Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los Jueces que lo cometieren. (art. 254º). El soborno, el cohecho y la prevaricación de los Magistrados y Jueces producen acción popular contra los que los cometen. (art. 255º). Las Cortes señalarán a los Magistrados y Jueces de letras una dotación competente. (art. 256º). Los Magistrados y Jueces, al tomar posesión de sus plazas jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente la Justicia. (art. 279º). Las leyes arreglarán la Administración de Justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados. (art. 286º).

Y en esa misma línea se manifestaron la Constitución española de 1837 (artículos 63 a 68), la de 1845 (artículos 66 a 71), la de 1869 (artículos 91 a 98, siendo de notar que según el artículo 94º, el ingreso en la carrera judicial sería por oposición, salvo la cuarta parte de Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo que podían ser nombrados directamente por el Rey, pero siempre con la audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos se establecieran por la Ley Orgánica del Tribunal); la de 1876 (artículos 74 a 81) y la de 1931 (artículos 94 a 106).

Análogas garantías aparecen en las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial: la italiana de 1947, (artículos 24 y 25, y artículos 101 a 110); la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículos 97 y 101); la Constitución de la República francesa de 1958 (artículos 64 a 66); la portuguesa de 1976 (artículos 205 a 211); y, finalmente, la Constitución española de 1978 (artículos 24 y 117 a 127, y su desarrollo por la Ley orgánica nº 6/85 de 1º de julio, sobre el Poder Judicial, especialmente su Título Preliminar).

c) Esa toma de conciencia colectiva impulsó, sin duda, la determinación de análogas garantías en la órbita *supranacional*. Así, en la *Declaración universal de los derechos humanos*, de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 se proclamó, en su *art. 10º*, que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído 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". Y en su *art. 11º* que "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Y estos básicos principios cristalizarían después, dentro también de la órbita de las Naciones Unidas, en el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966*, al preceptuar en su *art. 14º* que "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 sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". Y en su *art. 15º* que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, ni se le impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". Y esos mismos derechos figuran en el *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, aprobado por los Estados miembros del Consejo de Europa en 1950, (artículos 6º y 7º) y en la *Convención americana o Pacto de San José de Costa Rica de 1969* (artículos 8º y 9º).

Una evaluación global de todos estos textos normativos pone de relieve los esenciales *avances* conseguidos en ese proceso histórico–jurídico para garantizar en la mayor medida posible la independencia *externa* de los órganos de la Administración de Justicia, respecto a los demás poderes del Estado y frente a presiones o influencias ajenas, sin más sumisión que su acatamiento a la ley; y también, de algún modo, su independencia personal, es decir, la de cada uno de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial en su función de juzgar, como derecho fundamental de cada uno de ellos, y fundamental derecho también de las personas sometidas a enjuiciamiento.

Otra cosa es, que en doloroso contraste subsistan tremendas transgresiones a esos principios en los Estados totalitarios, o simplemente autocráticos y dictatoriales, e, incluso, en determinadas circunstancias también, en los Estados de democracia pluralista. Ello ha motivado, sin duda, que en el seno de las mismas Naciones Unidas y bajo la acción vigilante y propulsora de importantes Organizaciones no Gubernamentales, como la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, haya ido desarrollándose una tenaz y muy importante acción en pro de una *más efectiva protección de esos principios y su reflejo operativo dentro de cada Estado.*

Se trataba de conseguir la aprobación al más alto nivel de un Pacto vinculante sobre los *"Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura"*. La iniciativa fue impulsada decididamente en el "VI Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes", celebrado en Caracas, y después de una elaboración muy cuidadosa, el texto se ratificó y aprobó en el VII Congreso celebrado en Milán en 1985. Pasó luego a los órganos superiores de las Naciones Unidas, cuya Asamblea General los confirmó en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre del mismo año. Hay ya, pues, un avance decisivo de "Declaración" en donde se recoge y se recomienda la observancia y aplicación efectiva de dichos preceptos básicos en todos los Estados, mientras paralelamente se trabaja también en otro texto semejante sobre la independencia de los abogados y demás operadores jurídicos en la administración de justicia, para completar el cuadro de garantías.

En el referido texto internacional sobre la Judicatura, se abordan los principales problemas que hoy deben preocupar a todos cuantos aspiran a lograr un Poder Judicial que sea realmente independiente, en la mayor medida posible. Vale la pena resumir sus puntos fundamentales:

a) La independencia de la Judicatura *será garantizada por el Estado, proclamada por la Constitución* y *desarrollada adecuadamente por la legislación* de cada país, a la luz del espíritu y la letra de esa Declaración.

b) Los jueces resolverán los asuntos de que conozcan con *imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el Derecho, sin restricción alguna y sin admitir influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas,* sean directas o indirectas de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

c) Los jueces *gozarán de libertad de expresión, de creencias, de asociación y de reunión,* si bien, en el ejercicio de esos derechos se conducirán en todo momento de manera que se preserven la dignidad de sus funciones y la *imparcialidad e independencia de la Judicatura,* y tendrán derecho a formar asociaciones para la defensa de sus intereses, con ese mismo espíritu.

d) Ha de cuidarse la *competencia profesional* y, sobre todo, la manera de seleccionar y formar a los miembros de la Judicatura. Se insiste mucho en la objetividad de esos métodos y en la no discriminación por razón de raza, color, sexo, creencias y cualquier otra condición social, (salvo la nacionalidad, pues se establece que, para el nombramiento, puede exigirse que no se trate de un extranjero).

e) Se garantiza, en la mayor medida posible, la *inamovilidad en los puestos de servicio; el secreto profesional y la inmunidad;* y se prevén, finalmente, *garantías* de objetividad en la *adopción de medidas disciplinarias.*

Confiemos en que se cumpla seriamente esa importante Carta Magna de principios básicos sobre la independencia de la Judicatura, y se consolide la de la independencia de los abogados y demás auxiliares de la Administración de Justicia.

II. INCIDENCIA DE ESA CORRIENTE DE INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA, CON SUS AVANCES Y SUS PROBLEMAS

1. *Breve mirada retrospectiva al período anterior a 1976*

Sin necesidad –ni posibilidad aquí y ahora– de remontarnos a tiempos más antiguos (los Concilios VI y VIII de Toledo, en el siglo VII; los Decretos del Rey Alfonso IX, en la Curia de León, de 1188; los acuerdos de las Cortes de Aragón, sobre la Justicia Mayor, en los siglos XIV y XV), es un hecho alentador evocar, de nuevo, que España asumió decididamente la exigencia de garantizar la independencia de los Jueces y Tribunales, desde su primera Constitución *"liberal"*, la de

Cádiz, de 19 de Marzo de 1812, y que en esa línea se mantuvieron –con sus matices– las restantes Constituciones *"progresistas"* del siglo XIX.

Más aún, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1870 (en período republicano y que, pese a su *"provisionalidad"*, sobrepasó el *siglo de vigencia*, hasta la nueva Ley Orgánica de 1983), fue sustancialmente fiel a esos principios básicos, consagrados también por la Constitución de 1876 (de la Monarquía restaurada).

Ciertamente que en la realidad social y política de tan larga etapa histórica se produjeron dolorosos quebrantos de las normas garantizadoras de la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia; y, sobre todo, que hubo períodos autocráticos en que las normas constitucionales cambiaron, o se vieron interferidas por decretos "de excepción", con motivo de golpes de Estado o de las trágicas guerras civiles que ensangrentaron el suelo de nuestra España demasiadas veces, hasta arrancar a Mariano José de Larra su tremendo epitafio: "Aquí yace media España, murió de la otra media", y, ya más recientemente, a Antonio Machado su estremecedor aviso: "Españolito que vienes/al mundo te guarde Dios./Una de las dos Españas/ha de helarte el corazón".

Cuesta mirar hacia atrás, pero a veces es indispensable hacerlo para que todos asumamos las culpas compartidas y aunemos nuestros esfuerzos hacia el futuro. Y es patente que en situaciones de violencia, como las que los españoles hemos vivido durante casi dos siglos, la independencia –y también la vida– de muchos jueces, fiscales y otros operadores jurídicos estuvo en juego, y fue sacrificada. Volviendo al tema de las normas protectoras de esos valores, personales y colectivos, hay que reconocer que el paréntesis representado por las decisiones del Poder Ejecutivo durante la Dictadura del General Primo de Rivera (1923 a 1930), se cerró con la Constitución democrática de la II República (1931), pero se reabrió trágicamente con el Alzamiento, la Revolución, la Guerra civil, hasta el final del Régimen del Movimiento Nacional (1936 – 1975).

Objetivamente debe decirse que, incluso, durante la última fase de la ordenación jurídico–política autocrática, se procuró por las Cortes orgánicas mantener la proclamación de dichos postulados básicos sobre la Administración de Justicia. Así, en la Ley (fundamental) de Principios del Movimiento Nacional (de 17 de Mayo de 1958), se

declaró (Principio IX): "Todos los españoles tienen derecho a una *justicia independiente*, que será gratuita para aquellos que carezcan de medios económicos...."; y en la *Ley Orgánica del Estado* (de 1º de Enero de 1967), se preceptuó (en su Título V), que "la Justicia gozará de *completa independencia* y será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados *independientes, inamovibles y responsables*, con arreglo a la Ley" (art. 29º); y que "los Jueces y Magistrados, no *podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados*, sino por algunas de las causas y con las garantías prescritas en las Leyes" (art. 34).

Pero no es posible silenciar la incidencia que (aun dejando aparte las llamadas *Leyes de prerrogativa*, de 14 de julio de 1972, sobre competencia del Jefe del Estado para la *"coordinación de funciones de los Altos Organos del Estado*, entre ellos el Gobierno y la Justicia" tuvieron en lo que concierne a la genuina independencia de los jueces y Tribunales, la vinculación de éstos al Poder Ejecutivo, concretamente al Ministerio de Justicia, en aspectos cardinales (selección de candidatos, asignación de puestos superiores, ascensos, medidas disciplinarias, etc.); y, en otra perspectiva, pero convergentemente, la creciente amplitud de competencias de los órganos de la Jurisdicción militar, y la creación de Tribunales de excepción (como el Tribunal de Orden Público).

2. *El nuevo horizonte desde la cota de 1976*

Cerrado ese largo período por el fallecimiento del Jefe del Estado, General Francisco Franco, y puesto en marcha el proceso sucesorio, que él había establecido (mediante Ley de 22 de julio de 1969), el Rey D. Juan Carlos I impulsó el *proceso democratizador*, y nombrado Presidente del Gobierno D. Adolfo Suárez, posibilitó que, a propuesta de éste, las antiguas y todavía cortes Orgánicas aprobaran la denominada *Ley de Reforma política*, que sometida a *referendum*, obtuvo el rotundo apoyo popular el 15 de diciembre de 1976, siendo promulgada por dichas Cortes el 4 de enero de 1977 (Ley fundamental 1/77). Su artículo 1º sonaba mesurado, pero esperanzador: "1. La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo. Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado. 2. La potestad de elaborar y a probar las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las leyes".

Abierto así el camino, legalizados todos los partidos políticos y sindicatos, tras las elecciones generales de 15 de junio de 1977, se elaboró y fue promulgada la Constitución democrática de 27 de diciembre de 1978.

En ella –y ciñéndonos al tema de estas reflexiones– esta Magna Carta (la primera, en siglo y medio, que pudo ser elaborada por los representantes de las "dos Españas", y refrendada por muy amplia mayoría de los ciudadanos de todas las creencias, ideologías y afiliaciones), la tradicional Administración de Justicia se transforma en Poder Judicial, y la independencia e imparcialidad de jueces y Tribunales queda inequívocamente ratificada. Será suficiente poner de relieve los siguientes aspectos:

a) En el marco de nuestra Constitución, la independencia del Poder Judicial es primaria y radicalmente *un derecho fundamental de todas las personas sujetas a enjuiciamiento.* Así se desprende del texto del *artículo* 24º de la Constitución, al preceptuar que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"; y al añadir, específicamente "que *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*", a la defensa de asistencia de letrado y a un proceso público con todas las garantías, y "a la presunción de inocencia".

Habida cuenta que se integran también en nuestro ordenamiento jurídico–constitucional, todos los Pactos o Convenios firmados y ratificados por España (según determina el artículo 96º de nuestra Magna Carta) y la necesidad de todos los poderes públicos de atenerse a dichos textos normativos en la interpretación de cualquier norma referente a la protección de los derechos humanos (por imperativo del artículo 10.2 de nuestra Norma Suprema), es obvio que han de respetarse todos los requisitos y garantías contenidos en los ya citados artículos de la Declaración Universal de 1948, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y del Convenio europeo de derechos humanos de 1950, convergentes todos ellos en proteger al máximo a la persona sometida a los jueces y Tribunales, pero también a la salvaguardia de la independencia e imparcialidad de éstos.

b) Hay que realzar los artículos que nuestra Constitución dedica al Poder Judicial en su *Titulo VI,* siendo significativo que nuestra Magna

Carta hable de la Administración de Justicia como Poder –el Poder Judicial–, sin duda para recalcar más su diferenciación respecto al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, sólo designados con los epígrafes "Cortes Generales", y "Gobierno y Administración".

En ese marco adquiere todo su sentido la afirmación (contenida en el artículo 117º) de que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, *independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley*". Y seguidamente, que dichos jueces y magistrados "no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley". Añádase a ello, que según el mismo artículo "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Jueces y Tribunales *determinados por las leyes,* según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

En concordancia con esto, el mismo precepto de la Constitución determina que los jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas; que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales; y que se prohiben los Tribunales de excepción.

c) Como complemento de ese conjunto de garantías para la independencia de los jueces y Tribunales en nuestro ordenamiento jurídico han de señalarse los siguientes preceptos constitucionales:

– La posibilidad de que los ciudadanos ejerzan la *acción popular* y participen en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma que las leyes determinen, precepto éste todavía pendiente del necesario y urgente desarrollo (artículo 125º de la Constitución española).

– Que los jueces y magistrados, así como los fiscales "mientras se hallen en activo no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos". Y que la Ley establecerá el sistema y la modalidad de asociación profesional de aquellos y también el régimen de incompatibilidad "que deberá asegurar la total independencia de los mismos" (artículo 127º de la Constitución).

No debe silenciarse, sino más bien reflexionar en profundidad sobre la crítica muy dura que se ha hecho al punto concreto establecido en ese artículo constitucional, de que los jueces en activo no puedan pertenecer a partidos políticos o a sindicatos.

En este aspecto es categórico el muy importante libro de los magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Alvarez "El Poder Judicial" (Ed. Tecnos, Madrid, 1980), quienes estiman que esa, prohibición implica un grave quebranto de los derechos fundamentales de los miembros de la Judicatura, afectando especialmente al derecho consagrado en el artículo 23º de la Constitución: "1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal".

Sinceramente pienso que el motivo por el cual las Cortes Constituyentes incluyeron esta, sin duda, grave restricción, fue con la finalidad de proteger ante la opinión pública la imagen de independencia de los jueces y magistrados que pudiera quedar afectada por el hecho de su militancia en un partido político o en un sindicato; argumento que se rechaza en el expresado estudio, invocando, incluso, el pluralismo ideológico, consagrado como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en el *artículo 1º* de la Constitución.

En lo que pudiera haber de analogía para una solución equitativa de ese problema, puede señalarse lo que determina la Ley 3/81, de 6 de abril, reguladora de la institución del Defensor del Pueblo, que, como es sabido, determina en su *artículo 7º* "que su condición es incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos".

Lo aconsejable es que, en efecto, un miembro en activo de la Judicatura no actúe como dirigente de un partido político o de un sindicato, pero la mera afiliación no afectará sustancialmente a su independencia, porque afiliado o no, deberá siempre juzgar con toda imparcialidad y evaluar, en consecuencia, las normas que ha de interpretar y aplicar.

– Ha de tenerse igualmente en cuenta que la Constitución, en su muy importante *artículo 106º*, confía a los Tribunales que controlen el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como su sometimiento a los fines que la justifican; y que les competerá reconocer a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A la luz de este precepto constitucional emerge claramente el derecho de los administrados a recibir indemnización incluso por las demoras excesivas y los errores cometidos por los órganos del Poder Judicial, como categóricamente determina el artículo 292º de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

– Finalmente, importa destacar la función impulsora del cambio normativo que al Poder Judicial le corresponde, como a los demás poderes públicos, en el sentido de *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*, como laudablemente determina el *artículo 9.2* de la Constitución.

d) No nos resulta ya posible completar este cuadro de disposiciones analizando lo que se desprende de la nueva Ley Orgánica nº 6/81, de 1º de julio, reguladora del Poder Judicial, especialmente en su Título Preliminar (artículos 12 a 16) y las que también se contienen en las Leyes de Enjuiciamiento Civil, de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, convergentes en garantizar al máximo posible la independencia de los jueces y Tribunales.

Tampoco nos es posible examinar en este momento las relaciones entre los órganos de la Administración de Justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional. De algún modo la independencia de aquéllos frente a la fiscalización por el Tribunal Constitucional está latente en los preceptuado por el *artículo 44º* de la Ley Orgánica nº 2/79, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, según la cual éste, al conocer el recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial, tiene que respetar en principio la evaluación de los hechos que dieron lugar al proceso, realizada por los jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, es una realidad, a nuestro entender plenamente justificada, que el Tribunal Constitucional haya, en determinados ca-

sos muy concretos y excepcionales, ahondado en la valoración de la prueba practicada y cuando no lo ha hecho el asunto ha sido llevado a la Comisión y a la Corte Europea de derechos humanos, que entró en el análisis de la prueba realizada en la vía interna y dictó sentencia estimando la violación del derecho a juicio equitativo que consagran el *artículo 24º* de nuestra Constitución y el *artículo 6º* de la Convención europea de 1950. (Tal ha sido lo ocurrido con la Sentencia de 6 de diciembre de 1988 de dicha Corte europea en el "caso Barberá, Messegué y Jarabo".

3. *¿Se logró la plenitud de la independencia de la Judicatura en nuestra España democrática?*

Al final de esta penúltima fase de mi ya larga reflexión, he de volver a plantearme la pregunta de si en mi propia España, de Estado social y democrático de Derecho, hemos conseguido alcanzar esa anhelada cota de un Poder Judicial, o, incluso, más modestamente, de una Administración de Justicia, con plenitud de independencia, de independencia real y efectiva, como la que laudablemente anuncia la "exposición de motivos" de nuestra nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Honradamente creo que se han dado pasos fundamentales hacia ello, pero todavía se palpan problemas –carencias, obstáculos– que hay que superar. Y nadie puede escandalizarse si se tiene conciencia, como señalábamos al principio, del carácter *relativo* de cualquier independencia humana individual o colectiva", y de que, incluso, para conquistarla en la mayor medida posible ha de perseverarse en el esfuerzo, sin descanso.

Por eso merecen elogio –y atención por parte de los otros Poderes públicos–, los comentarios auto–críticos del propio Consejo General del Poder Judicial (órgano supremo de ese Poder del Estado), y los de Asociaciones democráticas de operadores jurídicos (como las de jueces y magistrados, las de fiscales, las del personal administrativo de la Judicatura y, desde otra vertiente, las de abogados), en demanda de una mayor "autonomía" en la financiación del servicio público de la Judicatura (no hay "independencia" sin "intendencia", ha escrito recientemente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en las páginas centrales de un gran periódico nacional); una mayor competencia de "iniciativa legislativa", sin intromisión en el ámbito intrangible del

Poder Legislativo, que con razonable función promocional de los necesarios cambios normativos; y una más eficaz cooperación del Poder Ejecutivo mediante los servicios policiales, indispensables para la Jurisdicción penal, y en el comportamiento de los órganos de la Administración, a todos los niveles, cuando se trate del cumplimiento de Sentencias, condenatorias de determinados actos de la propia Administración.

Y en ese caminar todos estamos comprometidos. La independencia de la Judicatura (y, por conexión, de la Abogacía) es –no debemos cansarnos en repetirlo– una meta tan hermosa como difícil de alcanzar por la complejidad de los factores concurrentes; pero es un horizonte, un ideal por el que hay que luchar, y en esa lucha no están implicados solamente los jueces, los magistrados, los fiscales y todos los operadores jurídicos auxiliares de la Administración de Justicia, sino que nos implica también a todos los ciudadanos.

Todos, en efecto, hemos de esforzarnos para que de las meras declaraciones formales del respeto al Poder Judicial y a su independencia, dimanantes del constitucionalismo liberal, se avance hacia una independencia mucho más profunda, que garantice a la Judicatura su no sometimiento a otros poderes y sirva así para que quienes la integren puedan ejercitar su propia independencia interior con arreglo a su conciencia, interpretando fielmente la Constitución y las leyes, y asumiendo su indeclinable responsabilidad.

III. LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA Y DE LA ABOGACÍA COMO GRAN RETO HISTÓRICO, Y EXIGENCIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA AVANZAR EN ESE FUNDAMENTAL CAMINO

1. *Perspectiva desde la Comisión Internacional de Juristas*

Aunque se me confió el encargo de analizar la situación de la *independencia* de jueces y Tribunales, y demás operadores jurídicos, en la España de hoy, permítaseme que no olvide mi pertenencia a la Comisión Internacional de Juristas (convocante de esta Conferencia, juntamente con su admirable corresponsal en estas tierras de Iberoamérica, la Comisión Andina de Juristas), y que concluya mis reflexiones sobre un problema tan grave y acuciante como el que aquí nos congrega, señalando su dimensión universal.

En efecto, los trabajos de investigación realizados, y las misiones enviadas por nuestra Comisión Internacional y por el excelente *Centro para la independencia de Jueces y Abogados* (Centre for the independence of Judges and Lawyers, CIJL), a cargo de nuestro inteligente e infatigable colega Reed Brody, en Ginebra, han comprobado las graves quiebras de la independencia judicial y de la Abogacía en demasiadas Naciones de los cinco Continentes, sin excluir algunas con Constituciones de estructuras formalmente democráticas, pero, sobre todo, como es comprensible en aquellas cuyos regímenes jurídico–políticos son dictatoriales o autocráticos, en mayor o menor grado.

Y ha quedado igualmente de relieve que esas quiebras de la independencia no dimanan sólo de intromisiones activas del Poder Ejecutivo, sino también de inhibiciones, pasividades o "complicidades" suyas ante actuaciones delictivas de determinados sectores sociales, o de colectivos, como "grupos paramilitares" o de sicarios, que llegan a romper, no ya la independencia, sino incluso la vida de jueces, fiscales y abogados.

Basta releer el impresionante opúsculo "The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers", recientemente editado por el referido Centro, en el que queda constancia de que simplemente en el período de un año y medio (enero 1988 a junio de 1989) 145 jueces y abogados fueron víctimas de agresiones en 31 países, y entre ellos, hubo 35 asesinados, 37 detenidos, 38 atacados o amenazados gravemente y 13 seriamente sancionados sin motivo suficiente. Por desgracia, esas cifras no son más que muestras de un número mucho mayor de víctimas ocurridas en los últimos años y cruel presagio de las que se presienten hacia el inmediato futuro, como tremendas "crónicas de muertes anunciadas" (en el estremecedor lenguaje de Gabriel García Márquez).

2. *¿Qué hacer?*

a) Ante todo, lo que aquí estamos haciendo: congregarnos juristas de diferentes latitudes para impulsar una toma de conciencia colectiva sobre la universalidad del problema de la independencia –y de la vida misma– de los miembros de la Judicatura y de la Abogacía de cualquier país, y, en especial –pero no únicamente– de los que actúan contra viento y marea, y asumiendo todos los riesgos, en Estados dictatoriales.

b) Comprometernos sincera y lealmente a no inhibirnos ante las denuncias de esos crímenes de *lesa Justicia*, que son, por consiguiente, crímenes de *lesa Humanidad*, y estar dispuestos a compartir esos mismos riesgos en solidaridad con los colegas amenazados o perseguidos, acudiendo a los lugares donde esos dramas se desarrollen, como investigadores u observadores objetivos, y, donde sea legalmente posible (por los Convenios bilaterales), actuando como Abogados defensores en los "procesos judiciales", que contra ellos se formalicen.

c) Impulsar ante las Naciones Unidas, ante la Organización de Estados Americanos, ante el Consejo de Europa, ante los órganos pertinentes de la Organización de la Unidad Africana, la aplicación de las expresadas Resoluciones aprobatorias de los "Principios básicos sobre la independencia de la Judicatura" y sobre "la independencia de los Abogados", hasta lograr un Pacto Internacional que las imponga a todos los Estados, creando un especial Comité de vigilancia y abriendo el acceso de las denuncias o demandas, individuales y colectivas, al Tribunal Internacional de Justicia, de La Haya.

3. *¿Pura utopía?*

Es mi último interrogante. Si por utopía se entiende (según rigor etimológico), la real inexistencia de situaciones de "plena independencia" de la Judicatura y de la Abogacía, en los actuales Estados del mundo, es patente que esa aspiración resulta utópica.

Pero no olvidemos, en primer término, que hay *utopías realizables* cuando se logran *condiciones objetivas* que las hacen posibles. Utopía era que el hombre volase, en el proyecto renacentista de Leonardo da Vinci, pero el hombre voló en nuestro siglo y llegó a poner un pie en la Luna. Utopía durante milenios fue dividir el átomo, hasta que la Matemática y la Física contemporánea lo consiguieran. Y así seguirá ocurriendo en el campo de las licencias naturales.

Más arduo parece lograrlo en el campo de las realidades sociales, pero no imposible.

No lo es avanzar en el camino de la solidaridad humana hasta conseguir una *cota razonable de independencia* –relativa pero real– de jueces y abogados, como instrumento fundamental en la defensa de los derechos humanos, en todos los países del mundo.

Esa debe ser nuestra apuesta al gran reto que nos acosa, nuestra irrenunciable esperanza. No utopía, sino *profecía* es este hermoso decir de *Isaías* sobre el Juez justo:

> "No juzgará por las apariencias,
> ni sentenciará de oídas.
> Juzgará con justicia a los débiles,
> y sentenciará con rectitud a los pobres de la tierra.
> Herirá al hombre cruel con la vara de su boca,
> con el soplo de sus labios matará al malvado.
> Justicia será el ceñidor de su cintura,
> verdad el cinturón de sus flancos" (11, 3-5).

Es difícil decir una cosa más bella y más importante de lo que puede y debe ser un juez imparcial, independiente, inamovible y enamorado de su pueblo. Lo que yo deseo para todos los jueces de mi Patria y del mundo.

Ministerio Público, Administración de Justicia y Derechos Ciudadanos

MINISTERIO PÚBLICO, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

EXPONE: MANUEL CATACORA G.
Fiscal de la Nación, Perú.

EL TEMA PARA EL QUE HE SIDO invitado es: Ministerio Público, administración de justicia y derechos humanos, tema que no se puede desarrollar en el término corto de que dispongo, de tal manera que vamos a ser lo más sucintos posible, para poder viabilizar el resto del programa.

Habríamos querido referirnos a la evolución del Ministerio Público en el Perú a través de las diferentes etapas de nuestra historia nacional. Ahí habríamos visto que comenzando por desarrollar tareas simples va adquiriendo con el tiempo responsabilidades mayores. Habríamos advertido que la organización y las funciones del Ministerio Público en cada una de las etapas históricas ha estado influida con los requerimientos sociales momentáneos, con las ideas predominantes, valoraciones éticas, el progreso y la cultura. De una o de otra forma siempre ha dependido de los demás poderes del Estado; comenzó siendo un representante del gobierno o del Poder Ejecutivo dentro del aparato judicial y termina liberado de toda dependencia. Pero brevemente vamos a hacer un ligero esquema de sus proyecciones en esas etapas. Si estudiamos toda la legislación sobre Indias en la época de la colonia, podemos resumir en cuatro funciones importantes las que estaban entregadas al Ministerio Público. En primer lugar la defensa de la jurisdicción, en segundo la defensa del patrimonio y hacienda real, luego la protección de los indios y después la obligación de impedir la dilación de los procesos. En la República se mantienen estos principios, y en el Código de Enjuiciamientos de 1891 se agrega una especie de defensa de la legalidad. Es decir, la obligación de señalar las irregularidades en el procedimiento desarrollado en un

proceso determinado y de la de servir, algo así como un *ombudsman* de las prisiones porque se le encomienda visitar las cárceles para detectar los abusos de los funcionarios correspondientes.

Lamentablemente en esta época se olvidaron de una función que estaba bien normada en la legislación de Indias, como era la protección de indios que se desconoce en este código. Tenemos después la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912 en que adquiere cierta fisonomía institucional con el nombre de Ministerio Fiscal integrando el Poder Judicial pero vinculado al poder político.

En el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 se expresa con más nitidez su dependencia al Poder Ejecutivo, porque en el artículo 14º se dispone que el Ministro de Justicia ejerce vigilancia sobre todos los fiscales, pudiendo requerirlos para el cumplimiento de sus obligaciones, así como solicitar su remoción.

En el Código Penal de 1924 se le agrega la obligación de perseguir junto con el delito, la reparación civil. En el Código de Procedimientos Penales de 1940 ya tiene las características que todos ustedes conocen. Es decir, liberado totalmente del Poder Ejecutivo y reemplazándose la vigilancia por parte de los fiscales de mayor jerarquía con relación a los de inferior situación pero imponiéndose las sanciones, no por los fiscales sino por el Poder Judicial. Existe acá una permanente adhesión al Poder Judicial, es parte integrante del mismo.

En 1963 se da la última ley orgánica del Poder Judicial y ahí se señala que el Ministerio Público actúa como parte y como auxiliar ilustrativo. En el primer caso es citado como cualquier interesado para las diligencias procesales y en el segundo emite dictamen final antes de dictarse una sentencia definitiva. En los procedimientos no contenciosos que se siguen con su citación vigila la correcta aplicación de la leyes.

Pero en toda esta historia, en todo este quehacer del Ministerio Público, podemos advertir también que depende de las características, del sistema procesal penal. La mayor parte del trabajo de los fiscales está orientado a una función judicial y en el proceso penal es más requerida su presencia. Lógicamente sus funciones están de acuerdo al rol que le señala el sistema procesal adaptado.

En cada sistema asume una función distinta. Por ejemplo en el sistema inquisitivo, el fiscal no es sino algo así como un convidado de piedra; aquí el juez tiene la iniciativa y la dirección del proceso

inclusive hasta la carga de la prueba. Por eso el fiscal en este sistema procesal solamente tiene la opción dictaminadora y acusadora en su caso. No es sujeto imprescindible y sus pronunciamientos no obligan. Es el caso de la instrucción en el sistema mixto adoptado por el Código vigente y que también lo advertimos con más claridad en el Código de Enjuiciamientos de 1863. En el sistema acusatorio la situación es diferente: el Ministerio Público es el personaje central de la acusación, es sujeto imprescindible, puesto que sin acusación no hay juicio. El asume la responsabilidad probatoria y el juez controla; como decía alguien: en el sistema inquisitivo el buen fiscal es anulado por el juez, en el sistema acusatorio el buen fiscal anula al juez. En el sistema mixto en cada una de las etapas procesales las características se mantienen pero como últimamente la tendencia es de ir al sistema acusatorio moderno, lógicamente la presencia del fiscal va adquiriendo más importancia y asume un rol más preponderante en el proceso. Eso quiere decir que ahora y en las legislaciones del futuro en el campo penal la presencia del Ministerio Público tiene una necesaria y decisiva posición. Quiere decir que a mayor independencia corresponden mayores responsabilidades.

Pero llega 1979 y la Constitución vigente. Aquí el artículo 250º trae grandes novedades. Concibe un Ministerio Público distinto al tradicional; primero lo independiza del Poder Judicial y de los demás poderes del Estado, en segundo lugar le da mayores atribuciones. Sus funciones de acuerdo a esta concepción no tiene precedente alguno. Aquí y en esta oportunidad apenas vamos a poder reflexionar alrededor del artículo 250º de la Constitución que se refiere al Ministerio Público. En principio dice: "El Ministerio Público es autónomo, 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...". y aquí tiene que surgir una primera interrogante. ¿Qué debemos entender por defensa de la legalidad y promoción de la justicia? El campo de la ilegalidad como una conducta contraria, violatoria de la norma prohibitiva o un incumplimiento de la norma imperativa es enorme, la ilegalidad en términos genéricos tiene distintos grados de acuerdo a la importancia de los bienes y comprende una serie de actividades de diversos funcionarios, de tal manera que hay ilegalidades que no le incumben al Ministerio Público, y esto nos

obliga a reflexionar si se debe considerar en forma extensiva o en forma restrictiva esta expresión. Creemos que este trabajo de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad debe entenderse sólo para aquellos casos en que la ley señala la intervención del Ministerio Público.

En esta defensa de la legalidad vinculada de alguna manera a los regímenes de turno, porque la legalidad que defiende el Ministerio Público es la legalidad actual, la vigente, y como toda norma es un producto de una decisión política, indirectamente el fiscal estaría defendiendo de alguna manera decisiones políticas. Por eso en algunos países no se ha podido separar la defensa de la legalidad a través del Ministerio Público del poder político. Pero también esta legalidad hay que entenderla no como dirigida a una norma específica, sino al conjunto, a la norma como expresión del derecho. Dentro de un régimen constitucional o un régimen gubernamental, la ley está expuesta a cambios, entonces el Ministerio Público no va a estar defendiendo a ojos cerrados cada una de estas modificaciones normativas. Tiene que pensar en la jerarquía de las normas, en el aspecto constitucional y así defender la legalidad que se expresa como cosa de conjunto, por eso, incluso puede plantear acciones de inconstitucionalidad contra determinadas leyes o la acción popular.

En esta defensa de la legalidad existen diversos canales para que el Ministerio Público pueda desarrollar. En primer lugar y comenzando en orden jerárquico, tenemos la vía de acción. En principio el Fiscal de la Nación, como representante máximo de este instituto puede ejercitar acciones civiles o penales contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, Magistrados Supremos, representantes al Congreso y Funcionarios de rango ministerial. Puede decidir la acción penal contra magistrados de primera y segunda instancia, y fiscales de los correspondientes niveles. Puede también en vía de acción formular cargos contra funcionarios públicos cuando sospeche enriquecimiento indebido y a través de las declaraciones juradas, luego puede ejercitar ante el Tribunal de Garantías Constitucionales la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo al artículo 195º de la Constitución y la acción popular en los casos respectivos.

Los fiscales supremos también tienen tareas específicas con relación a la defensa de la legalidad. El Fiscal Supremo Penal puede plantear el recurso de revisión contra sentencias condenatorias, de

acuerdo al inciso 1 del artículo 82º del Decreto Legislativo 52 y solicitar al Presidente de la Corte Suprema la apertura de procesos disciplinarios contra los magistrados que han intervenido irregularmente en un proceso y elevar al Fiscal de la Nación si hay responsabilidad penal de algunos magistrados o de fiscales. El Fiscal Supremo Civil está autorizado para denunciar a jueces y fiscales después de examinar los autos sobre posibles violaciones de los derechos constitucionales y solicitar al Presidente de la Corte Suprema acciones orientadas a defender la independencia judicial. El Fiscal en lo contencioso administrativo puede interponer acciones penales contra magistrados de segunda instancia porque actúa haciendo las veces de juez instructor. Los fiscales superiores civiles pueden disponer el ejercicio de las acciones penales que se derivan de una acción de hábeas corpus declarada fundada. La redacción del artículo 90º de La Ley Orgánica del Ministerio Público, debe mejorar puesto que si el Ministerio Público no interviene en las acciones de hábeas corpus le resulta difícil tener conocimiento de las acciones que se han declarado fundadas para poder ejercitar esta facultad. En todo caso los tribunales tendrían que hacer de su conocimiento la sentencia final en los hábeas corpus para poder decidir esa acción.

El Fiscal Superior Civil también debe presentar las demandas de acción popular por encargo del Fiscal de la Nación por infracciones de la Constitución y otras leyes. El Fiscal Superior Penal puede ejercitar las acciones penales de su competencia contra los jueces y fiscales provinciales por actos delictivos cometidos en el ejercicio de su función. El Fiscal Provincial Civil tiene la posibilidad de accionar la nulidad del matrimonio de acuerdo al artículo 275º del código civil, en la vía correspondiente.

Todo esto nos obliga a tratar sobre otro asunto, que es el relativo a la titularidad de la acción penal. El artículo 11º de la Ley Orgánica del Ministerio Público otorga la titularidad de la acción penal pública a dicho organismo. Interpretando de otra manera se le da el monopolio de la acción penal pública aun cuando, unos dicen que es a medias porque si el titular del Ministerio Público es el único que puede ejercitar la acción penal no habría necesidad de autorizar a otros funcionarios esa misma función. Sin embargo el artículo 107º de la propia ley orgánica faculta al juez instructor a abrir instrucción de oficio. Este hecho está restando, está disminuyendo las posibilidades

del fiscal y está vulnerando dicha titularidad. Esto hace suponer a algunos que no es el monopolio de la acción penal la que tiene el Ministerio Público. Particularmente pensamos que debe rectificarse, debe corregirse este artículo 107º, suprimiendo la apertura de instrucción de oficio.

Pasamos al inciso segundo del artículo 250º de la Constitución que se refiere a velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia, otra expresión genérica que puede hacerse tanto administrativa como judicialmente. La independencia de los órganos judiciales como tarea del Ministerio Público corresponde de una parte al Fiscal de la Nación de acuerdo al procedimiento que se establece en el artículo 69º de su ley orgánica. Es decir, el Fiscal de la Nación puede pedir al Presidente de la Corte Suprema un informe sobre el particular, iniciar una investigación y de acuerdo a los resultados adoptar las decisiones correspondientes. En ese sentido si es un funcionario judicial el autor de la interferencia se dirige al Presidente de la Corte Suprema para las decisiones a que diere lugar. Si es un funcionario que no es miembro del Poder Judicial puede ejercitar las acciones que correspondan, dice la ley, para poder hacer cesar estos actos de interferencia.

Luego, los mecanismos que puede utilizar no se han dado todavía y no creo que se haya producido un caso singular en el que se haya iniciado una acción para hacer cesar interferencias en el quehacer judicial por un funcionario que no sea magistrado. Pero la ley se ha olvidado del particular que interfiere en la administración de justicia; contra éste tendría que producirse un hecho de caracteres delictivos para que el Fiscal de la Nación pudiera intervenir. Esta situación no está pues debidamente regulada y necesita reajustes si tenemos en cuenta, además, que el Fiscal Supremo en lo Civil puede solicitar al Presidente de la Corte Suprema determinadas acciones para frenar cualquier atentado a la independencia judicial.

Luego tenemos la representación en juicio de la sociedad. El inciso tercero dice a secas: "representar en juicio a la sociedad", ¿qué significa esto? porque también es una expresión genérica que puede dar lugar a ciertas discusiones; menos mal que el artículo primero de la ley orgánica señala claramente que esta representación es para defender a la familia, a los menores incapaces, y al interés social, así como la moral pública. Aun así la frase sigue siendo ambigua, porque ¿qué

clase de representatividad es ésta? ¿es contralor de la legalidad? ¿es como representante de una parte o es como defensor de interés social que está interviniendo? Habría que distinguir aquellos casos en que emite dictamen en asuntos en el que él mismo es actor, es decir, situaciones que como representante de la sociedad y como actor tiene que dictaminar frente a un pedido de su contrario, actuando como una parte imparcial y dando lugar a una serie de reflexiones que no las vamos a tratar en este momento dada la brevedad de tiempo del que disponemos.

De todos modos el Ministro Público en todas estas actitudes y como representante de la sociedad revela una situación distinta a lo que era antes como representante del gobierno. La forma como actúa está señalada en los diversos códigos procesales y en la mayoría de ellos vemos que emite dictamen. No se han previsto los mecanismos para velar por el otro aspecto como el de la moral pública, que es bastante relativo. Tenemos el inciso 4, que debe ser materia de una disertación especial, como lo es el de la defensoría del pueblo que es una función no judicial. No tiene que ver con la administración de justicia porque su quehacer está orientado a poner solución a los problemas que provocan los funcionarios del Estado. Aclaro que sólo he sido invitado a tratar sobre el Ministerio Publico y su relación con el Poder Judicial y no sobre otras funciones de esa institución.

Luego tenemos la vigilancia e intervención en la investigación del delito, desde la etapa judicial, que es una de las funciones más difíciles de hacer cumplir por el Ministerio Público. ¿Por qué? El artículo 250º inciso 5º dice: "vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte". El art.10º de su ley orgánica lo primero que le ordena es que vaya en procura del derecho de defensa del inculpado, es decir, que su intervención como defensor de la legalidad por un lado, tiene que estar en favor del agraviado y en contra del presunto delincuente, pero también debe buscar el aseguramiento de la defensa de este último

¿Es posible esto? Creemos que sí, porque hay que considerar que en la investigación policial se buscan dos objetivos principales: que se cumplan las disposiciones legales pertinentes en "función a las pruebas que sean menester" dice la ley; y en segundo lugar, que se respeten los derechos del inculpado garantizados por la Constitución

y las leyes. Aquí tenemos toda una gama de derechos, el derecho a la libertad, el derecho a la información, el de la prueba legal, etc. y luego el aseguramiento de la reparación civil.

Para todo esto se necesita un gran equilibrio. Frente a la carga de la prueba, si el fiscal provincial va a estar desde el principio de la investigación policial dedicado a encontrar la prueba con la cual va a ejercitar la acción y simultáneamente preocuparse por la defensa del inculpado, se enfrenta a una situación difícil. En estas condiciones, su calidad de actor se va a ver frenada porque tiene que tener en cuenta los otros derechos como el de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, etc. Entonces se le lleva a una situación de actor imparcial, lo que parece un contrasentido, aunque en el fondo no lo es porque la parte, en el concepto general, es aquella persona que busca un interés personal o institucional, pero la parte que representa el Ministerio Público es el interés social, que se haga justicia en base a la verdad, en cuyo caso tiene que ver no solamente que se sancione al culpable sino también que no se condene a un inocente. Aparte de eso tiene funciones dictaminadoras, tiene que verificar la imparcialidad del quehacer judicial y algo más, la prevención del delito. ¿Pero en qué forma la prevención del delito? Con las limitaciones de la ley, que no son otras que la de estar interviniendo en el atestado policial controlando conductas que pueden desencadenar en una infracción, es decir, una prevención del delito a nivel policial. La expresión "prevención del delito" es una expresión que tiene que ver con la política criminal, en la que se busca conocer las causas de la conducta delictiva que el Ministerio Público no está en condiciones de ejecutar con ese texto legal. Pero si se piensa en una prevención real habría que darle un esquema distinto. Pero aparte de todo esto, tiene el Consejo Nacional de la Magistratura con funciones totalmente diversas. Así el Ministerio Público tiene una serie de funciones que lo han calificado como un ente multifacético, en el cual si no hay entrega, si no hay interés, entusiasmo, su acción es inoperante. Pero ¿qué es lo que ha ocurrido actualmente? ¿Cuál es la problemática? Que al Ministerio Público se la ha encargado tantas tareas, tantas funciones y se la ha dado un solo esquema; es decir, de acuerdo a la Constitución, el Ministerio Público no debe ser el Ministerio Público tradicional, aquel que actúa en el proceso penal desarrollando funciones procesales dictaminando en las tres instancias, si no un ente con otras tareas,

más amplias y complejas pero con una estructura como si tuviera que desarrollar sólo actividades procesales de tal manera que siendo tantas las actividades que se le dan tiene que actuar dentro de un esquema que limita su posibilidad de acción. Para hacer más eficaz su presencia tendría que haber un Fiscal Supremo para la defensoría del pueblo y un Fiscal Supremo para el control del funcionamiento de los mecanismos del Ministerio Público, etc. Se le entregan recursos humanos y materiales como si se tratara de un Ministerio Público tradicional y no el que realmente se concibió, sin embargo, las instituciones no son lo que la normatividad dice sino lo que sus hombres quieren que sea. El Ministerio Público, los fiscales deben trabajar con interés, con decisión, con entrega total para coadyuvar a que mejore la administración de justicia; no vamos a esperar que sea, como obra humana, perfecta, pero por lo menos aliviará para que ésta, la justicia, no sea un cementerio de esperanzas.

Integra la democracia formal un ente fiscalizador, la Procuraduría General de la Nación, a la cual corresponde defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta de los empleados oficiales y perseguir los delitos y contravenciones que peturben el orden social. Responsabilidades que desempeña directamente el Procurador o por intermedio de los diversos procuradores asignados en áreas determinadas, y en el proceso penal mediante los fiscales que ejercen su misión ante los respectivos juzgados.

2. LA REALIDAD

Ese el Estado teórico. Otra la realidad. Una sociedad desigual, sometida a distribuciones inequitativas de la riqueza, en manos de políticos que se lucran del erario, que no debaten los problemas esenciales del país. Todo ese medio injusto fue propicio para un proceso paulatino de descomposición, de un aumento de la criminalidad y el narcotráfico que penetró diversos estamentos sociales incluido el propio Estado. La violencia continuó y surgió con nuevas manifestaciones: paramilitarismo, escuelas de sicarios, grupos mercenarios. Todo ello llevó a que el derecho a la vida se redujera a su mínima estima y la aparición de un demencial terrorismo. En fin, una situación de terror y miedo.

El Ministerio Público y la Rama Jurisdiccional, principalmente ésta, no quedaron al margen de la violencia, de los múltiples homicidios que por miles se suceden sobre grupos políticos, líderes sindicales, profesores universitarios, defensores de los derechos humanos, candidatos, periodistas, campesinos, miembros de las Fuerzas Armadas...

La Corte Suprema de Justicia fue inmolada y eminentes magistrados perecieron en una toma. Un Ministro de Justicia, un Procurador General de la Nación, Magistrados, Jueces Superiores de instrucción, de orden público han sido asesinados; muchos están hoy amenazados y otros obligados a salir del país. En los tres últimos meses fueron víctimas tres magistrados, uno en Bogotá y dos en Medellín. El último homicidio tuvo como consecuencia una parálisis de la administración de justicia de más de 10 días. Es patético el caso de una Juez de Orden Público que ante las reiteradas amenazas salió del país, pero la ejecución se cumplió contra su padre.

El Poder Judicial, entretanto, no fue debidamente atendido. Decía el periodista Antonio Caballero que ya van varias docenas de jueces sacrificados en medio de algo muy parecido a la indiferencia. Los jueces no son valiosos para el poder central, que desde decenios ha abandonado a su rama jurisdiccional a la miseria. Y concluye; que los "subestimamos tanto de tal modo que dejamos que nos los maten en las esquinas los asesinos de la moto".

Resalto, por la brevedad del tiempo, el problema mayor: el homicidio de los funcionarios. La problemática es variada, compleja y algo de ello diremos más adelante. Por ahora examinamos un punto que considero es de interés, para ir resumiendo algo del papel del juez y el fiscal en ese estado de zozobra.

3. VALORACIÓN DEL TRABAJO JUDICIAL Y FISCALIZADOR

Una actitud básica en el trabajo que nos corresponde desempeñar es valorarlo. No quiero ser retórico, proponiendo soluciones románticas. Considero que en la medida en que nosotros tengamos en alta estima nuestra función podremos exigir su dignificación, el apoyo material, elevaremos su nivel y le daremos la legitimidad, la fe, la confianza que la ciudadanía debe depositar en ella.

Khalil Gibran al hablar del trabajo lanza la siguiente pregunta: "¿Quién de vosotros querrá ser una caña silenciosa y muda cuando todo canta al unísono?" No podemos pues trabajar con indiferencia, llevados por la improductiva rutina. Bien dice Khalil "si horneáis el pan con indiferencia, estáis haciendo un pan amargo que no alcanza para mitigar el hambre".

Conscientes de no caer en un lugar común, estimamos que la administración de justicia configura una de las funciones más trascendentes del Estado. Función esencial en cuanto soluciona, pacíficamente, los conflictos entre particulares.

Angel Ossorio refleja esa verdad con estas elocuentes palabras:

> "No exagero. A poco que lo meditemos nos hacemos cargo de que si amamos y trabajamos y paseamos y comemos y dormimos, es porque muda e invisible, se atraviesa en todos nuestros actos esa diosa etérea e impalpable que se llama la Justicia. Si ella se duerme estamos perdidos. Véase lo que pasa allí donde el imperio de la Justicia aparece sustituido por la caprichosa voluntad de un hombre. No queda en tales sitios

nada de tipo humano, ni siquiera la vida vegetativa, porque aun ésta misma no está garantizada. La Justicia es la expresión material de la libertad. Es, por consiguiente, para el hombre, algo tan esencial como el aire respirable".

Antes ya lo había dicho San Agustín: "Hace a un lado la Justicia y entonces, ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios?

Esta apreciación de la función judicial, es una regla que jueces y fiscales han de intentar en sus conciencias para el mejor desempeño de sus funciones; racionalizar que una Justicia eficaz es básica para la paz y la consolidación de la democracia. Una adecuada valoración y un nítido entendimiento de esa responsabilidad colectiva, permitirá un ejercicio, judicial y fiscalizador, creativo proyectado hacia el bienestar común. Este es el punto de partida. Ahora preguntamos: ¿Cuál es la tarea a cumplir? Pregunta que nos aclara que algo sí debemos hacer. ¿QUÉ? (Interesante oír propuestas).

La respuesta no es fácil, más cuando la violencia conlleva el peligro de intimidar, de debilitar el carácter. Sin embargo las circunstancias exigen más de nosotros. En principio y quizá con simplicidad puede afirmarse que es imperioso mantener una actitud valerosa, lo cual, indudablemente, resulta insuficiente si no hay una gran voluntad del Poder Ejecutivo y Legislativo fuera de las promesas.

Sin embargo, jamás debemos ignorar la realidad y adoptar una actitud débil, sin sentimiento por la justicia, por la solidaridad, por el dolor. Una actitud contraria nos servirá de inspiración para la crítica razonadora.

Por otra parte el desempeño del juez y del fiscal no puede ser solamente técnico-jurídico. El pensamiento jurídico debe cubrir una visión más elevada, no sometido al rigor del silogismo lógico. En tal estado de cosas corresponde asumir los derechos humanos y entender que son productos del avance cultural humanitario y que limitan el poder estatal. Poder que tiende a incrementarse por la vía del estado de sitio (en Colombia rige hace 40 años, con breves periodos de normalidad) y por las continuas facultades extraordinarias que entrega el Congreso al Ejecutivo.

Como si el mal estuviese en las normas se cambian códigos, luego se reforman y se reforman las reformas; se incrementan las penas mediante estatutos de seguridad o de orden público, se abrevian los

procedimientos y se disminuyen las garantías. Finalmente ninguno de esos mecanismos ha interrumpido los hechos violentos.

Al contrario, toda esa inflación legislativa dificulta la labor de los funcionarios. Afirmaba Novoa Monreal que el sistema legal de cada país se ha convertido en una gran maraña legislativa, cada vez más complicada y profusa. Determinar la vigencia de una ley se volvió tarea difícil. Estamos, pues, comprometidos a juzgar ese leguleyismo. Desalojados de la rutina, analizando la sociedad, asumiendo que el Estado no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la garantía de los derechos del hombre y unas condiciones que permitan el bienestar colectivo. Interpretar la ley con el entendimiento de que los derechos humanos son norte hermenéutico.

Es atinada la proposición de Eugenio Raúl Zaffaroni: "Tenemos el deber de elevar al primer plano de nuestras preocupaciones las cuestiones político-criminales y meditar la forma idónea de aplicar el bagaje y entrenamiento dogmático en una elaboración más realista, porque esta vía sería la más eficaz para un aporte a que los derechos humanos sean más que una formulación, como también para hacer algo más profundo en defensa de la dignidad de la persona humana, amenazada brutalmente en su autonomía ética por todo género de ideologías y delirios".

El trabajo colectivo de jueces y fiscales, es determinante. Intercambiar preguntas, proponer alternativas, puede resultar benéfico. La cultura jurídica ampliada con otras ciencias puede ofrecer nuevas posibilidades. Ello exige más esfuerzo; pero resulta mejor cambiar al hombre que seguir cambiando leyes.

Todo exige modificar la conducta individualista, aquella que nos acorrala en un cerrado círculo, en su lugar proyectarnos hacia la sociedad organizada a base de la solidaridad social.

> "El jurista deberá ser el experto de la vida social, identificado con una visión global humana de los problemas de la sociedad y la existencia"(...).
>
> "El defensor de la libertad responsable de la voluntad individual, empeñado, de otro lado, en asegurar la efectiva participación de los miembros de la sociedad civil en todos los niveles del proceso de decisión, que asegure la coparticipación democrática de derechos y deberes y sobre esa base el

derecho no pierde su misión ontológica de garantía, subordinada efectivamente, a los derechos del hombre..."[1].

CONCLUSIONES

1. La teorización del estado liberal y democrático y la aceptación de la legislación de los derechos humanos no coinciden con la realidad, pero aquellas proclamaciones conforman metas que deben orientar nuestras tareas.

   Escribió con claridad Ihering que la paz, es la razón del Derecho, la lucha, el medio de alcanzarla. Con ello, queremos indicar que las metas están, la lucha estriba en alcanzarla.

2. El juez y el fiscal no pueden ser indiferentes al medio en el cual viven. Ello les exige conciencia de su responsabilidad histórica y política.
3. Debemos usar los Derechos Humanos como regla hermenéutica asumiendo, esencialmente, que limitan el poder estatal. Se frenan así, las tendencias autoritarias propias de un Estado en situación crítica.
4. Que cada funcionario valore, magnifique su trabajo, para que correlativamente le sirva de criterio inspirador para elevar la majestad de la función.
5. Traspasar su acción más allá de lo técnico–jurídico, recordando que el que sólo estudia Derecho no sabe Derecho.

   Es indispensable un perfil más humanista. Una formación integral, más fisonomía intelectual.

6. Trabajar colectivamente. No enclaustrarse en la rutina judicial. Compartir ideas. Intercambiar preguntas. Formular propuestas. En todo este acontecer dialéctico se sacuden los pensamientos dirigidos al bien común.
7. Esta es sólo una propuesta de toma de posición de las personas que laboran con la justicia y el Ministerio Público. Pero es un aporte, quizá mínimo, porque toda esta crisis requiere, exige, soluciones más grandes.

1. Editorial tiempos de inquietud: la misión del jurista. Revista. inquietudes penales y criminológicas Nº 26 Feb/80.

La mejor manera de defender los derechos será la de buscar la justicia social. Misión ardua, porque ello supone una acción integral, no sólo de jueces, sino de las demás instituciones, de los políticos, de la ciudadanía. Exige un rompimiento, siquiera una reducción de los intereses individualistas de unos pocos. De ahí una gran dificultad, modificar, de manera esencial, esas estructuras económicas, políticas y sociales egoístas para dar paso a un estado social de derecho o en otras palabras a un estado de justicia social.

COMENTA: ALBERTO BUSTAMANTE, Abogado,
Presidente de Investigaciones del
Instituto Libertad y Democracia, Perú

ME VOY A VALER DE UNA frase del señor Fiscal del Perú repetida por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá y es que las instituciones no son lo que las leyes dicen que son sino lo que los hombres quieren que sean, para señalar que seguramente el caso del defensor del pueblo en el Perú es precisamente ilustrativo del caso de una institución en la que, o en relación a la cual, los hombres no han querido que funcione. Y ha sido sumamente ilustrativo apreciar en una persona cuya respetabilidad personal, intelectual y profesional está fuera de toda discusión, como el Sr. Fiscal de Nación, que cuando nos expone y nos describe muy puntualmente los incisos del articulo 250º de la Constitución pasa muy rápidamente por el inciso cuarto que es el que señala que el Ministerio Público actúa como defensor del pueblo, ante la administración pública. Y señala el Sr. Fiscal de la Nación a modo de explicación, que no se trata pues de una función judicial. La reflexión que me cabe es en primer lugar señalar que el Sr. Fiscal de la Nación tiene razón, no es una función judicial. La segunda reflexión que me cabe señalar es que en efecto las instituciones no son lo que la ley dice que son sino que son lo que los hombres quieren que sean pero que no obstante ello *dura lex, sed lex* y que el inciso cuarto del articulo 250º de la Constitución sigue en vigencia y sigue estableciendo que el Ministerio Publico actúa como defensor del pueblo ante la administración pública.

Y me cabe además comentar que si además o adicionalmente a no tratarse de una función judicial no se ha reparado en que el concepto de defensoría del pueblo no está íntimamente vinculado al concepto de generación de violencia que es el tema que nos ha traído

el Sr. Fiscal Superior de Bogotá es porque no se ha entendido ni el tema de la defensoría del pueblo ni el tema de la violencia, porque la violencia en el Perú en 1989 no está alejada de la manera concreta y cotidiana en que funciona el Estado, más concretamente se podría decir que a mayor desatención e ineficiencia en la administración pública mayor el caldo de cultivo de las acciones violentistas. Y que en consecuencia, a menor ejercicio de la función que la Constitución confiere vía inciso cuarto del articulo 250º al Ministerio Público en materia de defensor del pueblo, mayor es el vacío, el terreno que está dejando libre a la opciones violentistas en un Estado que está en una actitud permanente de ceder espacio.

Quisiera intentar explicaciones alternativas o quizás complementarias, de por qué el Ministerio Público en el Perú no ha afrontado su obligación o atribución constitucional de ser efectivamente defensor del pueblo ante la administración pública. Se me ocurre en primer lugar, que hay un problema de contradicción interna como lo ha señalado el senador Bernales, al proponer una enmienda constitucional que lamentablemente por no haber sido aprobada en una segunda legislatura consecutiva ordinaria, no se pudo convertir en enmienda constitucional y es que no puede defender, no puede ser defensor del pueblo, quien simultáneamente tiene la obligación de asumir la defensa de la legalidad o de asumir en todo caso la obligación de acusar.

Y quiero ponerle al señor Fiscal de la Nación con todo respeto un ejemplo: qué haría el Fiscal de la Nación si mañana los dirigentes de la Federación de Choferes del Perú lo visitaran para decirle: Sr. Fiscal a nosotros se nos está obligando a poner o a ganar una tarifa de 450 intis por pasaje, cuando el nivel de paridad tarifaria es del 1,300 intis, y estamos en consecuencia cobrando casi la tercera parte de paridad tarifaria y hemos decidido Sr. Fiscal, le dirían los choferes, aumentar desde el día de hoy de 450 a 800 el pasaje en los microbuses porque esa es la única manera que tenemos que evitar paralizar el servicio. Porque la única otra alternativa que nos quedaría Sr. Fiscal es paralizar el servicio y eso es delito. Y si hacemos eso inmediatamente nos abren instrucción, ¿quiénes interponen la denuncia penal? los fiscales. ¿a pedido de quién? del municipio ¿por qué? porque hay una serie de ordenanzas y normas que establecen que es el municipio quien tiene la competencia para la regulación de tarifas en el transporte urbano. Como defensor del pueblo Sr. Fiscal usted debería atender el

reclamo justo de 12,000 personas a quienes no se puede obligar a trabajar a pérdida. Pero como acusador en representación de la sociedad usted no podría admitir Sr. Fiscal, que unilateralmente y al margen de las competencias legal y constitucionalmente establecidas, los choferes unilateralmente fijen una tarifa por encima de lo que la Secretaria Municipal de Transporte Urbano ha fijado. Estaría Ud. en un dilema de difícil manejo político e institucional. Esa sería la contradicción interna a la institución misma y el Ministerio Público sería una primera razón que explicaría el porqué del fracaso histórico del Ministerio Público como defensor del pueblo.

Una segunda razón la ha señalado Ud. mismo Sr. Fiscal de la Nación, y es el problema de la dependencia del poder político. Ha señalado Ud. que se ha llegado a una situación en la que el Ministerio Público no es representante del gobierno. Yo creo que ud. tiene razón, se ha llegado ahora Sr. Fiscal de la Nación a una situación en la cual el Ministerio Público no es representante del gobierno. Pero permítame manifestarle que en el curso de los nueve años de existencia del Ministerio Público, en muchísimas ocasiones la institución del Ministerio Público, y muchas de sus personas han hecho todo lo posible por aparentar lo contrario. Han hecho todo lo posible por dar la imagen de una institución absolutamente sometida, esto ha llegado a niveles ubicados en lo simbólico francamente inconmensurables lindantes con lo surrealista.

Creo que su gestión Sr. Fiscal, significa objetivamente haber remontado ese lamentable episodio del Ministerio Público, pero no podemos dejar de señalar que los ocho años anteriores a su gestión ha habido una dependencia estructural del aparato del Ministerio Público para con el poder político. Y que eso explica por qué el Ministerio Público no ha podido ser objetivamente defensor del pueblo ante la administración pública.

Y una tercera razón Sr. Fiscal Ud. la debe conocer y manejar mejor que yo. Y es que tal vez el Ministerio Público carece de capacidad orgánica u organizativa necesaria para emprender esa inmensa tarea de ser defensor del pueblo ante la administración pública. No se da abasto, no puede ser defensor del pueblo. No está lo suficientemente especializado, carece de recursos humanos y materiales suficientes, Ud. lo ha dicho ahora casi textualmente. Pero repito, *dura lex, sed lex*, tenemos entonces que hacer posible para que los recursos sean asig-

nados de manera tal que el Ministerio Público, independientemente de que exista la perspectiva futurista de que pueda enmendar la Constitución y hacer del defensor del pueblo una institución independiente del Ministerio Público, ahora ya el Ministerio Público asuma la atribución que le ha conferido el inciso cuarto del artículo 250º de la Constitución. Y creo que Ud. ha dado un papel importante, necesitamos un defensor del pueblo *ad hoc*, pero creo que no es suficiente; en algún momento de su exposición Sr. Fiscal Ud. señaló que tendría que haber un Fiscal Supremo para la defensa de la legalidad, un Fiscal Supremo para la defensoría del pueblo.

Sí Sr. Fiscal ¿por qué no? Por qué no asignamos a un Fiscal Supremo la tarea de ser adjunto suyo porque Ud. es la cabeza del Ministerio Público –en materia de la asesoría del pueblo– y entonces tendríamos así una defensoría del pueblo expresada en un nivel de mayor jerarquía y por lo tanto con una mayor coercitividad en su capacidad de frenar a una administración pública abusiva que, insisto, no es un problema ligado a la violencia.

A esto quiero reducir mis comentarios en relación a lo que sé, señores presentes.

COMENTA: OSCAR SCHIAPPA-PIETRA Abogado,
Investigador de la Comisión
Andina de Juristas, Perú

DESEO EN PRIMER término saludar la exposición que nos acaba de brindar el Dr. Manuel Catacora, Fiscal de la Nación, que comentaré.

En esta oportunidad me interesa compartir algunas reflexiones sobre lo que viene siendo la experiencia institucional del Ministerio Público del Perú, desde una perspectiva dual, es decir, constitucional y a la vez política. Para justificar esta opción me basta citar a Triepel: "[...] extraer lo político del concepto de conflicto constitucional es como quitar la piel del hueso. Los conflictos constitucionales son siempre conflictos políticos".

Pero, para entrar en materia, debo previamente efectuar algunas precisiones. Mis comentarios están referidos al caso peruano. Aunque no aludo a la realidad institucional de otros países latinoamericanos, probablemente existen semejanzas que den un alcance más general a lo que voy a plantear a continuación. De otro lado, por la brevedad de este comentario, sólo me es posible hacer referencias de trazo grueso, sin distinguir matices. Y ello puede resultar injusto, particularmente en lo que concierne a la actual gestión del Dr. Catacora en calidad de Fiscal de la Nación, pues, ajustándonos a la realidad, tengo que dejar constancia que durante su gestión vienen operándose cambios muy significativos que marcan un honroso contraste frente a la trayectoria anterior de esa institución.

Vayamos al grano. Me interesa hacer referencia a dos dimensiones cardinales del fenómeno constitucional, para, de cara a ellas, reflexionar sobre la actuación del Ministerio Público.

Primera cuestión: la frontera constitucional entre libertad y bien común, cuya expresión orgánica radica en la delimitación de compe-

tencias entre ciudadanos y autoridad. Resulta innecesario recordar que tales acontecimientos constituyen objetivo esencial de cualquier ordenamiento constitucional, por lo que algunos llegan a denominar a la correspondiente disciplina jurídica como Técnica de la Libertad.

Precisamente por delimitar formalmente las esferas de poder, podemos sostener que los fenómenos constitucionales tienden a corresponderse con la realidad política, es decir, que los unos y la otra son caras distintas de una misma moneda.

A la luz de tales conceptos, cabe preguntarnos: atendiendo a las funciones que formalmente le han sido encargadas y a la experiencia cotidiana, ¿en qué lado de aquella frontera está ubicado el Ministerio Público?

Hurtado Pozo sostiene que "[...] el Ministerio Público ya no es el representante del Estado en juicio –en el sentido que se entendía bajo la antigua legislación– ni el defensor de sus intereses inmediatos. [...] Lo que al Ministerio Público le corresponde ahora, en el ámbito de sus funciones, es hacer realidad y dar vigencia a lo que expresan [en la Constitución] su Preámbulo y su art. 1º: que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado y que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado" [1].

Refirámonos a las disposiciones pertinentes de la Constitución y de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Nuestra Carta Política –en su artículo 250º– al describir las funciones de esa institución, señala, entre otras, el promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia, el actuar como defensor del pueblo ante la administración pública, y otras. A su turno, la referida ley orgánica[2] define al Ministerio Público como organismo autónomo del Estado, teniendo por funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; además, la representación de la sociedad en juicio, la persecución del delito, etc.

De tal referencia fluye claramente la constatación sobre la dualidad teleológica de la funciones asignadas al Ministerio Pùblico. En el contexto de la siempre conflictiva relación entre ciudadano y Estado,

1. HURTADO POZO, José.– El Ministerio Público. Lima, Tipográfica Sesator, 1981;p. 65.
2. Decreto Legislativo Nº 52, artículo 1º.

debe cumplir un conjunto de funciones vinculadas con la necesaria intervención estatal para procurar la represión del delito y garantizar la legalidad. Pero, de otro lado –y aquí radica lo que entendemos como dimensión principal, y a la vez novedosa– le corresponde proteger al ciudadano frente a las conductas arbitrarias de los funcionarios públicos. Sintéticamente expresado, el Ministerio Público tiene asignadas funciones institucionales que ponen en tensión los roles de perseguidor del delito y de defensor del pueblo, pues cada una de ellas implica una racionalidad sustancialmente distinta –cuando no opuesta– a la otra.

Pero, de cara a esa encrucijada teleológica y funcional, el Ministerio Público no puede mantenerse en la neutralidad ni tiene –como la diosa Jano– dos caras equivalentes. Tampoco puede ser una entidad esquizofrénica, con una personalidad desdoblada. Ya en la línea fronteriza, en medio de la tensión entre ciudadano y Estado, entre persecución del delito y defensa del pueblo, el Ministerio Público tiene ineludiblemente que optar. A la luz de la Constitución y de los principios que informan a todo Estado democrático, sólo le cabe optar en favor de la libertad y los derechos ciudadanos. La defensa de éstos –expresémolos claramente, de los derechos humanos– debe constituir norte fundamental en la actuación de esa entidad.

Es decir, su propia actuación como institución orientada a perseguir el delito tiene que afirmar sin vacilaciones el límite impuesto por los derechos humanos. Estos señalan un límite infranqueable a la actuación represiva de las agencias estatales de control social. Pero, además su desempeño debe enfilarse hacia la tutela intransigente de tales derechos humanos; siendo que la violación de éstos suele configurar situaciones delictivas que toca al Ministerio Público perseguir. En esto último se configura una adecuada complementación entre las dos dimensiones funcionales que hemos aludido.

Contrastemos ahora la dimensión teleológica y normativa, con la realidad fáctica. En parte por falta de recursos, pero también debido a la falta de voluntad política de los Fiscales de la Nación que se han sucedido en el cargo, la actuación del Ministerio Público ha sido notoriamente insuficiente en lo que concierne a la protección de los ciudadanos y la defensa de los derechos humanos. Reiteramos que ahora, durante la gestión del Dr. Catacora, se viene avanzando en revertir tal situación.

Pero la pobre actuación funcional es rasgo común entre las distintas agencias de control social. Todas ellas, al igual que los otros sectores del Estado, reproducen una pesada tradición de autoritarismo, que es herencia de toda nuestra historia republicana. Ese rasgo fundamental de las conductas individuales e institucionales, constituye la mayor dificultad existente para las que agencias de control social se compenetren con el *telos* democrático y humanista de nuestra Constitución.

Las evidencias de tal desencuentro son muchas. Me referiré solamente a tres de ellas, que expresan cómo se trata de un rasgo presente en los distintos niveles jerárquicos del Ministerio Público.

Uno. La actuación del Fiscal de la Nación durante la matanza en los penales, en junio de 1986. Según la descripción de los hechos, aprobada por unanimidad en la Comisión Parlamentaria que investigó el episodio, la presencia del máximo representante del Ministerio Público en "El Frontón", no sirvió precisamente para cuestionar lo que ha resultado el mayor horror del actual periodo democrático; su silencio posterior, sobre lo que ocurrió precisamente allí donde él estuvo, ha servido para beneficiar con la impunidad a quienes fueron responsables de tales sucesos. Pues, no es casual que precisamente en el proceso privativo instaurado por la matanza de "El Frontón", hasta el presente no se ha individualizado a ningún presunto responsable. Cabe aquí recordar la frase que en su oportunidad repitió Nicolás de Piérola: "Cuando se cierran las puertas de la legalidad, se abren las de la violencia".

Dos. Durante nuestra última visita a Huancayo, recientemente efectuada, nos fue relatada la forma cómo un Fiscal Provincial participa en operativos de *rastrillaje* realizados por militares, cubriéndose el rostro con pasamontañas. ¿Puede acaso un fiscal con pasamontañas asumir cabalmente la defensa de los derechos ciudadanos? Es evidente en este caso que, al lado de la incomprensión sobre su rol funcional, concurre el muy humano miedo.

Tres. La actuación del Ministerio Público en lo que concierne a las Acciones de Amparo interpuestas contra entidades del Estado. El artículo 34º de la Ley Nº 23506 se refiere a la intervención del Ministerio Público, en la segunda instancia procesal. Cuando la Corte Superior recibe el expediente debe notificar al Ministerio Público para que éste emita dictamen dentro del plazo de tres días. En puridad se

trata de un trámite dilatorio dentro de un procedimiento de máxima sumariedad, lo cual se ve de común agravado por la circunstancia que el plazo suele dilatarse indebidamente por varios meses. Además, los dictámenes fiscales suelen resultar irrelevantes para el desarrollo de la acción garantista, pues en ellos existe una marcada tendencia a no aportar nuevos elementos conceptuales para la mejor resolución de la misma.

Pero lo anodino se transforma en lesivo cuando la Acción de Amparo se endereza contra instituciones del Estado. Con relativa frecuencia el fiscal dictaminante actúa como una suerte de *segundo procurador del Estado*, es decir, como si su función fuese la de actuar como abogado del Estado, en vez de hacerlo como Defensor del Pueblo y de la legalidad. Y –¡ojo!– que nos estamos refiriendo a una garantía constitucional cuyo carácter es de primerísima importancia.

La segunda cuestión a la que deseo referirme en este breve comentario está referida a la dimensión conocida como Constitución Orgánica, esto es, a la delimitación de competencias intraórganos en el Estado. Si nos remitimos a la Carta Política, al Código de Procedimientos Penales y a las Leyes Orgánicas de las distintas agencias de control social, con facilidad colegiremos que existe un mandato de complementación entre las funciones asignadas a cada una de ellas. Empero, ya en el plano fáctico, la actuación cotidiana del Ministerio Público, del Poder Judicial y de la Policía Nacional, pone en evidencia una profunda descoordinación –cuando no son los frecuentes enfrentamientos en el plano operativo– entre tales instituciones. En contextos críticos, como lo es la represión del terrorismo, se evidencia palmariamente la falta de coordinación entre las agencias de control social. Ello se traduce en la frecuente afectación indebida de la libertad y de la integridad física de los presuntos delincuentes, pero además tiene por correlato una manifiesta ineficacia en la respuesta estatal. El notorio crecimiento de los grupos terroristas y la espectacularidad de su accionar se nutre de la descoordinación y errores del propio Estado, antes que de un inexistente apoyo social. La situación que venimos describiendo merma la credibilidad ciudadana en las agencias de control social –el Ministerio Público entre ellas– pero tiene proyecciones de más largo alcance en cuanto resta legitimidad al Estado. Por lo expresado, se trata en principio de un problema jurídico e institucional, pero que acarrea significativas consecuencias políticas.

Se hace necesario por ende tener presente que la democracia sólo puede solidificarse sobre la base de instituciones eficientes.

Ubiquemos las cosas en su justo punto. En rigor, la actuación del Ministerio Público y de las demás agencias de control social son meras expresiones de un rasgo constante en toda vida social peruana. En particular nos referimos al hondo enraizamiento que subsiste en el plano *superestructural*, es decir, en el marco institucional, conceptual y conductual, de rezagos de racionalidad feudal.

La Reforma Agraria llevada a cabo por el régimen militar de Velasco Alvarado, cualesquiera fuesen sus deficiencias o virtudes, transformó las estructuras productivas del agro, sobre las que estaba asentado el orden social oligárquico–feudal en el país. Pero, lo que resulta bastante más difícil de cambiar –y en lo que pocos hemos avanzado hasta ahora– son las estructuras mentales que informan a las conductas y a las creaciones humanas. Los rezagos feudales han subsistido en las convicciones y modos de actuación cotidiana de las personas. Antes que la horizontalidad y la interconexión fluidas, propias de un Estado capitalista con arraigada cultura liberal, en el Perú predomina la segmentación, la verticalidad, el mercantilismo.

En tal contexto, el funcionario público resulta siendo una suerte de señor feudal, a quien el ciudadano debe pleitesía y prebendas. Queda así graficada la inversión perversa de la ecuación democrática, según la cual son el Estado y sus agentes quienes están al servicio del ciudadano. De otro lado, el funcionario público tiende a defender implacablemente su porción de poder y a reivindicarla mediante el contraste y la confrontación con los *latifundios* vecinos dentro del Estado. El no se debe al cargo, pues en realidad se desempeña como si éste fuese de su propiedad, y se guía funcionalmente según su "jurisprudencia personal", para emplear una expresión de Alejo Carpentier.

Las víctimas de este orden opresivo son, como siempre, quienes no ostentan linaje, padrinazgo o hacienda, es decir, "los condenados a una existencia sin sintonía ni voz", como los describió la pluma de Julio Ramón Ribeyro.

Concluyo. Teniendo un ordenamiento constitucional–positivo bastante moderno, vivimos en medio de la violencia creciente, de descrédito en las instituciones del Estado y de abusos cotidianos contra los ciudadanos. Durante las últimas décadas hemos andado a

contramarcha de la Historia. Al retroceso que hemos sufrido en cuanto a condiciones materiales de vida, se añade el ostensible deterioro en la calidad de nuestra convivencia. Y, tanto lo uno como lo otro, es atribuible en modo sustancial a lo que como peruanos hemos todos hecho o dejado de hacer. No corresponde aquí efectuar el balance histórico de esta franca tragedia. Sí debo, en cambio, dejar consignado que no hemos alcanzado a compenetrarnos con los valores y finalidades que sirven de base a todo nuestro ordenamiento político–jurídico. No hemos comprendido cómo cada uno de nosotros, ciudadanos o funcionarios públicos, tiene asignado un rol político –insisto: rol político– que es el ingrediente que da trascendencia a nuestro quehacer cotidiano. No comprendemos cómo somos detentadores, por derivación democrática, de poder político; y que éste debe quedar puesto al servicio de los intereses sociales. Tal poder público no debe ser *apropiado* para el logro de fines particulares de naturaleza subalterna.

En lo que le toca, el Ministerio Público, a lo largo de esta etapa de andadura constitucional, ha expresado falta de identidad como actor político, rasgo éste que es común en toda la actuación estatal y, de modo aún más general, en toda nuestra vida social.

Autonomías Regionales y Administración de Justicia

AUTONOMÍAS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

EXPONE: JUAN MARÍA BANDRÉS. Diputado
por Guipúzcoa y Miembro del
Parlamento Europeo, España

DESEO, EN PRIMER LUGAR, agradecer muy sinceramente a la Comisión Andina de Juristas la oportunidad que me ofrece, al invitarme a esta conferencia, para salir por unos días de ese viejo, interesante y esperanzado continente que se llama Europa, de esa nueva patria europea que también hemos elegido los ciudadanos españoles y poder visitar, aunque con brevedad, esta parte también inquietante, también interesante y esperanzada de Latinoamérica que es vuestra realidad viva y palpitante. No hace falta que yo exprese aquí mi solidaridad profunda con vosotros. Deciros solamente que, desde siempre, vuestros problemas son nuestros problemas, vuestras esperanzas son nuestras esperanzas y vuestras inquietudes son también nuestras inquietudes.

Me pedís que hable de la administración de justicia en esa nueva realidad que son las regiones, las autonomías, en definitiva los pueblos, que en España han tomado ya institucionalmente carta de naturaleza y se apuntan pujantes, también en la creación de la futura Europa.

Hablaré, naturalmente, de la única realidad que con alguna precisión conozco. La realidad de mi propio país. Desde mi doble consideración de abogado en ejercicio con largos años de experiencia profesional a caballo entre la dictadura y la democracia que encuentra, como saben Uds., su punto de inflexión el 15 de junio de 1977 con ocasión de las primeras elecciones democráticas –yo empecé a ejercer en 1956– y mi condición de militante y presidente de un partido de ámbito vasco, democrático, socialista, pacifista, no violento, defensor decidido de la democracia, de la libertad y de la solidaridad pero

también defensor ardiente de la autonomía y del autogobierno de las nacionalidades y regiones que integran en el Estado español y, en particular, de los derechos que por historia sí, pero sobre todo por decisión popular corresponden a mi propio pueblo vasco.

En esta segunda condición, la de político, o si preferís la de jurista metido en política, he formado parte de las cortes generales desde 1977 hasta mi reciente elección al Parlamento europeo en julio de este año, participando en la elaboración de la Constitución española, del Estatuto de Autonomía de Gernika –es decir el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Vasca– y habiendo sido ponente de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. He sido, pues, testigo privilegiado de una doble transformación política y social profunda producida en mi país:

Del Estado autoritario y centralista al Estado democrático y de las autonomías.

De un concepto de la justicia considerada como agente e instrumento de control social a otro en el que se refuerza más la idea de la justicia como dispensadora de servicios a la comunidad. Como garantía y salvaguardia últimas de la tutela efectiva y real de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos.

Pero sería útil esbozar, aunque sea de modo sumario, algunas ideas en relación con el estado de las autonomías que diseña la Constitución de 1978.

Todo el mundo está de acuerdo en apreciar que la Constitución de 1978 presenta dos características que merecen ser destacadas en relación con las constituciones actualmente vigentes en el marco de las llamadas democracias pluralistas: la instauración de una monarquía parlamentaria y el ordenamiento autonómico que, una vez realizado, habría implantado en España lo que se denomina Estado autonómico o Estado de las autonomías.

El artículo 2º de la Constitución y su título VIII establecen una forma de Estado distinto, desde luego, Estado unitario, distinto, dicen algunos –en el camino, dicen otros– del Estado federal, pero diferente, en todo caso, del Estado integral de los constituyentes de la segunda República o del Estado regional italiano, ya que aquí el sujeto de las autonomías no son sólo las regiones sino también las nacionalidades reconocidas, como se sabe, por el propio texto constitucional.

No me interesa en este momento la discusión teórica sobre la naturaleza jurídica del Estado de las autonomías dentro de la teoría general del Estado, ni si la denominación es la más acertada. La Constitución no da nombre específico al sistema de organización territorial que establece y son los comentaristas los que evitando, por razones fáciles de comprender los términos unitarios, regional y federal, convienen en que el diseño de la organización político–territorial que definen el artículo 2º y el título VIII de la Constitución se llame Estado de las autonomías o Estado autonómico. Peces Barba creador, según creo, del concepto de "España nación de naciones", propone llamarlas" Estado de las autonomías constitucionalmente garantizadas".

Lo importante no es el nombre, lo importante es que, como recuerda este autor, el fundamento de la autonomía es el derecho al autogobierno de las nacionalidades y regiones sin olvidar la contemplación de las autonomías como profundización de la democracia, limitación del poder y participación de los ciudadanos en la formación del mismo. Conceptos que no son contradictorios sino complementarios y cuya compatibilidad, como es natural, defendemos.

Es cierto –y soy testigo como parlamentario constituyente– que el problema que, genéricamente, podríamos llamar *regional* fue el más completo y probablemente el más difícil que tuvieron que resolver las cortes constituyentes y que, después de proclamada la Constitución, ha seguido siendo una de las cuestiones políticas más complicadas.

Hay que reconocer que el título VIII y, dentro de él, el capítulo de las comunidades autónomas ha concitado, como recuerda el profesor Torres del Moral, toda suerte de denuestos por parte de los juristas. Ambiguo, confuso, oscuro, ecléctico, oportunista, fuente inagotable de problemas... son los calificativos menos fuertes que se le han dedicado. Probablemente el legislador constituyente comprendió –sigo la exposición del profesor Torres del Moral– que sólo podría culminar su tarea de crear un nuevo orden político adoptando una posición que suscitara las menores resistencias en las fuerzas políticas por limitarse a reflejar el mínimo común denominador de casi todas ellas. Y dejó al legislador y a sucesivas negociaciones el trabajo de acabar el diseño, labor en la que había de desempeñar un papel importante el principio de voluntariedad y de libre disposición de las nacionalidades y regiones sobre su propio modelo de autonomía. Lo

que quizá no pensaron los constituyentes fue el papel excepcionalmente importante que había de desempeñar en esta materia el Tribunal Constitucional.

Y el problema para los españoles me parece particularmente grave, porque es preciso recordar que España que se constituye como uno de los primeros estados modernos de Europa sólo lo hace inicialmente de modo muy superficial. Se constituye un Estado en España pero España no fue realmente un Estado salvo en el sentido weberiano del monopolio del uso legítimo de la fuerza. En los umbrales del siglo XIX no existe en España una estructura de poder con un orden jurídico coherente, con una política racional de intereses generales, con una organización de servicios públicos, con un sistema de respuestas institucionales a las demandas que produce la sociedad, con una ordenación política que proyecte en el tiempo e integre a los individuos, a los grupos y las fuerzas sociales en unas reglas de juego comunes, vinculantes y respetadas.

Como dice González Casanova, España entra en el siglo XIX con una invertebración e inestabilidad patológicas y una organización política muy próxima a la de comienzos del siglo XVI.

El Estado nunca se modernizó. Las cortes de Cádiz quisieron hacerlo, pero Fernando VII acabó con el intento. Durante el siglo XIX se ignoró el problema salvo, quizá, en algún momento en la restauración. La segunda República pudo haberlo logrado en sus inicios pero no lo consiguió y el régimen de Franco ni siquiera lo intentó.

Estarán Uds. de acuerdo con que la experiencia en España es muy seria y que en ella nos jugamos mucho todos y que si saliéramos mal de ella acabaríamos en el descrédito del Estado autonómico después de haber asistido al desprestigio y la quiebra del Estado centralista y ello será grave.

Pero acerquémonos al objeto de nuestra conferencia.

Como afirman los jueces Perfecto Andrés Ibañes y Claudio Movilla Alvarez, el establecimiento de un verdadero sistema autonómico, de una real autonomía política, no meramente administrativa, supone una nueva forma de articulación del poder estatal. Este en sus diversas manifestaciones –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– deja de ser monopolizado por unos únicos centros decisorios y aparece como la resultante de una pluralidad organizada en el marco de la Constitución. Todo ello viene a suponer la ruptura del monopolio de los

organismos centrales, tanto en la creación como en la aplicación del derecho y la sustitución de aquel monopolio por una articulación pluralista. La autonomía política, entendida como autogobierno, requiere de una potestad legislativa, de una dirección política autónoma con la creación de una administración propia y la existencia de unos órganos jurisdiccionales adecuados a las nuevas posibilidades normativas de la autonomía y a sus reales necesidades.

Hay que reconocer que estos principios que resultan pacíficos para las potestades legislativa y ejecutiva, revisten un aire mucho más polémico en lo que respecta a la estructuración del Poder Judicial, haciendo aparecer dogmáticamente como parcela irrenunciable de la soberanía del Estado, lo que en realidad no es sino un mero problema de técnica organizativa o, en todo caso, manifestación de una determinada ideología sobre la función judicial. Como ha escrito el fiscal Carlos Jiménez Villarejo "El avance hacia la plena modernización y democratización del Poder Judicial pasa inevitablemente por su acomodación al proceso autonómico. El Estado de las autonomías no puede dejar de afectar al conjunto de las instituciones del Estado, incluidas las del poder central, so pena de que algunas de ellas, como podría ser el Poder Judicial, puedan seguir funcionando como islotes de centralismo que no terminan de asumir los principios y rasgos esenciales del sistema democrático".

Históricamente hay que recordar que la Constitución de la segunda República en realidad no concedía a las regiones españolas autonomía alguna, ya que situaba en las cortes la potestad de deliberar acerca de cómo deben de ser los posibles estatutos regionales en cada caso.

No consideraba a la administración de justicia como competencia exclusiva del Estado y únicamente hacía una referencia a la jurisdicción del tribunal supremo "salvo las atribuciones que se reconozcan a los poderes regionales". La no atribución en exclusiva de la administración de justicia a los poderes centrales, permitió que en los estatutos aprobados por las cortes, el vasco y el catalán, y el aprobado en referéndum, el gallego, los poderes autonómicos tuvieran unas amplias facultades para adecuar la función de juzgar a las peculiaridades y necesidades de la región, facultades que afectaban no sólo a la propia organización y funcionamiento de la administración de justicia, sino también a la competencia de los cuadros jurisdiccionales,

en particular en materia de recursos. Así paradójicamente la Constitución de 1931, que no estableció el Estado de las autonomías, en lo que respecta a la administración de justicia mantuvo un criterio mucho más tolerante que la actual de 1978.

Nuestra Constitución es tributaria de una concepción claramente estatalista, aunque sería mejor decir centralista, en relación con la organización del Poder Judicial. El artículo 149.1-5º considera la administración de justicia como competencia exclusiva del Estado, lo que significa, en principio, conferir a aquél todas las potestades legislativas y reglamentarias en la materia.

En principio parece que la cuestión queda cerrada. Desde el punto de vista de la Constitución nuestra administración de justicia es una administración centralizada salvo, naturalmente, en lo que supone la función en sí de juzgar que, por su propia naturaleza, se distribuye en una pluralidad de órganos no centralizados.

Tampoco pone nadie en cuestión el principio de unidad jurisdiccional que, en razón de los intereses a los que sirve, deben quedar al margen de todo operación descentralizadora. Aunque algún reproche podría hacerse a nuestra organización judicial por el mantenimiento, a mi juicio anacrónico, de la llamada audiencia nacional. Pero esto es otra cuestión.

Sin embargo el problema que parecía cerrado en términos constitucionales, es rebasado por el contenido de los estatutos de autonomía. Es preciso recordar que los estatutos de autonomía además de leyes orgánicas aprobadas por las cortes generales, son, en algunos casos, textos plebiscitados por los ciudadanos de las propias comunidades autónomas. Y ellos con la propia Constitución forman lo que se ha llamado bloque normativo constitucional.

Pues bien, las normas básicas de las comunidades autónomas hacen previsiones organizativas y establecen competencias jurisdiccionales que desbordan la letra y, en el entender de algunos, también el espíritu de la Constitución. La misma ubicación sistemática de la materia dentro del título referente a los poderes autonómicos, como el estatuto vasco y gallego o en el que regula las competencias, como sucede en el catalán, no deja de ser curioso y suscita el problema teórico de si existe un Poder Judicial de las comunidades autónomas o un Poder Judicial en las comunidades autónomas.

En general los estatutos -y especialmente el estatuto vasco, catalán, gallego y andaluz- comprenden, en relación con la administración de justicia, las siguientes materias:

1. Estructuración y competencias de los órganos judiciales radicados en el territorio de la comunidad, en particular el del Tribunal Superior de Justicia, del que luego hablaremos un momento, en su condición de órgano de última instancia en materia civil, penal y social en todo caso y en el orden contencioso-administrativo cuando se trate de actos dictados por la administración autonómica e incluso como órgano de casación y revisión en materia del derecho civil propio de la respectiva comunidad.
2. Competencias en relación a la denominada "administración de la administración de justicia" o sea la provisión y gestión de los medios personales y materiales necesarios para un adecuado funcionamiento de aquella y que se plasman en la asunción por la comunidad autónoma de las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reserve o atribuya al gobierno, facultad de indudable importancia en cuanto a la consideración de la justicia como servicio público.
3. Intervención en la organización de las demarcaciones judiciales y en la fijación de la capitalidad, competencia que tiene su fundamento en la propia Constitución y también gran importancia en cuanto atañe a las necesidades demográficas y a las características geográficas de los distintos territorios. Intervención esta que ha sido relativizada por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la ley de planta y demarcación.
4. Competencias relativas al nombramiento del presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, condiciones de idoneidad, en especial el conocimiento del idioma y lengua, convocatoria de concurso para la provisión de cargos judiciales, acción popular y otras varias en que la remisión, que en aquel momento, se hizo a la futura Ley Orgánica del Poder Judicial las ha vaciado en gran parte de contenido y de efectividad inmediata.

La aparente o real contradicción entre el texto constitucional y los de los estatutos de autonomía puede quedar salvada, conforme a muchos autores, por el cauce constitucional del artículo 150º 2 que permite al Estado transferir o delegar en las comunidades autónomas,

mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación, dado que los estatutos de autonomía tienen la condición de leyes orgánicas y podrían, por lo tanto, ser vehículos adecuados para que las comunidades asuman competencia que, sin estar previstas explícitamente en el texto constitucional, son exigibles, e incluso necesarias para la instauración de un verdadero Estado de las autonomías.

Otra opinión doctrinal, referida ésta a las autonomías históricas, se apoya más en la capacidad normativa, aceptada por la propia Constitución de los poderes soberanos *sui generis* para crear la norma jurídica que servirá para regular las propias relaciones de los ciudadanos de una comunidad autónoma entre sí y de ésta con el conjunto del Estado.

Lo cierto es que como afirma Claudio Movilla Alvarez, los diversos estatutos de autonomía están ahí. Son leyes orgánicas. Son, sobre todo, expresión de unas aspiraciones históricas, de un compromiso político pero también de unas necesidades actuales, incluso en un sector de constantes insuficiencias como es la administración de justicia.

En todo caso la institución que de modo más cabal y original representa la adaptación del Poder Judicial a la nueva estructura autonómica son los tribunales superiores de justicia.

El Tribunal Constitucional ha zanjado en sentencia de 14.7.81 y 22.6.82 la cuestión de que si los tribunales superiores de justicia son tribunales de la comunidad autónoma o son tribunales en la comunidad autónoma en el segundo sentido. Sin embargo la Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha posterior, sigue denominando a los tribunales superiores, Tribunales de la Comunidad Autónoma. En este sentido, la ley orgánica es en esta materia más progresista y más respetuosa con lo previsto en los estatutos que con la decisión del órgano interpretativo de la Constitución.

La competencia de los tribunales superiores de justicia, tal como ha quedado después de la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. es la siguiente:

En el Orden Civil el recurso de casación que establece la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la respectiva comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde

en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la comunidad. El recurso de revisión que establece también la Ley contra sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales existentes en la comunidad, también en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, siempre que exista previsión estatutaria.

En el Orden Penal, dado que las audiencias provinciales constituyen un órgano judicial autónomo diferente del Tribunal Superior de Justicia, corresponde a ésta el conocimiento de las causas penales que los estatutos de autonomía le reservan y que son las dirigidas contra miembros de las cámaras legislativas o el presidente y miembros de los gobiernos autónomos así como la instrucción y fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de sus cargos en la comunidad autónoma y siempre que esta competencia no corresponda al Tribunal Supremo.

En el Orden Social la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha sido más respetuosa con los principios autonómicos y se le atribuyen los procesos que afecten a los intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un juzgado de lo social y no superior al de la comunidad autónoma. Distorsiona, no obstante la deseada unidad jurisdiccional, la existencia de una sala de lo social en la audiencia nacional.

En el Orden Contencioso–Administrativo también la Ley Orgánica del Poder Judicial se muestra respetuosa con el contenido de los estatutos e incluso se puede decir que se adecúa perfectamente a los mismos. Le corresponde el conocimiento de todas las instancias y grados, cuando se trate de actos dictados por los órganos ejecutivos de la respectiva comunidad y por su administración, en las materias cuya legislación corresponda en exclusiva a la comunidad y en primera instancia cuando se trate de actos dictados por la administración del Estado.

Así es como, dicho a grandes trazos, se va desarrollando con dificultad pero creo yo que en un sentido positivo, la adecuación de nuestra vieja administración de justicia a la moderna realidad autonómica.

Finalmente creo que mi exposición quedaría incompleta si no hiciera una referencia, aunque sea sucinta, al problema de la lengua en la administración de la justicia. Como Uds. saben en el estado

Español existen, cuando menos, tres lenguas que en las respectivas comunidades autónomas gozan de carácter de cooficialidad: el vasco o euskera, el catalán y el gallego.

La lengua propia es el ingrediente esencial de toda identidad cultural pero ha sido, además instrumento de resistencia para mantener las señas de identidad en algunos de los pueblos que constituyen nuestra realidad compleja y constituye en la actualidad un problema de gran importancia política. Pero la lengua es, además, un elemento esencial de relaciones sociales y jurídicas y mecanismo de comunicación de los poderes públicos con los ciudadanos, aspecto éste que tiene importancia en relación con la administración de justicia en que la comunicación no puede ser obstaculizada por trabas ideomáticas.

La Constitución establece la doble oficialidad del castellano y de las lenguas propias de las comunidades autónomas cuando decide que éstas serán también oficiales en las respectivas comunidades de acuerdo con los estatutos.

Cualquier solución en esta materia debe resolver y conciliar dos principios:

El del reconocimiento del derecho a expresarse en la lengua que se escoja y naturalmente en la propia y la necesidad de mantener la seguridad y evitar cualquier tipo de indefensión.

La Ley Orgánica del Poder Judicial es su artículo 231º, regula la materia, de un modo que parece razonable. "Los jueces, magistrados, fiscales, secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales" dice el precepto"usarán el castellano" y "podrán también usar la lengua oficial propia de la comunidad autónoma si ninguna de las partes se opusiera, alegando desconocimiento de ella que pudiera producir indefensión".

" Las Partes, sus representantes, abogados, peritos y testigos podrán utilizar la lengua oficial de la comunidad, tanto en las actuaciones orales como escritas, aunque siempre con posibilidad de traducción a instancia de parte que alegue indefensión, teniendo plena validez y eficacia las actuaciones judiciales y los documentos presentados en el idioma oficial de la comunidad autónoma, sin necesidad de traducción al castellano, salvo que deben surtir efecto fuera del territorio de aquélla, en cuyo caso se debe proceder a la traducción

de oficio, no a cargo de las partes y pudiendo habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada".

El tratamiento dado al problema por la nueva Ley Orgánica aparece como positivo. El camino parece abierto para la normalización de la utilización de la lengua propia de la comunidad autónoma en el ámbito enclaustrado, de la administración de justicia.

Estas son las ideas, que expuestas de manera esquemática, quería yo aportar a esta conferencia.

Creo que al final de mi intervención tendré derecho a decir como Bertrand de Jouvenal, en su obra *La Soberanía:* "Lo que yo he dicho puede ser de muy poco valor, pero la materia de la que he hablado es de la mayor importancia".

COMENTA: LUIS PÁSARA, Abogado,
investigador, periodista, Perú

EN PRIMER LUGAR, quiero agradecer a la Comisión Andina de Juristas por esta posibilidad de volver a sumarse a un auditorio jurídico, pero como ustedes deben sospechar me asumo más como analista político que como jurista, ya tempranamente jubilado. Traigo tres comentarios que tienen que ver con las reflexiones sobre el tema tratado y constituyen un intento de conectarlos con nuestra propia problemática de la regionalización.

La primera observación es que dentro del proceso de nuestra regionalización viene retrasado y al mismo tiempo aparece como inmaduro el tema de la función judicial. Es decir es un tema que no aparece ni en el texto constitucional en la parte referida a las regiones, ni aparece en la ley de bases, ni en su texto original ni en su modificatoria; y por cierto no aparece tampoco en las leyes de creación de cada región. Si es que todavía uso bien estos términos, la voluntad del legislador parece haber sido la de ignorar la problemática de administración de justicia dentro de la regionalización. Esto se corresponde bien con el hecho de que en los varios años que lleva el proceso de regionalización intentando ponerse en práctica en el país, desde la Constitución del 79, hasta este mes de noviembre cuando se realizaron las primeras elecciones regionales. El tema de administración de justicia en relación con esta nueva realidad regional que empieza a surgir, prácticamente no se ha tocado. Como lo reconocía el Dr. Oscar Alfaro en una entrevista reciente, ni la Corte Suprema de la República–añado yo, ni la Asociación Nacional de Magistrados– ha elaborado un planteamiento; para no mencionar el Colegio de Abogados de Lima. En suma, las instituciones jurídicas del país no han elaborado un planteamiento acerca del tema.

Entiendo que en uno de los proyectos recientes de Ley Orgánica del Poder Judicial, gracias al aporte de Javier de Belaunde, esta omisión de algún modo intentó salvarse. Pero lo que creo que revela este hecho sorprendente para quienes han tratado de seguir el tema de regionalización, es un problema mucho más hondo que la falta de reflexión sobre la regionalización. Revela una falta de reflexión sobre esto que nos decía el ponente: el avance hacia la plena modernización y democratización del Poder Judicial pasa inevitablemente por su acomodación al proceso autonómico.

El problema es que en el Perú no se está pensando en la plena modernización y democratización del Poder Judicial. Y éste es el primer punto sobre el cual yo quisiera llamar la atención. Si este proceso de reflexión sobre el Poder Judicial existiera, a estas alturas estaríamos en condiciones de plantearnos el problema de la regionalización, no para discutir en cuántas cortes regionales se puede dividir el país –asunto que es relativamente anecdótico–, sino qué significa el proceso de regionalización para la administración de justicia. Antes de comenzar esta sesión el ponente me explicaba que en el caso de determinadas regiones autónomas españolas existe un derecho foral que, al reinvindicarse por la región la capacidad de administrar justicia, es un elemento que ingresa como un componente de la decisión judicial. Nosotros podríamos decir rápidamente –en los términos formales a los cuales se nos acostumbró a pensar como abogados– que el derecho foral en el Perú no existe, pero existen otros derechos u otras formas que podrían ser asimilables a la condición de derecho y que, desde nuestro apego a los códigos, hemos visto siempre con gran desprecio. Esto es, costumbres tradicionales de la selva, prácticas de valor equivalentes a las prácticas jurídicas en la sierra, que han sido vistas como anécdotas, como estorbos, como algo que se debía desterrar, porque no se ajustaba al texto de la ley.

Si es que los juristas hubiéramos tenido una reflexión en serio sobre este tipo de problemática, sobre esta enorme –y a estas alturas, creo insalvable– distancia entre ley y realidad social; si hubiéramos hecho ese proceso de reflexión, hoy tendríamos qué decir respecto al problema de la regionalización. Porque más que forma, más que decidir cuántas cortes regionales deben establecerse y qué tipo de casos deben llegar o no a la Corte Suprema, la oportunidad de la regionalización es también una oportunidad de acercar el Estado a la

sociedad. Y si no lo fuere así, es decir, si la discusión sobre la regionalización de la administración de justicia quedara limitada a una desconcentración administrativa del Poder Judicial, entonces la regionalización no significaría nada nuevo.

La segunda observación que quisiera presentarles es la siguiente. En su exposición, Juan María Bandrés nos ha dicho que España efectuó un tránsito del autoritarismo centralista a la democracia autonómica; y en este contexto es que se inscribe en ese país el proceso de reubicar a la administración de justicia, modernizándola y dándole un nuevo contenido. A nosotros nos llega la regionalización de otra manera: no podemos decir seriamente hasta ahora que en el proceso de la regionalización nuestro se esté dando ese diálogo que se nos acaba de describir, entre los representantes de un poder central y los representantes de un poder regional. Hemos visto la manera en la cual se han aprobado las sucesivas leyes que tienen que ver con la regionalización. Incluso el plan de regionalización y la forma en que fue aprobado reflejan que estamos en una democracia sí, pero cuyos comportamientos son básicamente autoritarios y siguen siendo centralistas. Y es paradójico, pero la regionalización fue hecha de manera centralista; se recurrió a poco menos que una farsa para que, a través de un mecanismo de aparente consulta, los concejos provinciales rubricaran el plan que el Instituto Nacional de Planificación había aprobado y el Presidente de la República había ordenado someter a esta especie de consulta ficticia. En muchos casos, ni siquiera los concejos se pronunciaron; bastó que el Instituto Nacional de Planificación recabara la firma de los alcaldes. Entonces, aquí estamos ante un proceso muy distinto al español; en el nuestro, acaso con buena intención, se trata de resolver el problema viejo y grave, de tanta importancia en los males nacionales, que es el problema del centralismo; pero se trata de resolverlo de una manera impuesta, llevando una solución desde Lima: solución pensada en Lima, discutida en Lima y finalmente aprobada en Lima, como *la solución* al problema.

En el caso nuestro realmente no estamos ante un proceso de regionalización que es de diálogo entre un poder central y movimientos regionales, que en realidad no existen sino de manera epidérmica y, cuando existen, representan a un pequeño sector de la región. En consecuencia, intuyo que nuestro caso no es uno en el cual la forma de la ley pueda encontrar un salida de fondo al problema que estamos

examinando. Por lo demás, nuestra experiencia con la importación de leyes nos ha mostrado sucesivamente –desde las primeras leyes que adoptamos, hasta las más recientes, como la propia Constitución vigente–, que el contar con una ley relativamente perfecta, no es garantía de nada. Tenemos tantos ejemplos de esto, incluso el caso de la oficialización del quechua como idioma nacional, que en la administración de justicia no trajo ningún cambio aparte de un uso marginal y vergonzante.

Tercera observación: de intentarse una regionalización de la función judicial, en las condiciones en las cuales llegamos a este proceso de regionalización, acaso los riesgos que enfrentamos son los mismos que enfrenta la regionalización como tal. Como ustedes saben, el proceso de regionalización ha comenzado en el país, siendo así que es materia de un debate todavía incompleto – que seguramente va a acompañarlo durante algunos años– respecto a cuáles son los riesgos del proceso. Estamos frente a un Estado que ni siquiera reúne el único requisito que don Juan María Bandrés le asignaba a la España del siglo XIX, el del monopolio del uso legítimo de la fuerza. Ni siquiera eso tenemos aquí en el Estado de hoy.

En esas condiciones, llegamos a la regionalización: ¿qué puede ocurrir? Una posibilidad es que, como en muchos otros casos, no ocurra nada. Así como no ocurrió nada luego de copiar en la Constitución vigente declaraciones e instituciones que los juristas acostumbramos llamar *avanzadas*, y la tortura sigue ahí o el Tribunal de Garantías Constitucionales no sirvió para nada.

Puede ocurrir también que se adopte una forma regional en la administración de justicia y ésta se convierta –como mucha gente teme que ocurra con el proceso de regionalización– en la ocasión a través de la cual el poder se concentre a nivel local. Es decir, en vez de ocurrir una concentración de las decisiones últimas en Lima, esta concentración pueda tener lugar en la capitales de región, que los notables locales sean quienes concentren el poder, en este caso, de la corte regional. Esta es una posibilidad que evidentemente existe y que significaría la muerte del proceso de regionalización y, en el caso del proceso de administración de justicia, simplemente evitaría que se produzca esta congestión de casos en Lima que estorba tanto a nuestros vocales supremos. Pero evidentemente, la bárbara distancia existente entre la administración de justicia y el pueblo real se mantendría, dentro de esta primera posibilidad.

La segunda posibilidad es que la regionalización, y la administración de justicia dentro de ella, entre dentro de lo que algunos han llamado un proceso de fuerzas centrífugas, proceso que por lo demás ya existe en el país. Esto significaría probablemente que, más allá de lo que diga la ley y más allá de lo que se disponga, en los hechos la administración de justicia se convierte en componente de un proceso de disgregación nacional, sobre el cual ya hay muchas evidencias, y que acaso un proceso de regionalización podría acelerar. Lo que ocurriría en este caso es que los criterios jurisprudenciales, e incluso las normas adoptadas consuetudinariamente por la práctica judicial de estas cortes regionales, podrían convertirse en privativos de cada región. Y en este sentido, si seguimos especulando, pero no demasiado, hasta la república de narcos podría tener sus propios jueces.

Concluyo subrayando dos cosas. La primera es la poca atención creativa recibida por la función judicial en un momento en el cual el Estado se desploma en el país y la sociedad peruana atraviesa por una de sus más graves crisis. En ese sentido, me impresiona menos que el tema de regionalización y administración de justicia no haya sido tocado, cuanto el hecho de que la función judicial como tal no está siendo tocada suficientemente en el país y básicamente no está siendo tocada por quienes la ejercen, por quienes trabajan alrededor de la función judicial. Y en este sentido, creo que hay una responsabilidad, en esa ausencia y en esa omisión, sumamente grave.

En segundo lugar, creo que lo que ocurra con la administración de justicia en el proceso de regionalización, si es que esta omisión se mantiene, va a depender básicamente de lo que pase con la regionalización misma. Y en ese sentido, estamos empezando un proceso importante –que creo que debíamos empezar– y que, sin embargo, en las condiciones en las cuales el país, bastante tarde lo intenta, está lleno de riesgos.

COMENTA: MARCIAL RUBIO CORREA
Abogado, profesor universitario,
director de DESCO, Perú

COMPARTO CASI TODAS las opiniones que ha vertido el Dr. Luis Pásara y, aprovechando algunas ideas que nos ha pronunciado nuestro ponente, quisiera discutir ciertos asuntos generales y otros específicos.

Nuestro Estado está caracterizado como unitario y a la vez descentralizado. Esta tirantez ha suscitado múltiples interpretaciones. Muchas veces uno escucha hablar de regionalización pareciendo referirse a un federalismo extremo y más bien, cuando el poder central habla de regionalización y adopta medidas en torno a ella está pensando en un Estado unitario y una práctica centralizada. Entonces hay una polaridad y, si bien el Estado en el Perú –como en España– no está caracterizado, tenemos que saber a qué atenernos: de qué tipo de organización política estamos hablando.

Esto tiene mucho que ver con la administración de justicia para determinar en ella qué es lo unitario y lo descentralizado, claro, que en el ámbito de la justicia esto es más plástico en la medida que hay instancias que van ascendiendo y que en la práctica han sido organizadas territorialmente.

Otra cosa importante en el plano general es determinar qué se buscaría al regionalizar la justicia. Luis Pásara dice que si se trata de arreglar los distritos judiciales entonces, es cuestión de sentarse en un escritorio y ver en un mapa la dirección de las carreteras. Obviamente no se trata de eso, sino, en mi opinión, hablar de regionalización de la justicia en el Perú es tratar de hacer que ésta signifique un acercamiento de la justicia al pueblo –esto último es indispensable haya o no regionalización y estemos al final del siglo XX o principios del

XIX. Creo que darle una teleología al fenómeno de la regionalización puede ser importante y creo que ésta debería ser una de las "ideas fuerza"porque la justicia estatal está alejada del pueblo.

El problema es cómo hacerlo y, en este sentido, voy a sugerir unas ideas que valen la pena discutir (que por lo demás no son mías sino que las he escuchado en muchos foros y leído en publicaciones sobre el tema).

1) Es un problema central el determinar si vamos o no a darle mayor importancia a los jueces de paz. Los ciudadanos no conocemos dónde queda nuestro juzgado de paz, en cambio, sí donde está la Corte Superior o incluso la estación de policía donde hacemos muchas gestiones correspondientes a juzgados de paz distorsionando el sistema. Esta situación podría revertirse si democratizamos el nombramiento de jueces de paz, siendo más factible pensar en la elección popular de éstos en unos lugares que en otros pero, igualmente, debería pensarse en esa posibilidad ya que la práctica indica que ellos administran justicia bastante bien. Existe la ventaja que hay muchos estudios al respecto.

2) Hay que formular procedimientos. No me imagino cómo un país en la última década del siglo pueda regirse todavía válidamente con un código de 1912, cuando no había avión, carro o télex; cómo vamos a modernizar un procedimiento pensando para un país de aquella época, para una ciudad como Lima que tendría como 400,000 habitantes. Hoy Lima tiene 7 millones de habitantes y todo el tiempo escuchamos que hay problemas de notificaciones y que el número de jueces de primera instancia tendría que quintuplicarse. Entonces, procedimientos en un problema de reformulación integral, que no tengo noticia que se plantee así. Cuando uno ve cuál es el retoque que se le piensa hacer al Código de Procedimientos Civiles o Penales, queda muy corto frente a lo que significaría una reformulación total de procedimientos.

Luis Pásara hizo hace trece años un estudio en el cual se demostraba cabalmente que mucha gente no utilizaba recursos impugnatorios porque no podía pagar el precio de ello: viajar, contratar, estar fuera del lugar donde vive. Hay que reformular procedimientos, y desde luego, en este contexto, hay que reformular distritos judiciales. No conozco –puede ser por ignorancia– ninguna reformulación de

distritos judiciales y, en el contexto del fenómeno de regionalización política del país hay que ponerse a pensar en esto. Me parece inverosímil que en el país se modifique totalmente la estructura territorial sobre la cual está construida la distrital judicial y, sin embargo, no varíen los distritos judiciales.

Por último, dos aspectos válidos independientemente de la regionalización. Primero, la Corte Suprema debería ser descongestionada radicalmente de competencias, lo contrario es centralismo. La Corte Suprema debería ser un órgano rector del Poder Judicial y no resolver en última instancia prácticamente todo lo que le llega por razón de cuantía. Esto atañe a un factor de la regionalización en la cual supuestamente las cortes superiores adoptarán carácter de última instancia en una cantidad significativa de causas. En segundo lugar debiera pensarse sobre el criterio vinculante de la jurisprudencia. Luis Pásara decía que hay ámbitos de costumbres y normatividad no formal que regulan la vida cotidiana. ¿Cómo vamos a poder recoger y enriquecer el derecho con esto si no hay jurisprudencia vinculatoria o si no hay formas por lo menos en la que ésta pueda lograrse?

Libertad Individual, Administración de Justicia y Estado de Derecho en América Latina

LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA EXPERIENCIA RECIENTE DE CHILE

EXPONE: CARLOS CERDA FERNÁNDEZ
Ministro (Vocal) de la Corte de
Apelaciones de Santiago, Chile

EN ESTOS DÍAS de jornada, he vibrado, al igual que Uds. creyéndome un educando; el ambiente, esa cosa común entre nosotros, esa sensación de estar avanzado, ese gozo de volver a pensar en lo nuestro guiados por la sabia palabra de tan calificados pensadores, en suma, ese espíritu es y ha sido el gran formador en estos días y de él hemos participado.

Por sobre él, nada puedo decirles, o lo que es lo mismo, por sobre Uds. nada soy: óiganme, entonces, como el amigo y el colega que sólo viene aquí a exponer su entusiasmo, sin más autoridad que la de ese espíritu que por igual a todos nos posee. Y con un título más, el de ser "copropietario" –como luego veremos– de la libertad individual, tema que los organizadores me han pedido abordar.

El vocablo latino *libert*, del cual deriva "libre", se relaciona en un principio con el rito de la *toga virilis o toga libera*, que beneficiaba a la persona en la que el espíritu de procreación se hallaba naturalmente activo, esto es, al joven que alcanzaba la edad del poder procreador y que junto con ser llamado *liber* se incorporaba a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades.

En este sentido es hombre libre el de condición no sometida o esclava.

Naturalmente que la manera más obvia de atentar contra esa libertad consistió siempre en el sometimiento o esclavitud físicos. Pero no ha sido ni es la única. También hay coacción social, política, moral y natural; y cuando de ellas se trata, hablamos de las libertades homónimas.

Se me ha pedido una reflexión crítica –tan teórica como testimonial–, sobre el reconocimiento que ha tenido la libertad individual (física) como valor fundamental para la jurisdicción y como problema permanente del Estado de Derecho en Chile.

Intentaré satisfacer tan honroso cometido de acuerdo al esquema que sigue:

1. La libertad como patrimonio universal.
2. El resguardo internacional de la libertad.
3. Su protección por la legislación chilena.
4. El comportamiento ante ella de la jurisdicción nacional.
5. La eficacia del derecho a la libertad y el futuro del Estado de Derecho.

Dicho está que la voz libertad está tomada aquí solamente en su acepción físico–individual. Ya me reclamé "copropietario" de la libertad individual. Expliquémosnos.

1. LA LIBERTAD COMO PATRIMONIO UNIVERSAL

Cualquiera sea la opción ideológica que se asuma, es lo cierto que la socialidad de los hombres se ordena en torno a la doble exigencia de libertad y de igualdad.

El imperativo de la libertad en la igualdad, y de la igualdad en la libertad, está en la misma base existencial del Derecho.

La comunidad universal se asienta en ese principio.

La contemporánea noción de "Estado de Derecho" habrá de ceder paso, paulatinamente, a la de "Mancomunidad de Derecho".

El Derecho no es sólo de los ciudadanos. Es de los terrenos; de los habitantes de la Tierra. Y éstos, actuando como si las personas integráramos una sola y gran confraternidad, se alzan cuando uno cualquiera de sus congéneres es menoscabado en su condicion de tal.

La humanidad ha procurado encontrar un mínimo universalmente exigible respecto de la dignidad del ser humano y al efecto ha alcanzado consensos notables en torno a lo que es jurídicamente obligatorio resguardar, doquiera de esté.

Uno de los bienes de la humanidad universalmente protegido es precisamente la libertad.

La historia más o menos reciente –y en nuestra América, aún latente– nos ha enseñado que no bastó el dejar entregada la custodia de la dignidad humana al ámbito nacional; demostrado está que en muchas ocasiones los propios Estados se dirigen en contra de sus nacionales. Ante realidad semejante, terceros Estados se han visto en la obligación de actuar precisamente como *comunidad internacional organizada*, enfrentando al Estado trangresor.

Es la libertad un valor o bien jurídico cuya protección trasciende por mucho la sola competencia de los Estados particulares.

La persona humana, en cuanto miembro directo de la comunidad mundial, es un sujeto internacional, sin perjuicio de su nacionalidad. Siendo así, los Estados han cedido, al menos de hecho, parte de su soberanía a la comunidad universal y no resulta hoy en día legítimo esgrimir el principio de la "no intervención en asuntos internos" para impedir la tutela internacional cuando hacen caso omiso de los efectos inherentes a la libertad sobre la que se cimenta el Derecho.

En suma, es por cierto la libertad un patrimonio universal, como parece demostrarlo el derecho internacional que, para resguardarla, asume las formas principales que a continuación paso a destacar.

2. EL RESGUARDO INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD

El primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), comienza recordándonos la premisa fundamental: "Considerando que la libertad... tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

A partir de entonces –más precisamente a contar de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)– surge una suerte de normativa conforme a la cual el individuo pasa a ser titular de unos derechos internacionales denominados derechos humanos, los que puede hacer valer, por su sola condición de ser humano, ante la comunidad mundial y local, las que tienen el deber de reconocerlos, protegerlos y promoverlos.

No podría aquí mencionar o repasar toda la legislación internacional concerniente a la libertad, por lo que me limitaré tan sólo a recordar la que, en mi concepto, resulta más relevante en el ámbito americano.

2.1. *Artículos 1, 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).*

Art. 1º "Todos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Art. 3º "Todo individuo tiene derecho a la vida, *a la libertad* y a la seguridad de su persona".

Art. 9º "Nadie podra ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

2.2. *Artículos I y XXV (A) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).*

Art. I. "Todo ser humano tiene derecho a la vida a la *libertad* y a la integridad de su persona".

Art. XXV (A). "Nadie puede ser privado de su *libertad*, sino en los casos y según las formas establecidas por la leyes preexistentes".

2.3. *Artículos 9.1 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).*

Art. 9.1. "Todo individuo tiene derecho a la *libertad* y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su *libertad*, salvo por las causas fijadas por ley con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

2.4. *Artículo 7º de la Convención Americana o "Pacto de San José de Costa Rica".*

7.1 "Toda persona tiene derecho a la *libertad* y seguridad personales".

7.2. "Nadie puede ser privado de su libertad fisica, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

7.3. "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

7.4. "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella".

7.5. "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...".

7.6. "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido".

2.5. *Acápite 7 del documento sobre "Protección de Personas Sometidas a Detención o Prisión"(Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y tratamiento del Delincuente, Ginebra–1955).*

7. "1 En todo sitio donde haya personas detenidas se deberá llevar al día un registro empastado y foliado que indique para cada detenido:

a) Su identidad;

b) Los motivos de su detención y la autoridad competente que la dispuso;

c) El día y la hora de su ingreso y de su salida".

7. "2 Ninguna persona podrá ser admitida en un establecimiento sin una orden válida de detención, cuyos detalles deberán ser consignados previamente en el registro".

2.6. *Artículo 6º de la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos y penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975).*

Art. 6º "Todo Estado examinará periódicamente los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de su libertad en su territorio, a fin de prevenir todo caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

2.7. *Artículo 11º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).*

Art. 11º "Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura".

2.8. *Artículo 7º de la Convención Interamerican para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).*

Art. 7º. "Los Estado Partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura".

3. SU PROTECCIÓN POR LA LEGISLACIÓºN CHILENA

Los ordenamientos jurídico–positivo nacionales no dejan de ser prolíferos en materia de resguardo de la libertad individual.

Chile fue por mucho tiempo reflejo de una tradición jurídica respetuosa de la dignidad personal. En ocasiones la legislación interna fue pionera en la preservación de la libertad física.

No es exagerado sostener que la ley chilena no mira con buenos ojos la privación de la libertad y que, por el contrario, ampara al detenido.

En el rápido examen de esa legislación, que pasamos a efectuar, se distinguirá entre la normativa constitucional y la simplemente legal.

3.1. *Disposiciones de rango constitucional*

Para la mejor compresión de los capítulos siguientes, he creído aconsejable traer a colación la legislación constitucional que ha estado vigente en mi patria desde 1973 hasta estos días.

De esa manera, nos referiremos sucesivamente a:

a) La Constitución Política de la República, de 1925.

b) El Acta Constitucional Nº 3, de 1976.

c) La Constitución Política de 1980.

3.1.1. La Constitución Política de 1925 contiene en sus artículos 10º Nº 15º, 13º, 14º, 15º, 16º y 17º, preceptos ejemplares en la materia que nos ocupa.

Art. 10º Nº 15. "La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir de su territorio, a condición de que se guarden los reglamentos de policía y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser detenido, procesado, preso o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes".

Art. 13º "Nadie puede ser detenido si no por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, a menos de ser sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante juez competente".

Art. 14º "Nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.
Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de detenido, procesado o preso, sin copiar en su registro la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal. Pueden, sin embargo, recibir en el recinto de la prisión en clase de detenidos, a los que fueren conducidos con el objeto de ser presentados al juez competente; pero con la obligación de dar cuenta a éste dentro de las veinticuatro horas".

Art. 15º "Si la autoridad hiciere detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al detenido".

Art. 16º "Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los

defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija".

Art. 17º "Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al detenido, procesado o preso que se encuentre en ella.
Este funcionario está obligado, siempre que el detenido le requiera, a transmitir al juez competente la copia del decreto de detención; o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito".

3.1.2. El Acta Constitucional Nº 3 está contenida en el Decreto de ley Nº 1.552 y es de fecha 11 de septiembre de 1976.

Está dictada por la Honorable Junta de Gobierno en ejercicio de lo que ella denomina su Poder Constituyente y se refiere a los Derechos y Deberes Constitucionales.

Junto a las Actas Nºs 1, 2 y 4, viene siendo el primer fruto del trabajo emprendido poco después del golpe militar por la Comisión encargada de preparar la futura Constitución.

A la libertad que aquí interesa, se refieren sus artículos 1º Nº 6, y 3º, cuya transcripción omitiremos por cuanto van a ser producidos casi textualmente en el Texto de 1980, al que nos referimos a continuación.

3.1.3. La Constitución de 1980 fue aprobada por Decreto Supremo Nº 1.150 de 21 de octubre de 1980 y mediante ella el Gobierno Militar modificó su estructura de manera de quedar regido por un Presidente de la República –General Augusto Pinochet Ugarte– y por una Junta de Gobierno integrada por generales en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.

Comenzó a regir el 11 de Marzo de 1981, después que la autoridad considerara que fue aprobada por un plebiscito efectuado el 11 de septiembre del año anterior.

Corresponde detenerse en sus artículos 1º inciso 1º, 19º Nº 7 letras a) a e), y 21º.

Art. 1º inciso 1º. "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Art. 19º "La Constitución asegura a todas las personas:
Nº7: El derecho a la libertad personal y la seguridad individual.

En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

   Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

   Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

   Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a trans-

mitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La Ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla;

Art. 21º. "Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, peturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

3.2. *Entre las disposiciones propiamente legales vamos a seleccionar las del Código Penal y las del procedimiento del Ramo.*

3.2.1. El Código Penal data de 1874 y en él destacan los artículos 143, 148, 149 Nos. 1º, 2º, 5º y 6º, 150 Nos. 1º y 2º y 224 Nº 5.

Art. 143º "El que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad", será sancionado...

Art. 148º "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena..."

Art. 149º "Serán castigados con las penas de...

1º Los que encargados de un establecimiento penal, recibieren en él a un individuo en calidad de preso o detenido sin haberse llenado los requisitos prevenidos por la ley.

2º Los que habiendo recibido a una persona en clase de detenida, no dieren parte al tribunal competente dentro de las venticuatro horas siguientes.

5º Los que teniendo a su cargo la policía administrativa o judicial y sabedores de cualquiera detención arbitraria, no la hicieren cesar, teniendo facultad para ello, o en caso contrario dejaren de dar parte a la autoridad superior competente.

6º Los que habiendo hecho arrestar a un individuo no dieren parte al tribunal competente dentro de las cuarenta y ocho horas, poniendo al arrestado a su disposición".

Art. 150º " Sufrirán las penas de...

1º Los decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario.

2º Los que arbitrariamente hicieren arrestar o detener en otros lugares que los designados por la ley".

Art. 224º Nº5. "Cuando maliciosamente los jueces retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo de la ley", sufrirán la pena de...

3.2.2. El Código de Procedimiento Penal comenzó a regir en 1907 y de él caben destacarse los artículos 356, 357, 361, 364 inciso 1º y 365 inciso 1º

Art. 356º "El detenido y el preso tendrán derecho a la libertad provisional en la forma y condiciones previstas en este Título.

La prisión preventiva sólo durará mientras subsistan los motivos que la hubiesen ocasionado.

El detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que aparezca su inocencia...

Todos los funcionarios que intervengan en un proceso están obligados a dilatar lo menos posible la detención de los inculpados y la prisión preventiva de los reos".

Art. 357º "Una vez averiguado que el delito de que se trata no merece pena corporal superior a la de reclusión menor en su grado mínimo, se decretará la libertad del procesado, sin exigirle caución alguna".

Art. 361º "Si el delito tiene asignada por ley pena aflictiva, el detenido o preso tendrá derecho a que se le conceda la excarcelación, salvo en los casos a que se refiere el artículo 363".

Art. 364º inciso 1º. "La libertad provisional se puede pedir y otorgar en cualquier estado del juicio".

Art. 365º inciso 1º "La solicitud sobre libertad provisional será resuelta, a más tardar, veinticuatro horas después de presentada".

En nuestro concepto, esta normativa deja en claro que la libertad es en Chile un bien jurídico principal.

¿Lo habrán entendido así los tribunales?

Es la pregunta que pasamos a respondernos.

4. EL COMPORTAMIENTO ANTE ELLA DE LA JURISDICCION NACIONAL

Tal vez el punto de mayor interés en esta charla sea para Uds. el de conocer el grado de eficacia con que la jurisdicción chilena ha aplicado la normativa tan sucintamente expuesta en los dos capítulos anteriores.

Intento a continuación efectuar un diagnóstico de la judicatura chilena durante estos últimos dieciséis años, procurando criticar, constructivamente, las actuaciones que no me hayan parecido conformes a los imperativos inherentes a la función judicial, en lo tocante a la libertad individual.

Para abordar un examen de este tipo, comienzo efectuando una suerte de esquema de todas aquellas exigencias que derivan de la preceptiva externa e interna que ha quedado expuesta.

El principio fundamental es el de la prohibición de la detención, prisión, destierro u otra forma arbitraria de privación de la libertad.

Por arbitraria habríamos de entender –siempre a la luz de esa legislación–, tanto aquellas conductas que no están contempladas como causantes de la privación en normas preestablecidas, cuanto aquellas que si bien responden a tales causas no se sujetan a las formas de que , también según las leyes preestablecidas, han de estar necesariamente revestidas.

Entre esas formalidades, cabe subrayar las siguientes:

a) Que al momento de la privación de libertad exista una orden emanada de autoridad competente que así la disponga.
b) Que dicha orden sea dada a conocer a la personas afectada –intimación– conjuntamente con las razones o cargos en que se la apoya.
c) Que la persona sea puesta, prontamente, a disposición de autoridad judicial.
d) Que la víctima disponga de un recurso ágil ante un tribunal para que revise la legalidad del arresto, con plenas atribuciones.
e) Que tratándose de un arresto, éste tenga lugar en la casa del detenido o en un lugar público destinado al efecto.
f) Que en caso de ingreso a un lugar de reclusión, se haga constar la identidad, los motivos y el día y hora del ingreso, en un registro público.
g) Trato humanitario que excluya la tortura y los tratos crueles y degradantes.
h) Incomunicación restringida, tanto en su duración como en sus modalidades.
i) La libertad provisional procede siempre, en la forma más pronta posible: las excepciones son contadas.

El enfoque crítico anteriormente anunciado se concentrará en los tópicos signados a/b,d y e/f.

4.1. Orden emanada de autoridad e intimación de la misma.

Tradicionalmente en Chile se detuvo con orden emanada previamente de autoridad facultada para expedirla.

En los meses que siguieron al 11 de septiembre de 1973, esa orden se echó mucho de menos.

El Decreto Ley 228 de 1974 estableció que las detenciones debían ser dispuestas por Decreto Supremo exento del trámite de "toma de razón" por la Contraloría General de la República, firmado por el Ministro del Interior con la mención "Por orden del Presidente de la República".

El Decreto Ley 951 de 1975 facultó a los Intendentes para detener mediante resoluciones.

El Decreto Ley 1.009 del mismo año autorizó a los "organismos especializados para velar por el *normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y por la mantención de la institucionalidad constituida*" para "detener preventivamente a las personas a quienes se presuma fundadamente culpables de poner en peligro la seguridad del Estado". Fijó un plazo de cinco días para dejar en libertad, poner a disposición del tribunal o entregar al Ministerio del Interior. O sea que autorizó la detención sin orden previa, por cualquier organismo de represión.

El Decreto Ley 1.878 de 1977 creó la Central Nacional de Informaciones y su artículo 1º le asignó, entre otras funciones, la de adoptar medidas necesarias para *"el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y la mantención de la institucionalidad establecida"*.

En la práctica, los habitantes del territorio han venido siendo privados de su libertad sin orden emanada previamente de autoridad competente. Demás está decir, por tanto, que mucho menos pudo intimárseles orden parecida ni dárseles a conocer las razones del arresto o vejamen –que era el segundo de nuestros requisitos y cuyo análisis crítrico por este mismo motivo obviaremos.

Muestra de lo anterior es lo que el propio Ministro del Interior hizo constar en un recurso de amparo. Adjuntó la respuesta que le evacuó la CNI el 8 de abril de 1980, solicitada para contestar, a su vez, la consulta que sobre unos detenidos le había efectuado una Corte: "personal de esta Central Nacional de Informaciones ha procedido a detener en la mañana de hoy a las personas que se indica", por lo que "conforme al procedimiento usual corresponde que se dicte un decreto ordenando el arresto de los mencionados miristas (MIR o Movimiento de Izquierda Revolucionaria) en dependencias de la Central Nacional de Informaciones". Dictado que fue ese decreto, se lo comunicó al tribunal y el recurso fue desestimado.

En mi opinión, las Cortes no tuvieron por qué esperar la "regularización" del agravio a la libertad, sobre todo en aquellos múltiples casos en que dispusieron de antecedentes como para convencerse de la existencia del mismo.

4.2. Recurso de Amparo o de Hábeas Corpus.

La doctrina asigna a esta acción tan singular algunas características cuyo acatamiento por la judicatura chilena pasamos a revisar.

Nos referiremos sólo a la oportunidad y al conocimiento de causa sin mayores formalidades.

4.2.1. Oportunidad.

Mientras el artículo 308º inciso 1º del Código de Procedimiento Penal señala un plazo de veinticuatro horas para fallar el recurso de amparo, en el último tiempo es posible aventurar un término medio aproximado a los veinte a treinta días.

No debo ocultar las causas. Y éstas radican en la falta de coraje de los jueces para hacer valer ante la autoridad las prerrogativas que el sistema desde sus inicios les otorgó y que, no obstante los esfuerzos realizados en contrario, no fueron derogadas por el régimen.

El 19 de diciembre de 1932, preocupada porque en ciertas ocasiones excepcionales los recursos de amparo no se resolvían en el perentorio término de venticuatro horas, la Corte Suprema instó a todas las Cortes de Apelaciones del país para que el Hábeas Corpus "sea resuelto a la mayor brevedad y no cuando el mal causado por una prisión injusta haya tomado grandes proporciones o haya sido soportado en su totalidad". Ya en esa fecha se aludía a que "Como causa de inobservancia de la ley con relación al plazo, aparece, en primer término, el retardo con que las autoridades requeridas para que informen sobre la efectividad del amparo, cumplen con el deber de llenar ese trámite" y se recordaba que "...pueden las Cortes adoptar las providencias que induzcan a cumplir oportunamente con su deber a los aludidos funcionarios", de manera que "Si la demora de esos informes excediese de un límite razonable, deberá el tribunal adoptar las medidas que sean pertinentes para obtener su inmediato despacho", una de las cuales consiste en hacer traer al detenido a su pre-

sencia de tal forma que la demora o la negativa en el cumplimiento de semejante orden configura el delito penado hasta con tres años de reclusión en el artículo 149º del Código Penal. Todo ello porque según los jueces que conformaban la Corte Suprema en 1932 "No sería posible dejar la libertad de una persona, sometida al arbitrio de un funcionario remiso o maliciosamente culpable en el cumplimiento de una obligación".

Cuarenta y ocho años después, en 1980, los jueces de la Corte Suprema piensan de otra manera. Ante una solicitud de la Vicaría de la Solidaridad –organismo dependiente de la Iglesia Católica de Santiago– para que se instruya a las Cortes de Apelaciones en el sentido de fallar los amparos dentro de las veinticuatro horas siguientes a su interposición, el máximo tribunal decide instruir para que las referidas venticuatro horas se cuenten "desde que los autos respectivos estén en estado de fallo y siempre que lo permitan los antecedentes reunidos".

Lo anterior tiene mucha importancia por cuanto, casi sin excepciones, las Cortes de Apelaciones se limitaron a pedir a la autoridad informe respecto de las causas del acto impugnado: expulsión del territorio nacional, prohibición de ingreso al país, relegación a localidad determinada, detención, amedrentamiento, seguimiento, amenaza, etc., etc.

La autoridad tomó siempre el tiempo que quiso; yo diría que se "regodeó" para crear en cada caso las condiciones que revistieran su actuación de una aparente "juridicidad" –entiendo por tal la mera validez formal, esto es, la conformidad con la ley que el mismo régimen se dio, acepción del todo ajena al concepto de legitimidad.

Como puede apreciarse, el Poder Judicial delegó en la administración la oportunidad de la decisión del Hábeas Corpus, lo que quedó refrendado por la señalada instrucción de la Corte Suprema.

No es exagerado concluir a este respecto que los jueces chilenos pertenecientes a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema prescindieron de los mecanismos e instrumentos que el ordenamiento jurídico les proporcionaba para el eficaz amparo de la libertad individual. Las excepciones son muy escasas y consisten en uno que otro voto disidente.

4.2.2. Sin forma de juicio.

Sabido es que por su misma naturaleza, el recurso de amparo no está sujeto a mayores formalidades procesales; se trata de resolver "con conocimiento de causa", lo que supone tres elementos:

- Determinar si existió o no la actuación que se sindica como causante del agravio a la libertad,
- Informarse acerca de las causas de la misma, y
- Conocer la facultad con que ha obrado quien la llevó a cabo.

Algunas ideas corresponde explicitar en torno a la manera cómo las Cortes de Apelaciones asumieron esta responsabilidad:

– En numerosas oportunidades, los amparos fueron rechazados por razones puramente adjetivas.

Así, por ejemplo:

a) Detenida que era una persona, se recurría en su favor pidiendo que fuera puesta a disposición del tribunal competente. Transcurrido algún tiempo, la autoridad ratificaba el hecho de la detención pero agregaba que el amparado había sido objeto de una medida diversa, cual la relegación o la expulsión del territorio. Las Cortes rechazaban el recurso porque la detención, que había sido el único motivo de la acción, había cesado para trocarse en relegación, la que, en cambio, no había sido objeto del reclamo.

b) Es probable que algunos de los presentes haya oído hablar de Manuel Bustos, Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores. Bustos fue detenido en 1982; se recurrió de amparo en su favor (rol 720–82); trascendió por la prensa su expulsión inmediata del país; se amplió el amparo para atacar la medida de expulsión; el gobierno acompañó un decreto que disponía la prohibición de ingreso al territorio; la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso y dejó sin efecto esa prohibición. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esa sentencia, argumentando que la restricción a la libertad estaba constituida, al momento de decidir, por el decreto de prohibición de ingreso, y que, como éste no había sido atacado en el libelo, no podía emitirse pronunciamiento sobre él.

– Muchas personas vieron amagada su libertad física por los organismos de inteligencia instaurados por el régimen –léase Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y Central Nacional de Informa-

ciones (C.N.I.). En algunos recursos de amparo se pedía a las Cortes que solicitasen informe directamente a dichos organismos porque se tenían ciertos antecedentes que permitían pensar que el amparado estaba en su poder. No obstante, por expresas instrucciones emanadas de la Corte Suprema en marzo de 1975 y en junio del año siguiente, tales requerimientos no podían efectuarse directamente a la DINA o la CNI, sino a través del Ministerio del Interior, con la consiguiente demora y la relativa imposibilidad de exigir la oportuna respuesta a la consulta.

– Los tribunales fueron reacios a aceptar informaciones de tipo aprobatorio tendientes a establecer la privación o restricción a la libertad.

Me limito a recordar el caso de Juan Antonio Aguirre Ballesteros. Fue detenido el 4 de Septiembre 1984. Habiéndose liberado a otras dos personas que estuvieron recluidas junto a él, se adjuntó al Hábeas Corpus declaraciones juradas ante Notario, del hecho de haberlo visto en la 26º Comisaría de Carabineros; también se proporcionó la identidad de los policías que fueron vistos interrogándolo. Pues bien, la Corte de Apelaciones de Santiago se negó a recibir el testimonio directo de esas dos personas, a citar e interrogar a dichos policías y a disponer que uno de sus Ministros se constituyera en la Comisaría, no obstante habérsele informado por los recurrentes del mal estado físico en que Aguirre se encontraba. Cincuenta y nueve días después, el cuerpo de Aguirre se encontró mutilado.

– Hubo una constante en el sentido de asignar plena fe a lo informado por la autoridad, aunque el contenido de dicha información contradijese el mérito de algún otro tipo de antecedentes del proceso.

No dejan de ser curiosos los casos de aquel detenido cuyo arresto fue expresamente reconocido por el Comandante de un regimiento o de aquel otro que, según la Policía de Investigaciones, fue puesto a disposición de la DINA; empero, habiendo informado el Ministro del Interior que no se había dictado decreto de detención respecto de uno y otro, la Corte simplemente estimó que nunca estuvieron privados de la libertad. Decenas de situaciones semejantes generaron los casos de los hoy llamados detenidos–desaparecidos. Mucho se pudo haber hecho por ellos en sede de amparo...

– El examen de los escasos fundamentos que reiteradamente dieron los jueces para desestimar los recursos, produce la impresión que las Cortes prácticamente renunciaron a su elemental función cognoscitiva.

Según los artículos 73º inciso 1º de la Constitución de 1980 y 1º del Código Orgánico de Tribunales, la función jurisdiccional consiste en *conocer*, juzgar y hacer ejecutar lo resuelto. Parece que se sacrificó el deber de *conocer*.

Bastaba que el Ministro del Interior informara que "según antecedentes fidedignos que obran en poder de la autoridad" las personas amparadas "constituyen un peligro para la paz interior", para que sobre la base de tales apreciaciones se desechara el Hábeas Corpus, sin constancia alguna respecto de los fundamentos de semejantes aseveraciones. A lo más, cuando excepcionalmente algunos jueces pidieron la aludida información fidedigna, se les contestó escuetamente que el amparado había sido dirigente del Gobierno de Salvador Allende, que había detentado la calidad de parlamentario del Partido Comunista – u otros afines – durante la época democrática, que había efectuado críticas al gobierno tildándolo de "dictatorial", etc., etc. Y salvo contadísimas excepciones –más que nada en votos de minoría– eso se consideró suficiente.

– La Constitución de 1980 facultó al General Augusto Pinochet para arrestar a las personas hasta por quince días, para relegarlas a localidad urbana determinada por el término máximo de tres meses, para expulsarlas del territorio nacional y para prohibirles el ingreso al mismo; todo ello a través de un simple decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República".

El precepto dispuso que "Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición *no serán susceptibles de recurso alguno*, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso".

Como las más graves de esas sanciones estaban condicionadas constitucionalmente al cumplimiento de ciertos supuestos, unos pocos jueces entendieron que el amparo era admisible, precisamente porque en él debía practicarse el examen de la concurrencia de tales requisitos.

Se quedaron solos porque la casi unanimidad de los ministros se apegó enteramente a la interpretación formal. La argumentación que efectuaron fue generalmente de este tipo:

"2º.- Que del documento corriente a fs. 5 consta que por Decreto Exento Nº 4381 del 4 de octubre último (1984) el Sr. Ministro del Interior, actuando por orden del Presidente de la República, prohibió el ingreso al territorio nacional, entre otras personas, a la amparada María Julieta Campusano Chávez, en conformidad a lo establecido en la letra c) de la disposición transitoria vigésima cuarta de la Constitución Política de la República de Chile y aduciendo que según antecedentes fidedignos que obran en poder de la autoridad, la amparada constituye un peligro para la paz interior del país;

"3º.- Que el inciso final del artículo vigésimo cuarto transitorio de la Constitución Política de la República establece que "las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso;

"6º.- Que la concurrencia de todas las circunstancias mencionadas precedentemente contribuye a demostrar que la medida de prohibición que afecta a la amparada no es susceptible de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que la dispuso y que, en consecuencia, resulta inadmisible o improcedente el recurso de amparo de fs.1."(Sentencia del 16 de abril de 1984, recaída en el Rol 82–84 de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre amparo deducido en favor de doña María Julieta Campusano Chávez).

– El imperio es un atributo inherente a la jurisdicción. La misma Constitución de 1980 reconoció a aquélla la facultad de "hacer ejecutar lo resuelto".

No sólo durante la tramitación de los amparos no se exigió el cabal cumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad –conforme ya ha quedado dicho– sino, lo que es peor, se la prefirió cuando se trató de la ejecución eficaz de alguna excepcional sentencia favorable a amparados.

Cuando el 3 de abril de 1982 la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el Hábeas Corpus interpuesto a favor de Juan Carlos Silva Martínez y ordenó al ministro del Interior proceder a su "inmediata libertad", se contentó con que cuarenta y ocho horas después lo pusiera a disposición de un fiscal militar...

Para concluir con el tema del Hábeas Corpus, digamos que es probable que en estos casos los ministros hayan pecado de falta de iniciativa y de imaginación para actuar de manera más efectiva. También es posible que a ello haya contribuido la excesiva dependencia jerárquica a una Corte Suprema que poco o nada quería con estos asuntos.

4.3. Arresto en la casa del afectado o en lugar público destinado al efecto, y registro público en este último caso.

No se recuerdan en Chile tantos siniestros recintos de encierro como los que corrieron de boca en boca durante los tres últimos lustros.

No sin temores la gente hablaba de centros como "Villa Grimaldi", "Londres" y "José Domingo Cañas", por mencionar los más conocidos.

Algunos jueces tuvieron ocasión de conocer otros: "Nido 18", "Nido 20", etc.

No recuerdo que alguna vez la autoridad los haya reconocido formalmente en instancia judicial. Por el contrario, los negó expresamente, cuando se le proporcionaron datos reveladores de su existencia.

Es así como el 18 de agosto de 1981 el oficial que hacía de Intendente de Concepción expuso a la Corte de Apelaciones que si bien era cierto que los amparados se encontraban en cuarteles de la CNI, era "altamente peligroso e inconveniente para el normal funcionamiento de las labores propias de la CNI indicar el lugar exacto de sus funciones".

Es decir, las Cortes sucumbieron ante el argumento oficial de "ser conveniente para la seguridad nacional".

Y de esa forma pasaron por alto requisito tan importante como el examinado.

Como podrá colegirse fácilmente, lo anterior significó arrasar, de paso, con la obligación de registrar públicamente el ingreso al establecimiento, con todos los datos de indentificación del afectado. Lo que no podía resultar más obvio, si se considera que el objetivo mismo de procedimiento tan vedado era precisamente el de ocultar cualquier indicio relacionado con el destino de la persona.

Si bien la Ley 18.315 de 1984 legitimó formalmente el arresto en las dependencias de la CNI que posteriormente fueron hechas públicas mediante decreto supremo, ello no mejoró la situación.

Hasta aquí la revisión de la eficacia de la judicatura en la preservación de la libertad.

Habíamos asegurado que, hoy por hoy, el derecho internacional no deja dudas en cuanto a su consideración de la libertad como patrimonio universal. Y que el derecho interno reivindica para sí el rango primario de ese bien jurídico.

No puede decirse otro tanto de la conducta de la jurisdicción chilena de estos tiempos, tan prolongados como actuales –si bien con "gusto" a pasado– que se iniciaron el 11 de septiembre de 1973 y que están por expirar. Lo reseñado es sólo una débil muestra de lo que afirmo.

Pero todo lo anterior no quiere decir que no hayamos de bregar y luchar por la eficacia del derecho a la libertad personal, sabedores como estamos, que de ella depende el futuro del Estado de Derecho.

Es el sentido orientador de ese intento, de ese esfuerzo, el que en adelante concentrará nuestra atención.

Y lo abordaré desde dos puntos de vista.

Primero, el del concepto.

Segundo, el de la conversión.

5. LA EFICACIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y EL FUTURO DEL ESTADO DE DERECHO

5.1. El Concepto.

Vayan cinco breves ideas y una conclusión.

5.1.1. Primera idea.

Que la libertad individual no ha sido respetada en el Continente en el curso de las últimas décadas –salvo honrosas excepciones–, no es una novedad para nosotros. Lo grave es que no lo ha sido *institucionalmente*, pues la autoridad es la que se ha creado mecanismos para disponer de las personas. Es por eso que la cuestión rebasa el ámbito del derecho penal y pasa a ser un problema de derechos humanos. Quebrado el sistema jurídico–protector, la libertad es cosa manoseable.

El concepto de *República* lleva implícito tanto el resguardo de las personas cuanto el control de la juridicidad de los actos de la autoridad.

El estado de derecho es el propio de una República. Componente esencial suyo es el *Poder Judicial*. Una y otro intiman con la *Democracia*.

No es posible –como ocurrió en mi patria– que el gobierno de facto se jacte de mantener en plena vigencia al Poder Judicial y que éste, renunciando a sus atribuciones propias, descuide su competencia conservadora y tolere el sometimiento de la libertad física y de la seguridad personal a los postulados de una mal entendida doctrina de la seguridad interior.

El Estado de Derecho y la democracia pasan por la existencia de un Poder Judicial íntegro, lo que supone jueces comprometidos con las exigencias históricas de una justicia socialmente encarnada.

5.1.2. Segunda idea.

Postulo que para que ello sea posible –no sólo en Chile sino en cualquiera de nuestros países– urgente resulta un cambio en el rol esencial de la jurisdicción y del proceso, consistente en que los jueces adquieran conciencia que *más que servir a la ley positiva, deben servir al Estado de Derecho.*

Esto debe ser así por muchas y variadas razones, entre las que me limito a señalar dos

a) El concepto moderno de estado de derecho adquiere sentido a partir de una noción humanística básica, conforme a la cual es la persona humana –y tan sólo la persona humana– la razón de ser del derecho

b) No hay ámbito del quehacer público que encuentre su legitimidad substancial fuera del parámetro humanístico, lo que quiere decir que tanto la legislación, como la administración y la jurisdicción han de ser enjuiciadas en cuanto tales, a la luz del referido patrón de referencia.

En el Estado de Derecho de una democracia, corresponde a los jueces evaluar el grado de conformidad de la ley positiva con los atributos de la persona y los derechos esenciales que la comunidad de los hombres le ha venido comúnmente reconociendo.

Sin jueces que hayan "internalizado" el valor humanista, imposible resulta concebir un Poder Judicial rejuvenecido.

5.1.3. Tercera idea.

Cuanto al tema que se me ha encomendado, el de la libertad ante la justicia y el Estado de Derecho, me parece fundamental un cambio profundo en la mentalidad de los jueces. En un doble sentido.

Primero, han de convencerse que privar de libertad es un hecho en sí mismo extraordinariamente grave que obliga a actuar en consecuencia.

Segundo, han de ser más jueces de la persona que de la letra de la ley, cuando ésta no ha dado cabida a aquélla. Porque –y seamos enfáticos– *juez alguno está llamado a resolver un asunto valiéndose de una Ley que en conciencia le parece injusta en razón de afectar derechos esenciales de la persona; a juez alguno le está permitido violentar o dejar que se violenten tales derechos.*

Experiencia tenemos bastante como para no haber aprendido la lección.

5.1.4. Cuarta idea.

Permítaseme agregar que en el Chile de hoy –ese que después del Plebiscito del mes de octubre de 1988 pudo aunar intenciones y modificar la Constitución de 1980– lo que acabo de señalar está expresamente preceptuado.

En efecto, la Ley 18.825 introdujo a la Constitución de 1980 dos modificaciones que me parecen determinantes en esta materia.

La primera consitió en agregar al inciso 2º del art. 5º la frase siguiente: Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

La segunda, en la supresión del inciso 2º del numeral 26º del art. 19º, que quedó así: "La Constitución asegura a todas las personas: 26º La seguridad de que los preceptos legales que por mandanto de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Consecuencia de lo anterior es que cada vez que el juez llegue a la conclusión que una determinada comprensión de un precepto legal, según su leal saber y entender, *afecta en lo esencial uno o más de los derechos que la Constitución y el derecho internacional vigente en Chile* aseguran a todas las personas, está en el *deber* de encontrar una inteligencia compatible con aquéllos y que sea razonablemente aceptada por el sistema.

5.1.5. Quinta idea.

Sea como fuere, a la postre la decisión judicial se legitima en el grado de aceptabilidad de la misma en la audiencia a la que está destinada. Y esta audiencia está conformada, en definitiva, por el foro o del mundo de los que entienden de la cosa jurídica. No obstante, estando en juego valores fundamentales de la convivencia y subsistencia sociales –cual la libertad individual–, la audiencia se extiende a la comunidad toda.

Para que la sociedad acepte las decisiones de la justicia, éstas tienen que estar justificadas, es decir, apoyarse en razones convincentes. Entonces –y sólo entonces– el pueblo *cree* en sus jueces. Es lo que la teoría contemporánea llama consenso, que hoy por hoy se alza como padrón último de legitimidad del discurso jurisdiccional.

5.1.6. Conclusión de este primer punto de vista conceptual.

PODER JUDICIAL HABRÁ CUANDO LA GRAN AUDIENCIA SOCIAL ACEPTE, ENTIENDA Y CREA EN SUS JUECES.

ELLO SE LOGRARÁ CUANDO ÉSTOS ACTÚEN DE MANERA CONSECUENTE CON EL COMPROMISO DEL DERECHO ANTE LAS PERSONAS, ESPECIALMENTE EN LO QUE TOCA A SU LIBERTAD.

PARA LO CUAL ES IMPOSTERGABLE GENERAR LA JUDICATURA CON GENTE SENSIBLE A LOS TRASCENDENTES DESAFÍOS DE ESE DERECHO POR SIEMPRE HUMANISTA.

Ese es el concepto.

Vamos al otro punto de vista, que he denominado de la conversión.

5.2. La conversión (A modo de mensaje).

En verdad, más que de conceptos, es la nuestra una cuestión de conversión.

La judicatura no es sólo cosa de razón, sino de espíritu. Por sobre la inteligencia, la hacemos con el alma.

El dogma lo pude traer escrito desde Chile; cabe en la maleta.

El espíritu, el ánimo, el ambiente... están aquí. No podía traerlos... ni me habrían cabido, tan enormes como son.

No es tampoco exacto que allá no estén presentes. Fervor siento en Chile cuando con jueces me junto en eventos como éste.

Sólo que aquí asumen otro sabor.

El sabor latinoamericano. El sabor de aquello que parece no tener fronteras. Y me llegan muy hondo vuestros desgarros y penurias.

Y al escuchar a los jueces durante estos días, me impongo de una realidad que me resultaba desconocida. Y eso me motiva. Y me hace pensar que de poco sirve el dogma que traía.

Fruto de esa inquietud son las reflexiones que siguen:

Los invito a meditar conmigo, a interpelarnos íntimamente como jueces, abogados, juristas, sociólogos o estudiantes. Y excúsenme si no pude captar mejor los aires que flotaban en el ambiente.

5.2.1. El Estado de Derecho supone igualdad ante la ley. En derechos y en deberes. El ordenamiento jurídico crea mecanismos de protección para el "desigualado", es decir, para el más débil.

Podríamos sentar como premisa que es débil –socialmente débil– el marginado, porque goza de menos derechos –sociológicamente hablando; cuestión ésta de hecho, constatable empíricamente–, soportando, al menos cualitativamente, los mismos deberes.

Pero ocurre lo paradojal: *el débil se hace fuerte* –también una cuestión de hecho. ¿Por qué ? Porque –y excúsenme el análisis simplista, tan sólo justificable por razones didácticas– cansado de *esperar* –desesperanzado– él mismo se "hace poder". Y el campesino, el minero, la mujer, y hasta el niño de 12 ó 14 años, se hacen fuertes por la vía de coger un fusil, un puñal o un explosivo, como si en estos elementos encontraran, al fin, la seguridad, el equilibrio, el contrapeso, la igualdad. El arma, la violencia encarnada en el que se cansó de esperar –¿de amar?– parece operar una suerte de transmutación: el individuo deviene especie, pasa a ser algo, un cuerpo, pasa a "ser", se encuentra; es una primera y última forma de solidaridad, la del todo o nada, vida o muerte, ser o no ser, extinción o subsistencia, sólo ayer o también mañana.

El alzamiento lo es:

- en contra del *poder*, entendido como la formal explicitación del orden del desorden.
- en contra del *derecho* , mirado como la legitimación de privilegios y flagrantes desigualdades.
- y en contra del *Poder Judicial*, indentificado con uno y otro.

5.2.2. Así, de pronto, adquirimos conciencia que el sistema mismo que con tanta certeza propugnamos, está puesto en tela de juicio, en sus cimientos.

Jueces, legisladores, académicos y juristas en general, se desvelan por recrear el proyecto revolucionario de hace 200 años, con lenguaje actual y hasta latinoamericano.

Muchos creemos estar en la avanzada por el hecho de inquietarnos por la violación de los derechos humanos y asumir actitudes consecuentes. Pero al proponer soluciones, al buscar caminos, es probable que sigamos hablando el mismo lenguaje; que no hagamos más que mover de manera novedosa las piezas del mismo tablero de ajedrez.

Sin darnos cuenta y con la mejor intención, nos desplazamos en el círculo, a veces vicioso, de una cultura jurídica que se ve rechazada por un número progresivamente creciente de ciudadanos.

Es que nos pasó desapercibido, tal vez, que "juridicidad" fue significando paulatinamente para algunos "anti–pueblo".

Como estamos al lado de acá de la raya divisoria, a lo mejor levantamos andamiajes desiguales. Creíamos ser "unos" como nación, pero no era así; el indígena no estaba en mí. Y sin quererlo , yo, jurista, instituí un esquema excluyente, prescindente y, en ese sentido, es probable que también aniquilante y opresor.

Y la *democracia*, mis amigos, se quedó en el nombre, por desigual; tan sólo alcanzó y motivó a los que aún creen y esperan; a los que todavía aguardan el justo reparto de posibilidades.

Y el Estado de Derecho, tampoco fue.

5.2.3. ¡Qué maravilla! hermanos de esta Patria, *veros preocupados por y ocupados* en estas cosas.

¡*Cuánta juventud en este auditorio*! ¡Juventud del alma, la verdadera!

Cojo la prensa de estos días y me encuentro con múltiples informaciones y noticias relativas al quehacer de jueces y tribunales.

El tema está latente.

La sociedad bulle.

Se palpa la sed de justicia.

Es la crisis.

No para asustarnos ni apabullarnos.

Sí para remecernos.

La evolución es incontenible. Su arrastre avasallador es por momentos insoportable. Nos "zamarrea" cual las inconmensurables fuerzas de la naturaleza.

En este sentido, el cambio obedece a una especie de ecología sociológica. Así como el huracán o el terremoto derriban lo débil, respetan lo consistente y obligan a reconstruir lo primero, la historia arrasa lo que no condice con lo perenne, con lo substancial; es decir, borra lo superfluo, instándonos, así tan salvajemente como en la hora presente, a su reemplazo.

Es por ello que la crisis es vida.

La crisis anida potencialidad.

Es llamado al resurgimiento. Es el alfa. Es el alimento del futuro. De ese futuro que no es tiempo, sino identidad: suma de lo mejor del ayer y del hoy. De ese ayer autóctono, indígena. De ese hoy errante, peregrino.

5.2.4. Sí, lo mejor del ayer y del hoy.

Pero:

¿Quién nos lo muestra?

¿Quién nos da la claridad?

Bienaventurados los que tienen ansias de esa luz...

¡Desgarrado continente!

¡Gimiente nación!

¿Quién nos da la luz?

Estáis ansiosos. Sois entonces, un pueblo culto, a condición que la búsqueda se haga con, por, entre y para todos, sin distinciones.

5.2.5. Yo no tengo fórmulas mágicas.

No se ha hecho en mí la luz. Probablemente porque, como Uds., soy habitante de esta parte de la Tierra que aún no tiene nombre. No es Perú, no es Brasil, no es Ecuador, ni Colombia, ni Chile... tampoco es hispanidad. No sabemos bien qué es... Pero queremos ser...; en busca andamos de nuestra identidad... del nombre... del ser bolivariano. O a lo mejor, ya los tenemos: somos Latinoamérica, y sólo pretendemos hacernos valer.

Sea como fuere, percibo que debo optar.

Porque hacer camino es elegir un sentido, una dirección. Es asignarme rumbo.

Quien sabe si aquí está mi único aporte de certeza a este encuentro: el sentido de la opción.

5.2.6. Sentada como ha quedado la primera premisa, consistente en el divorcio entre las bondades y méritos que sus creadores asignan al sistema jurídico–positivo, y lo que en él ven importantes y crecientes segmentos de la sociedad; y la segunda premisa conforme a la cual ese mismo esquema induce a la rebelión, el juez se enfrenta cada día con mayor frecuencia a la *encrucijada entre el sistema o la persona.*

¿Cuál es su función?

¿Defender el sistema, *outrance*, o quedarse con el hombre?

Me parece que aquí está la piedra angular del dilema.

El desafío consiste en definir esta opción.

5.2.7. ¿Por qué nos cuesta hacerlo?

Porque desde la instrucción escolar, pasando por la enseñanza universitaria, se nos enfatizó aquello que subyace en nuestra civilización: la libertad se legitima en la Ley. Y surgió el monstruo, el Leviatán: la voluntad soberana de la nación, la voluntad del pueblo... Sí, señoras y señores, de ese pueblo que –en proporción a veces no despreciable– se sintió enredado, cazado, enrejado en esa ley que considera hipócrita manifestación de quienes, a veces inauténticamente, proclaman su nombre.

Y el juez es sistema.

El Poder Judicial es parte consubstancial del Estado de Derecho.

¿Podría un magistrado pretender siquiera preterir la ley, sin incurrir de inmediato en ilegitimidad?

El solo planteamiento de la cuestión suena a escándalo, a herejía.

5.2.8. No obstante, lo cierto es que si dudas nos asaltan, ellas apuntan al sistema y no al hombre.

Porque mientras las estructuras pasan, el humano queda.

Y es precisamente la insatisfacción de las exigencias de justicia que emanan de la naturaleza humana, la que pone en jaque al ordenamiento positivo, al sistema.

5.2.9. No hay, entonces, dónde perderse.

En la disyuntiva histórica, ser juez significa estar con y para el hombre. Sin más. Como suena. Sin ambages. No hay vacilaciones ni salvedades.

El ser del juez es el ser del humanista. Porque la juridicidad, esto es, la especificidad de la cosa jurídica, radica en la humanidad.

Sí, humanidad que, en lo que aquí y ahora toca, importa no sólo cercanía, comprensión y aceptación, sino compromiso con la substancia –no los accidentes– de los proyectos históricos personales de nuestros justiciables, cualquiera sea su motivación ideológica, religiosa o política, y su condicionamiento étnico, cultural, económico o social.

No es tan juez el respetuoso de los derechos humanos –concepto que importa el reconocimiento positivo formal de ciertas prerrogativas naturales– como el real servidor de sus semejantes.

5.2.10. Mientras los especialistas en el tratamiento de la cosa pública –políticos y legisladores– buscan las fórmulas institucionales, orgánicas y funcionales más eficaces para responder a los desafíos inmediatos de los requerimientos de igualdad en la libertad y de libertad en la igualdad –que no otra cosa es el derecho– concentrémonos los jueces en la atención preferente y efectiva del clamor ensordecedor ante la reiterada injusticia.

Tendamos la mano al pueblo marginado; que tras la daga y el fusil, no hay más que anhelos de paz, bondad y amor.

No nos disculpemos con las estructuras obsoletas. La democracia demora en rendir los frutos de un sistema más ágil.

Entretanto, mientras llegan, asumamos la misión trascendente, con todo nuestro ser.

No aguardemos en palacio, que el mendigante golpee nuestra puerta soberana.

Prevengamos. Vamos donde él.

Participémosle nuestro ser, que es Poder.

Acojámosle prontamente, para que a través nuestro se integre al todo y, así se haga democracia.

Demos a cada instante parte de nosotros mismos. Inmolémosnos.

La dimensión de servicio –sacerdocio judicial– no tiene límites.

¿Hay acaso dádiva más excelsa que la de compartir con los congéneres, hasta lo más, el privilegio del título profesional obtenido en estas sociedades desiguales?

5.2.11. Epílogo.

Somos sembradores de justicia, creadores del derecho, constructores de una sociedad justa, paladines incansables de la verdad y la paz, garantía de los bienes del derecho en torno a los cuales se levanta una cultura.

No es juez el que aplica la ley.

Es tal el que dice el derecho, como sinónino de lo que cree justo.

Es juez el que, depositario de esas gracias que conocemos como las virtudes de la justicia y la prudencia, se planta en el mundo esparciendo sus consecuencias, en un compromiso con los demás que asume el nombre de Derecho.

Esta sociedad, amigos y colegas míos, está ávida de líderes de lo bueno, lo verdadero y lo justo. Por lo mismo, está atenta a cuanto pueda provenir de nosotros, públicamente premunidos con la balanza de la justicia y con la espada de la fortaleza; esa fortaleza que es coraje y valentía, a la vez que audacia. No podemos defraudarla.

¡No la defraudemos más!

El derecho está en crisis.

La jurisdicción también.

Porque no hemos sabido –y en ciertos casos querido– asumir nuestra propia identidad.

Hemos ocultado lo que somos.

Dispongámosnos, en una suerte de reconversión que toque lo más hondo de nuestro ser, a servir esta causa con generosidad, con ímpetu incontenible, con la fuerza del espíritu.

Los chilenos, peruanos y habitantes de esta Tierra, en general, nos siguen esperando, ansiosos y anhelantes de lo que la tradición, la historia y el derecho nos han encomendado.

Que nuestra obra sea hermosa, porque justa.

Y que al final de nuestros días tengamos la sensación de haber hecho una siembra generosa.

Antes de agradecerles la paciencia, quiero invitarlos a reemplazar los aplausos de rigor por un breve silencio, tan interior como profundo, en homenaje a los jueces caídos, a los amenazados, a los sufrientes; silencio que, a modo de súplica, dé fuerza a los perseguidos por causa de la justicia e infunda valor a los que tienen sed de ella.

LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA EXPERIENCIA ECUATORIANA

EXPONE: ENRIQUE LEÓN PALACIOS,
Abogado, Presidente de la Corte
Nacional de Menores, Ecuador

INICIO EL ESTUDIO de una temática que por invitación de la Ilustre Comisión Andina de Juristas, me honro en exponer, esto es la Libertad, la Administración de Justicia y Estado de Derecho.

La Libertad Individual, garantía consagrada por los Derechos Humanos, inspirada en los principio de la Revolución Francesa y protegidos por el Derecho Constitucional de los estados democráticos de nuestra región, sufre quebrantos como efectos de sanción o rehabilitación, cuando el hombre responsable y culpable realiza un acto previsto por la Ley sustantiva como infracción. La administración de justicia en el momento de dictar sentencia hace de la abstracción de la norma jurídica, algo concreto.

Constitucionalmente las garantías de la libertad individual se afirman con la necesidad de observar los requisitos para detener, procesar juzgar y condenar a los sospechosos o acusados. Además ha de juzgarse y sentenciarse de acuerdo con las leyes anteriores a los hechos declarados punibles y por los jueces o tribunales competentes según las leyes procesales "CABANELLAS".

En esta Tribuna de tan alto pensamiento, deseo manifestar que en los países latinoamericanos, entre los grandes males que los aquejan, se halla justamente la violación de la libertad individual producida como consecuencia de una deformada administración de justicia que mantiene en la Región un exagerado número de presos sin sentencia, pudiendo afirmar por orden alfabético, que: ARGENTINA, de 23,792 presos, 12,122 esperaron condena, es decir un 51.08% de la población carcelaria; BOLIVIA, conserva un 89.70% de esta población sin condena; COLOMBIA, de 28,680 presos, 21,107, sin condena, lo que

nos da un 72.50%; COSTA RICA de 2,407 presos, 1,141, sin condena, constituyendo el 47.40%; CHILE, de 12,876 presos, sin condena 6,723, es decir el 52.21%; ECUADOR, de 5,709, 3,658 sin condena que nos da el 64.08%; El SALVADOR 1,402, 2,809 internos sin condena da 82.57%; GUATEMALA de 4,367, sin condena 5,255, es decir, el 53.93%; HONDURAS, de 1,016 presos, 593 sin condena, dando un 58.20%; MÉXICO de 58,532, 43,316 sin condena, equivale al 73.23%; PANAMÁ, de 2,339 presos, 1,556 sin condena, equivale al 66.52%; PARAGUAY, de 1,460 presos, 1,376 sin condena, equivale al 94.25%; PERÚ, de 14,322 presos, 10,161 sin condena, 70.95%; REPÚBLICA DOMINICANA, de 5,355, 4,278 sin condena, es decir 79.88%; URUGUAY, 1,890 presos, 1,446 sin condena, es decir el 76.50%; y, VENEZUELA, de 16,552 presos, 12,245 sin condena, es decir el 73.93%.

Esta expresión dramática y tomada de estadísticas pretéritas programadas a la fecha, con seguridad constataríamos un aumento, lo que haría más dramática la exclusión de la libertad individual.

Esta demostración naturalmente no incluye las flagrantes violaciones a las libertades individuales, como son las detenciones ilegales, secuestros o detenciones por vía administrativa con motivo o finalidad política, en los países que han sufrido y sufren el peso de la centralización política.

Tampoco en estos países abarcan los datos referentes a los presos contraventores que en muchos casos permanecen detenidos en dependencias policiales o incluso son sometidos a sentencias de autoridades policiales o administrativas, como siempre con la garantía mínima de defensa. Es indispensable señalar este género de violaciones abiertas a la libertad individual que tiene lugar fuera del ámbito de control jurisdiccional. Un proceso penal prolongado acarrea una dilatada privación de la libertad del procesado, en donde la prisión o detención privativa que pesa sobre cualquier hombre se transforma en condena con violación al principio proclamado en los Derechos Humanos y en el Derecho Positivo de los países civilizados, de que nadie puede ser penado mientras no se pruebe su culpabilidad en la forma legalmente establecida. Por consiguiente el alto contenido de la misma, al dilatarse, el juez lo que decide es, si debe continuar privado de la libertad individual, es decir se institucionaliza el preso sin sentencia en un régimen análogo al condenado.

Yo creo firmemente que mayor dolor se produce en el interno en espera de sentencia y sin libertad, que en el condenado a prisión.

La distorsión del proceso penal no sólo afecta al sindicado sin libertad, sino a cualquier procesado, por cuanto el sometimiento a proceso conlleva una limitación de derechos y una inevitable consecuencia social estigmatizante que no puede tolerarse que se extienda por períodos que abarcan a veces a más de una décima parte del promedio de vida del hombre en América Latina; pero no cabe la menor duda de que la máxima manifestación de esta afectación tiene lugar cuando el sujeto se ve privado de su libertad individual.

A través del fenómeno preso sin condena se muestra la realidad intiminatoria de los sistemas penales en el área, las que se operan mediante esta distorsión del proceso penal, exhibiendo una ideología formal plasmada en los textos legales y constitucionales en la ideología práctica completamente diferente, realizada en el plano social.

El distanciamiento entre la ideología jurídica y la práctica, no es nuevo. Entender este distanciamiento es clave a su vez, que el destino de la libertad individual del habitante latinoamericano. La explicación de este fenómeno no es difícil si partimos de la perspectiva general de la dependencia. Latinoamérica ha padecido siempre una dependencia económica y hasta política. Por consiguiente, también ha padecido de dependencia ideológica. Esto resulta caro en su ideología penal; se han adoptado como base de sus ideologías penales, los Códigos y Proyectos más dispares de los países centrales, el de Napoleón, el de la España Liberal, el de la España de Restauración, el de Bélgica, el de Babiera, el de Lousiana, el de Alemania Imperial, el de la Unidad Italiana, el del Positivismo Italiano, el de la Unificación Suiza, el de la Italia fascista, recientemente de Alemania Federal, se han seguido las ideologías criminológicas, del Positivismo Italiano, de la Criminología Científica.

Cada una de las ideologías jurídicas adaptadas respondían a una etapa de industrialización que no se daba en nuestra sociedad peribérica, en su adopción, tomaron parte los factores concretos más imponderables: el deslumbramiento y la moda intelectual, la formación europeizada de élites gobernantes, la competencia y la envidia intelectual y política. Es grave pensar que una vez adoptada una ideología básica, no es fácil corregirla, puesto que se genera todo en

un sistema ideológico, cuyos tributarios refuerzan la inercia que obstaculiza el cambio.

La superestructura que es la norma jurídica, debe obedecer a las estructuras socio–económicas de América Latina, lo que con ortodoxismo no se ha cumplido en nuestro sistema penal, continental europeo.

De desear hubiese sido que América Latina respondiera a ideologías originarias generadas en sus sistemas fuertemente estratificados, habría conocido el dominio ideológico jurídico digno de la Terenciana o de la Novísima Recopilación. Precisamente la presencia de estas ideologías penales que no están hechas a medida, sino heredadas del "pariente muerto" son las que introducen contradicciones en el sistema que se hacen innegables por sus existencias.

Estimo correcto que estamos obligados nosotros no sólo a detectar los males, sino a prever los mismos, solucionarlos en la medida de nuestras posibilidades.

Considero por ejemplo que es urgente en nuestras legislaciones se disponga, que no se dicte la prisión preventiva, en ningún caso de delito que tenga conminada pena no privativa de libertad, ni en los delitos cuyo mínimo de pena haga viable la condena de ejecución condicional.

Estimo que no es posible solucionar el problema de la prolongada excarcelación en el área; pero tampoco puede ignorárselo o cargarle las consecuencias de estos defectos a los procesados, para ello, por lo menos resulta indispensable consignar una regla conforme a la cual ninguna prisión preventiva puede exceder la mitad de la máxima pena del delito que se trata.

Igualmente considero necesario que debe generalizarse la excarcelación obligatoria de oficio cuando media sentencia obligatoria en su primer nivel. Considero necesario también, la eliminación de la fianza carcelaria económica, porque si bien es verdad que la fianza carcelaria en nuestro medio se da para infracciones no castigadas con reclusión, es una garantía en la defensa, no es menos cierto que es una institución antidemocrática que pone a unos ciudadanos en diferente situación que otros, pues el que dispone de bienes de fortuna obtiene la libertad en base a una fianza, y el que no lo tiene, está condenado a esperar varios años la sentencia y a permanecer preso sin condena. Contraría esto al Art. 7º de la Declaración Universal de

los Derechos del Hombre que expresa: "Todos son iguales ante la Ley y tiene, sin distinción, derechos a igual protección de la Ley. Todos tenemos derecho a igual protección de la Ley. Todos tenemos derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración a tal discriminación".

La fianza carcelaria en nuestro país, no solamente es antidemocrática, sino aun hasta espeluznante, pues se dan casos que delincuentes que con cinismo confiesan su delito con lujo de detalles y luego obtienen su libertad bajo fianza, seguramente extraída del fruto del cinismo; en cambio, procesados que claman por su inocencia, no pueden obtener fianza por no disponer de medios económicos, o porque la infracción no es susceptible de aquello.

Considero que este tipo de fianza no debe existir cuando la prueba es fehaciente y sólo se hace imperiosa la sentencia.

La tesis que siempre invoco en las aulas universitarias, es que se debe conceder fianza, en cualquier tipo de infracción, sea prisión o reclusión, de no haber presunciones graves de culpabilidad, pero de existir prueba suficiente de autoría material o intelectual, de coautoría física o intelectual, de complicidad intelectual o física, no se debe dar fianza, sino dar sentencia. Hiere la moral y el sentimiento, al ver cómo procesados sobre los cuales existe prueba plena, obtienen su libertad bajo fianza, y otros sobre quienes no existe la suficiente relación causal, no obtienen este "privilegio" porque el ilícito se castiga con reclusión.

En fin, reitero el criterio de tomar medidas necesarias para salvar la triste situación de aquellos procesados sin libertad individual.

En mi país, el Ecuador, cuando en agosto de 1986, en mi calidad de Diputado de la República, presenté un proyecto tendiente a salvar esta situación y que en su texto se explica las intenciones que conllevaba esa inquietud, cuya reforma elevada a categoría de proyecto quedó así:

> "ARTÍCULO ÚNICO.- En el Capítulo III del Título IV del Código Penal que se refiere al ejercicio de las acciones y de la extinción y prescripción de las mismas y de las penas, después del Art. 114º del Código Penal, añádase lo siguiente: "EL PRESO QUE PERMANEZCA MÁS DE DOS AÑOS SIN SENTENCIA, SERÁ PUESTO INMEDIATAMENTE EN LIBERTAD".

Los jueces y demás funcionarios causantes de esta demora serán destituidos inmediatamente de sus funciones e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo público por el tiempo de cinco años y en forma vitalicia para cualquier función de carácter jurisdiccional.

"EL RECLUSO QUE PERMENEZCA MÁS DE CUATRO AÑOS SIN SENTENCIA SERÁ PUESTO INMEDIATAMENTE EN LIBERTAD".

Los jueces y demás funcionarios causantes de esta demora serán destituidos de sus funciones e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo público por un tiempo de diez años y en forma vitalicia para cualquier función de carácter jurisdiccional.

Para el efecto de las sanciones establecidas en el inciso anterior, se tendrá como culpable a todo juez o funcionario que por dolo o negligencia no hubiere despachado la causa dentro del tiempo superior a tres veces más que el señalado por la Ley, salvo casos de exclusión de la culpabilidad probados plenamente ante el inmediato superior.

La acción de daños y perjuicios que hubiere lugar contra dichos funcionarios se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Desventuradamente por la inflación de pretenciones legislativas no ha sido hasta el momento hecha Ley.

Sin embargo, hace pocos días tuve el ofrecimiento del Director Nacional de mi partido Izquierda Democrática, Lcdo. Nicolás Iza Obando, hombre de gran sensibilidad social, y a su vez Diputado Nacional, para dar trámite preferente a esta reforma.

Los regímenes de derecho exhiben estos fenómenos negativos por la deficiencia de la estructuración jurídica y la hipertrofia poblacional: sometida a la violación de su libertad individual, se acentúa más en los regímenes dictatoriales, como ha sucedido en este tipo de gobiernos del Cono Sur de nuestra América Latina.

La administración de justicia es víctima de causas exógenas en el cumplimiento de su obligación.

RAMIRO BORJA Y BORJA, constitucionalista que honra la cultura de mi país, y del mismo tronco del presidente Rodrigo Borja que con sinceridad y seriedad conduce al Ecuador, al hablar de la esencia de la justicia dice: "el hábito de realizarlo constituye la cualidad o virtud de justicia que se da en el sujeto y se define en la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo. Lo suyo es para un hombre

aquello que le corresponde. Ni la definición justicia ni la de su acto precisa lo que a cada cual corresponde. A cada cual le corresponde lo que coadyuva para su perfeccionamiento".

Es obligación de los gobiernos eliminar la heterogénea causalidad que obstruye el principal fin del derecho que es la justicia, a través de la cual podemos alcanzar la paz.

La libertad individual sufre mayor violación, naturalmente en los regímenes de facto, cuyos jefes de Estado subordinan el Derecho Constitucional a su voluntad, a su fines, en muchos casos, a sus caprichos.

Una historia sufrida es la que han atravesado los pueblos latinoamericanos en esta materia. Para los gobiernos de centralización todo medio es válido para mantenerse en el poder, y por lo tanto la libertad personal, es la que más disminuida y ofendida ha sido y es.

Se calcula que el 80% de la población de América Latina vivió en la anterior década bajo el mando militar. Una característica común de tales regímenes ha sido declarar e implementar un permanente estado de emergencia.

Regularmente tales invocan poderes especiales, que tras ciertos períodos de tiempo conducen inevitablemente al deterioro de libertades civiles, a la institucionalización de prácticas tales como arresto arbitrario y tortura de presuntos disidentes y en una represión que sobrepasa todos los límites constitucionales y legales, violando las más elementales normas de humanidad.

Uno de los aspectos más perturbadores de la represión, en los gobiernos de centralización política, ha sido el de los actos de terrorismo contra la población, perpetrados por la fuerza de seguridad que parecen tener poco respecto, tanto por la Constitución como por la Ley. No vamos a olvidarnos de Argentina, en donde miles de personas fueron secuestradas por la fuerza de seguridad y llevadas a campos secretos en todo el país, donde generalmente se los torturó y hasta han desaparecido, dejando esa estela de dolor inmenso en el corazón de las mujeres de la Plaza de Mayo.

En Bolivia, el encarcelamiento político como resultado del esfuerzo del Gobierno boliviano para suprimir la actividad sindical han constituido la principal preocupación de los hombres democráticos de América Latina.

En Brasil, Amnistía Internacional, sobre torturas y desapariciones en gobiernos dictatoriales, nos alarma.

En Chile y Paraguay sus gobiernos ultrajan la libertad individual en pretexto de cumplir sus fines.

En el Ecuador el gobierno militar que precedió al de derecho, tuvo el acierto de hacer puente entre la dictadura de Rodríguez Lara y el gobierno constitucional. En el gobierno al que me refiero, el retorno al régimen de derecho se hizo en base de un sistema eliminando la tradicional Asamblea Constituyente y formando Comisiones de Reestructuración Jurídica del Estado, que sometieron a consulta popular dos tipos de constituciones con marcadas diferencias que hicieron posible que nuestros pueblos puedan elegir. Cuerpo de Reestructuración Política en la que participaron dos presidentes constitucionales y que quien os dirige la palabra tuvo el honor de encontrarse en este grupo de juristas ecuatorianos.

Puedo sintetizar que en algunos gobiernos de centralización política tenemos cuatro categorías de prisioneros:

1. Detenidos cuando se declara el estado de sitio, es decir, sin proceso judicial y sin que se les haya formulado cargo alguno;
2. Procesados condenados, que están detenidos a la espera del juicio, o juicio pendiente o cumpliendo condena;
3. Detenidos desaparecidos, cuya detención las autoridades se niegan a admitir; y,
4. Privados de la libertad como consecuencia de acusación de cometimiento de delito común, encarcelados y presos sin sentencia, como víctimas de un sistema jurídico penal continental europeo y una abulla judicial. Este último tipo de violación a la libertad reitero en manifestar que se cumple también en los regímenes de derecho.

No quiero dejar escapar esta oportunidad, para expresar a vosotros que la mejor manera de prever todos los males enunciados, es empleando una política social en favor de los sectores marginados, con serenidad, con paciencia, con optimismo y respetando la libertad individual.

El actual gobierno del Ecuador trata de hacer una justicia social y aspiramos a que lo consiga a través de varios proyectos, entre los cuales se encuentra la protección al niño, célula generadora del futuro,

confiados a un inteligente humanista Raúl Baca Carbo y a una sensible mujer Elsa María Castro.

Somos un pueblo refractario a las violaciones de las libertades individuales. Dentro de nuestro seno, han salido grandes defensores de estos derechos, grandes cultores del humanismo, como Julio Prado Vallejo, profesor universitario, apasionado y brillante en la defensa de la integridad del hombre, en las esferas nacional y mundial.

> "El hombre es él y sus circunstancias y si no lo salvo a él no me salvo yo". (ORTEGA Y GASSET).

Salvemos a El, ese El que es nuestro indio, ese El que es el mestizo, nacido de una violenta y sorpresiva invasión, que no fue triunfo ni fracaso, sino el nacimiento doloroso de una nueva raza que constituye la AMÉRICA DE HOY.

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

EXPONE: FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Abogado, Profesor universitario, investigador de la Comisión Andina de Juristas, Perú

QUIZÁS EL PRINCIPAL problema que encontramos al momento de hacer una evaluación de la vigencia de la libertad individual durante estos diez años de régimen constitucional en el Perú, es que la conclusión, desde un principio, resulta ser ya conocida por todos. Es por ello que si bien es exacto sostener que el respeto a la libertad individual ha alcanzado escaso desarrollo entre nosotros y que el Hábeas Corpus tiene muy poca eficacia en su defensa, lo cierto es que afirmarlo deja la sensación de no estar diciendo ni aportando nada nuevo en el estudio y comprensión de este problema.

De allí que en esta exposición he considerado conveniente convertir dicha conclusión en un punto de partida, porque estimo que lo más importante es analizar las causas de esta situación y formular algunas propuestas que contribuyan al afianzamiento de la libertad individual en el país.

Encuentro indispensable empezar haciendo explícitas algunas premisas en que se sustenta mi análisis :

En primer lugar, creo que la evaluación de la vigencia de la libertad individual en el Perú, tiene que realizarse confrontando lo establecido en las normas constitucionales y legales con su funcionamiento concreto en la práctica de las autoridades políticas, policiales y judiciales.

En segundo lugar, pienso que la libertad individual constituye un elemento fundamental (una suerte de termómetro) para medir el grado de desarrollo alcanzado por una sociedad en la construcción del Estado Democrático de Derecho, pues la vigencia de ese derecho no

sólo es condición para el desenvolvimiento efectivo de los demás derechos reconocidos por la Constitución, sino que permite poner a prueba el carácter democrático del régimen político imperante en un país.

En tercer lugar, no puede soslayarse que este análisis tenemos que situarlo en un país como el Perú y en su problemática; una sociedad con una larga tradición de profunda inestabilidad política, de autoritarismo, de racismo, de desigualdad social, de injusticia y ahora, además, de violencia generalizada.

No sería racional ni sensato esperar que el desenvolvimiento de la libertad individual y el comportamiento de las autoridades judiciales, políticas y policiales en este campo, se sustraigan significativamente al condicionamiento impuesto por las características fundamentales de nuestro ordenamiento social.

De acuerdo a las investigaciones que venimos realizando, puede señalarse que el problema de mayor relevancia social y jurídica a considerar en la evaluación de la vigencia de la libertad individual en el Perú, lo constituyen las detenciones arbitrarias y la inoperancia del Hábeas Corpus para remediarlas.

Para abordar este tema, vale la pena precisar qué novedades importantes trajo la Constitución Peruana de 1979 (en su artículo 2º. 20 g) con respecto al tratamiento de la libertad individual y las causales que autorizan la detención de las personas:

Una primera innovación sustantiva de la Carta del 79, es que se aparta de la orientación de las constituciones anteriores que equiparaban al juez y a las distintas autoridades encargadas de controlar el orden público en cuanto a su competencia para disponer y realizar detenciones. En efecto, dichas constituciones exigían que la orden de detención, emanada de un juez o de dichas autoridades, tuviera carácter escrito y fuera motivada, sin delimitar las causas en que la privación de la libertad resultaba justificada.

Aquí la Constitución del 79 trae dos cambios muy importantes: el primero consiste en suprimir la referencia genérica a las autoridades encargadas de la conservación del orden público, restringiendo la potestad para efectuar detenciones a los jueces y a las fuerzas policiales. Y el segundo consiste en que las fuerzas policiales sólo pueden detener, de *motu propio*, en los casos de flagrante delito.

Otra novedad importante de la Carta del 79, es que al lado de la detención ordinaria de 24 horas establece un trato especial para los casos de narcotráfico, terrorismo y espionaje, donde esta detención puede extenderse hasta 15 días.

Pero aunque la vigente Constitución intentó avanzar hacia una mayor protección de la libertad personal frente a posibles detenciones arbitrarias, lo cierto es que las autoridades políticas y policiales han continuado (en lo esencial) con prácticas y comportamientos que actualmente han devenido en inconstitucionales. Es así que la policía persiste en el recurso reiterado a detenciones que obedecen a simples sospechas o para efectuar investigaciones, así como en realizar detenciones masivas (de personas indocumentadas) muchas veces carentes de fundamentos razonables.

¿Qué razones explican este comportamiento policial y de las autoridades políticas, que se resisten a adecuar su conducta a lo dispuesto por la Constitución?

Un primer factor que incide en esta situación, ha sido la prolongada y frecuente existencia de regímenes autoritarios y dictatoriales que, hasta hace poco tiempo, primaron en la experiencia política peruana. Dichos gobiernos se sustentaron fundamentalmente en la restricción y el atropello de los derechos ciudadanos, propiciando un comportamiento policial que resultara funcional a sus objetivos represivos; de este modo, la policía adquirió hábitos fuertemente antidemocráticos y muy poco apegados al respeto de la libertad personal.

Por eso consideramos que dentro de un régimen constitucional como el que vivimos, que debe orientarse a la construcción de la democracia y el Estado de Derecho, corresponde a las autoridades políticas elegidas por el pueblo la principal responsabilidad en la indispensable adecuación del comportamiento policial al mandato de la Constitución en cuanto al respeto de la libertad individual, superando definitivamente conductas cuya continuidad conspira contra la vigencia efectiva de este derecho.

Un segundo factor que puede haber influido en el escaso respeto a la libertad individual y en la prosecución de numerosas detenciones arbitrarias, ha sido que las leyes orgánicas de las fuerzas policiales (elaboradas con anterioridad a la vigencia de la Constitución del 79) se mantuvieron vigentes por la injustificada desidia de los regímenes constitucionales hasta el año 1986. Estas leyes conferían a la policía

amplias y mayores atribuciones en materia de detención que resultaban contrarias a lo dispuesto por el artículo 2º. 20 g) de la Constitución.

Con ello se generaba una cierta confusión o incertidumbre que favorecía la continuidad de prácticas de detención previstas en las leyes orgánicas pero vedadas por la Constitución, como los casos de indocumentados, sospechosos, vagos, etc. Como de costumbre, los grandes perjudicados por esta situación fueron los ciudadanos y, dentro de ellos, principalmente los más pobres.

Pero lo grave es que esta pasividad, culpable de haber permitido la continuidad de conductas policiales violatorias de la libertad individual y contrarias a la Constitución, también ha comprometido al Poder Judicial como se desprende de las siguientes cifras:

En el Perú, de acuerdo a informaciones del Instituto Nacional de Estadística, desde 1980 a la fecha la policía realiza aproximadamente un promedio anual de detenciones que fluctúa entre 220 mil y 230 mil personas a nivel nacional. Así por ejemplo, en el año 86 fueron 261 mil detenidos y en el año 87 fueron 228 mil. Dos tercios más o menos de estas detenciones son realizadas por la Guardia Civil (hoy Policía General) y se refieren a casos de faltas, muchas de las cuales, de acuerdo al Código Penal, no autorizan a efectuar la detención.

Asimismo, menos de un tercio de las detenciones fueron calificadas por la propia policía como vinculadas con la comisión de delitos. Sin embargo, si apreciamos que en estos casos estamos hablando de unas 70 mil u 80 mil personas detenidas por año, sindicadas por la policía como autoras de delitos, y comparamos esta cifra con el número de la población recluida en establecimientos penitenciarios, es fácil comprobar que la mayoría de detenidos recuperan su libertad en el curso de la investigación policial. Ello, en medio de todo, resulta menos nocivo para la libertad vulnerada, pero no puede llevarnos a soslayar que esta situación demuestra que la gran mayoría de detenciones policiales resultaron a la postre apresuradas, injustificadas o hasta arbitrarias, pues la ulterior investigación permitió constatar la inexistencia del supuesto delito imputado.

Frente a estas detenciones, ¿en qué medida la actuación del aparato judicial y la acción de hábeas corpus han contribuido a controlar o remediar frecuentes situaciones arbitrarias?

Si nos remitimos a las resoluciones judiciales de hábeas corpus publicadas en el diario oficial *El Peruano* entre Enero de 1983 y diciembre de 1987, la respuesta es que indudablemente han resultado muy poco eficaces. Veamos algunas cifras:

En el año 1983 se expidieron 117 resoluciones de hábeas corpus, de las que fueron declaradas *fundadas* 29, un alentador 24.7%. En el año 84, de 283 hábeas corpus fueron declaradas *fundadas* 27, con lo que el porcentaje bajó a 9.5%. En el año 85, tenemos 300 acciones y 29 de ellas *fundadas*, que representan un 9.6%. En el año 86 son 285 y 10 de ellas *fundadas*, que es un 3.5%. Y, finalmente, en el año 87 tuvimos 276 resoluciones finales expedidas y sólo 9 fueron declaradas *fundadas*, es decir, el 3.2%.

Es muy interesante observar que en el año 1983, precisamente el primero de vigencia de la ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, casi el 25% de acciones de hábeas corpus fueron declaradas *fundadas*, lo que revelaría que el celo e interés inicial de los magistrados en la defensa de la libertad personal decayó ostensiblemente en los años siguientes.

Si tratamos de sacar el promedio global de eficacia del hábeas corpus entre 1983 y 1987, es decir en 5 años, sobre 1,220 acciones sólo 104 fueron declaradas *fundadas*, es decir un desalentador 8.5%. Y si seguimos la secuencia, tendremos que las cifras indican claramente que de 1985 a la fecha ha decrecido el número de hábeas corpus que se interponen; y, además, que cada vez es menor el porcentaje de acciones que obtendrán una decisión judicial favorable.

Cabe precisar que aunque del conjunto de hábeas corpus interpuestos un 70% de ellos alegaron la existencia de detenciones arbitrarias, esta cifra resulta muy reducida en comparación al volumen real de detenciones que, desde el punto de vista constitucional, pueden calificarse de injustificadas o arbitrarias. Conviene agregar que de los aproximadamente 700 casos que se encuentran en este supuesto, sólo 63 fueron declarados *fundadas* en estos cinco años, es decir el 9%.

La conclusión que de ello se desprende es pues clara y preocupante: Pese a la gran incidencia social de detenciones mayormente arbitrarias o, cuando menos, exageradas, el hábeas corpus se utiliza poco para intentar remediar esta situación. Y, lo que resulta más grave,

cada vez la ciudadanía tiende a recurrir menos a esta garantía constitucional, como resultado de su escaso grado de eficacia.

Es indispensable reconocer que seguramente muchos de los hábeas corpus interpuestos carecían de suficiente fundamento y que, en consecuencia, estuvieron bien desestimados por el órgano judicial. Pero nos resistimos a creer que sólo un número tan reducido de acciones hayan debido ser declaradas *fundadas*. Para dar respuesta a esta interrogante, debemos apreciar tanto las características y factores que condicionan la actuación judicial como los criterios de interpretación de las normas asumidas en sus resoluciones.

Y aquí debemos ser conscientes que no podemos esperar que la actuación del Poder Judicial se sustraiga del todo a lo que son muchos de los acuciantes problemas actuales del país. La precariedad material en que trabajan nuestros jueces, la carencia de recursos y la falta de protección y seguridad en que actúan, sin duda conspiran contra la eficacia de su labor. Tramitar un hábeas corpus suele suponer cierta complejidad, tanto por la rapidez con que hay que resolverlo como por implicar usualmente un enfrentamiento con el poder político y las autoridades policiales.

Esta situación se torna más ardua en las zonas de emergencia sometidas a control militar, donde las autoridades políticas virtualmente no existen o carecen de poder real, donde el aparato judicial se halla seriamente limitado y debilitado, y las autoridades militares y policiales –poco habituadas a procedimientos y conductas democráticas– lucen escasamente dispuestas a sujetarse al control de las autoridades civiles o judiciales.

Obviamente no podemos esperar que, en estas situaciones, un juez pueda por sí solo cambiar las cosas; pero mal hacemos en justificar la violación de la libertad individual acudiendo a estas explicaciones, sin buscarle algún tipo de solución o remedio.

Pero otro factor que ha incidido en el bajo número de hábeas corpus que obtuvieron una resolución favorable, ha sido que las autoridades judiciales asumieron mayormente los criterios de interpretación menos protectivos de la libertad personal y más permisivos de las detenciones policiales. En efecto, pese a que el artículo 2º. 20 g de la Constitución dispone que nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, y que en todo caso el detenido debe ser

puesto a disposición del juez dentro de las 24 horas de su captura, el grueso de la jurisprudencia de hábeas corpus ha aceptado, en mi opinión de manera indebida, que la frase "en todo caso" contenida en el precepto constitucional autoriza y convalida cualquier detención policial en tanto no exceda del término de 24 horas, en los casos ordinarios, y de 15 días tratándose de narcotráfico o terrorismo.

Este desacertado criterio de interpretación asumido por la mayoría de decisiones judiciales de hábeas corpus, conlleva una inaceptable renuncia a efectuar el análisis de causalidad, proporcionalidad y al control de razonabilidad de las detenciones policiales, que es de esperar en el órgano judicial de un Estado Democrático de Derecho. Si los magistrados se limitan a verificar el cumplimiento de los plazos de detención, pero dejan de lado evaluar el motivo y la justificación de la detención policial, creo que con ello lo único que hacen, queriéndolo o no, es favorecer la continuidad de prácticas inconstitucionales y violatorias de la libertad de la persona.

En consecuencia, si del órgano jurisdiccional y de las autoridades políticas democráticas no llegan las señales que indican a la ciudadanía y a las autoridades policiales y militares, la existencia de una voluntad resuelta a hacer cumplir la Constitución y respetar la libertad personal, mal puede esperarse que se dejen de lado las prácticas y conductas violatorias de este derecho que por tanto tiempo han proliferado en nuestro país.

¿Qué podemos hacer entonces ante la constatación de que, pese a la existencia de nueve años de régimen constitucional en el Perú, la libertad individual y el hábeas corpus, como instrumento de protección frente a detenciones arbitrarias, han alcanzado escaso desarrollo y muy poca vigencia efectiva?

Un evento como éste, que tiene la virtud de reunir a aquellos que nos preocupa la administración de justicia, la vigencia de los derechos humanos y la independencia judicial, obliga a que intentemos buscar algún tipo de soluciones o propuestas concretas al respecto.

Considero que la defensa de la libertad individual en el Perú, ha alcanzado una magnitud y urgencia que excede el campo limitado del hábeas corpus y de la acción en el terreno estrictamente judicial. En las condiciones actuales, no podemos ni debemos esperar que el Poder Judicial sea la única instancia que corrija la injusta situación vigente.

Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los jueces en la preservación de la libertad personal a través de las acciones de hábeas corpus, considero que la Asociación de Magistrados, por ejemplo, podría ser un canal que (entre sus múltiples tareas importantes) contemple una activa campaña al interior de la institución para sensibilizar a sus miembros sobre la necesidad de defender la libertad individual en el Perú, así como de superar los errados conceptos asumidos en materia del hábeas corpus. Pero, sobre todo, puede convertirse en una instancia que brinde apoyo solidario y permanente a aquellos magistrados que, por defender la libertad individual, puedan ser objeto de presiones, sanciones o represalias. No esperemos que en el Perú tenga que ocurrir a los jueces lo que ya ha sucedido en otros países, para recién entonces preocuparnos por la búsqueda de mecanismos de defensa y protección a los magistrados.

Los Colegios de Abogados deben denunciar cualquier violación a los derechos ciudadanos, así como proteger y defender a sus miembros cuando sufran persecución o represalias por el libre ejercicio de su profesión.

También hay que actuar a nivel de los medios de comunicación. Creo que muchos medios de comunicación escrita y televisiva, con una mentalidad medieval y un macartismo que realmente sorprenden, tienden a justificar numerosos atentados contra la libertad individual y a minimizar las luchas encaminadas a garantizar su vigencia. Pretextando la necesidad de responder con una "democracia fuerte" a la acción subversiva y a la crisis social que vive el país, encubren o respaldan acciones represivas inaceptables, olvidando que dentro de una democracia incluso la represión –cuando ella resulta necesaria y legítima– tiene que someterse a reglas y cauces inquebrantables.

Considero que las instituciones de defensa y promoción de los derechos humanos deben usar, mejor y más intensamente, todos los canales y mecanismos de que aún podemos disponer. Al lado de las denuncias y acciones judiciales, habrá que recurrir a los medios de comunicación e información para que la opinión pública y la comunidad jurídica tomen conocimiento de quiénes son las autoridades y jueces responsables de violaciones a la libertad personal y de no sancionar a los que vulneran los derechos ciudadanos.

Debemos ser conscientes de la necesidad de actuar con decisión y firmeza, pues la batalla por el desarrollo y la defensa de la libertad individual en el Perú la venimos perdiendo. Y esta situación se agudiza cotidianamente, pues el fenómeno de violencia que hoy vivimos no parece que vaya a detenerse ni a decrecer en el corto plazo. En ese contexto, corremos el riesgo de que cada día sean menos las personas dispuestas a escuchar las voces que se alzan en defensa de la libertad individual, ya que existen muchos intereses que pretenden convencer a la opinión pública de que la plena vigencia de la libertad personal es un obstáculo para la preservación del sistema democrático y el combate efectivo a la acción subversiva.

De mi parte, sólo puedo agregar que es tiempo de deslindar posiciones, pues en cuanto a la exigencia de respeto a la libertad personal no cabe neutralidad posible. Discrepo por ello de quienes sostienen que se puede construir un Estado democrático y social de Derecho prescindiendo de la libertad y que no importa cuántos atropellos a la libertad o a la vida se cometan en su nombre. Discrepo también de quienes solamente se preocupan por la libertad individual cuando ésta se refiere a la preservación de los intereses económicos de los grupos minoritarios y poderosos, sin importarles mucho la situación de esa gran cantidad de humildes ciudadanos que constantemente afrontan detenciones arbitrarias y desapariciones, perdiendo no sólo su libertad sino también la vida.

Considero que la defensa de la libertad personal es una causa que debemos asumir con intransigencia y sin concesiones. Sé que hay muchos que se preguntan si acaso resulta posible la vigencia de la libertad individual y el combate a las detenciones arbitrarias en un Perú tan convulsionado como el de hoy; yo respondería a ellos que ante todo deben preguntarse si creen que es posible la construcción de la democracia en nuestro país. Pues aunque, en verdad, muchas veces me surgen dudas acerca del futuro y la viabilidad de la democracia en nuestra patria, no tengo ninguna duda en que si perdemos la batalla por la vigencia de la libertad individual, también habremos perdido la posibilidad de construir un Estado Democrático de Derecho en el Perú.

Terrorismo y Represión Penal

REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

EXPONE: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN
Magistrado del Tribunal Supremo,
España

I. EL CLIMA DE TERROR

Las acciones terroristas, dosificadas metódica e implacablemente por los apóstoles de la violencia, inciden sobre la sociedad en que se producen conmocionando la sensibilidad colectiva, provocan psicosis de terror y propician reacciones instintivas e irracionales que preparan el campo abonado para la implantación de todo género de medidas represivas encaminadas a la supresión o restricción de las libertades fundamentales de la totalidad de los ciudadanos.

Al calor emocional de las muertes y estragos se replantea periódicamente la conveniencia de suprimir la abolición constitucional de la pena de muerte y se moviliza a la opinión pública para que acepte fórmulas legales que permitan aplicar métodos drásticos y expeditivos a los que utilizan el terror como argumento político y única seña de identidad.

Ese mismo impulso emocional deteriora sensiblemente la ética individual y la moral social, permitiendo a los gobernantes solicitar guiños de complicidad ante la utilización de tratos crueles, inhumanos o degradantes contra los causantes de todos los males que aquejan a una sociedad, sin dejar apenas espacio para otros análisis y soluciones más racionales y serenos.

El miedo de las poblaciones ante los embates del terror no es un fenómeno contemporáneo, es un miedo antiguo hoy día potenciado por la masificación de las poblaciones en áreas urbanas y la ilimitada capacidad difusora de los modernos medios de comunicación de

masas. Como señala acertadamente WALTER LAQUEUR[1], que fue presidente del Consejo de Investigación del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales de Washington, en sus *Reflexiones sobre el Terrorismo*, "El terrorismo no es, como suele decirse en muchas partes, un fenómeno nuevo y sin precedentes. Es cierto que el término data de apenas 200 años y la "filosofía de la bomba" es de fecha aun más reciente. Sin embargo, no hay que hacer un esfuerzo para recordar que ha habido asesinatos políticos sistemáticos a lo largo de toda la historia".

En nombre de una legítima respuesta a la amenaza del terrorismo se han implantado de manera sistemática y acelerada, modificaciones sucesivas del derecho penal y procesal, acentuado sus matices represivos e incrementando los poderes policiales frente a las garantías jurisdiccionales.

Con tal de buscar un clima propicio para implementar tales modificaciones no se duda incluso en utilizar a las víctimas del terrorismo como argumento justificativo. RAFAEL SÁNCHEZ FERLOSIO, denunciaba recientemente el "vampirismo moral" de los que capitalizan las víctimas del terrorismo tratando de convertirlas en un mérito propio, como un argumento más para tener razón[2].

Ante este clima generalizado muy pocos partidos políticos encuentran oportuno defender el fuero constitucional frente a las continuas podas realizadas por los panegiristas de la emergencia.

El diario *Le Monde* se preguntaba: "¿Qué responsable político, aspirante a un puesto o en el ejercicio del poder se atravería a oponerse categóricamente, corriendo el riesgo de ser acusado de utópico o debil?"[3].

De forma acelerada e imparable van cayendo, a impulsos legislativos, gran número de libertades que son la razón de ser del Estado democrático: los plazos de detención preventiva policial, el derecho de asistencia letrada, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia y, la propia libertad de expresión, sutilmente amenaza por

1. Publicadas en Foreing Affairs, Otoño de 1986. Council of Foreing Relations.
2. Revista *El Globo*. Declaraciones contenidas en el número del 5 de febrero de 1988.
3. *Le Monde*, 27 de junio de 1986. Artículo firmado por Bertrand Le Gendre y Edwy Plenel.

figuras tan gaseosas e indefinidas como el tipo delictivo que regula la apología.

Pero los efectos contaminantes de la legislación antiterrorista *no se agotan exclusivamente en medidas de carácter penal o procesal*. Las restricciones previstas inicialmente para los terroristas se extienden y generalizan terminando por afectar a todos los ciudadanos en las zonas más sensibles de su personalidad, en el nivel de sus libertades individuales y la calidad de vida democrática. La libertad de residencia, el derecho de asilo, el derecho a la intimidad se resienten por la implantación de medidas que teóricamente debieran afectar exclusivamente a los implicados directa o indirectamente en acciones terroristas.

II. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DEL FENÓMENO TERRORISTA

Existe una dificultad conceptual y una seria discrepancia ideológica a la hora de conseguir un acuerdo unánime sobre la definición del delito de terrorismo. Para olvidar estas dificultades algunos autores acuden a fórmulas descriptivas, de carácter ecléctico, como la de MARINELLI: "Delito subjetivamente político, que lesiona bienes absolutamente indeterminados, pero de interés privado, e idóneo con vistas a crear una grave alarma social y un clima intimidatorio tal que debilita las instituciones y crea pánico en la comunidad social, preparándola para nuevas acciones dirigidas a conseguir la toma del poder determinados individuos o grupos".

Coherentemente con lo ya expuesto nos anticiparemos a manifestar que en un Estado democrático tradicionalmente estable, el terrorismo no sólo no debilita las estructuras del poder sino que tiende a consolidarlas, reforzando los mecanismos de protección e introduciendo criterios defensistas en la legislación interna que tienden a recortar determinadas garantías individuales en aras de la lucha antirrorista. Los ejemplos de Italia y el Reino Unido demuestran la incapacidad desestabilizadora de las acciones terroristas y sus efectos perturbadores y regresivos sobre las leyes reguladoras de las libertades fundamentales.

Las acciones terroristas sólo alcanzan potencialidad suficiente para debilitar el sistema o alcanzar el poder, si consiguen movilizar un

amplio apoyo social interno y un cierto reconocimiento en la comunidad internacional. En estos casos puede estimarse que existe un cierto componente político en los grupos organizados y armados que luchan contra una actuación de pacto carente de legitimidad democrática. Como señala DIEGO LÓPEZ GARRIDO[4] en los países de *common law* los criterios objetivos usualmente utilizados en los casos de extradición por delitos políticos se han basado desde finales del siglo pasado en la llamada *political incidence theory*. Según la misma, un hecho violento es delito político si ha sido realizado en el contexto de un conflicto político claramente identificable, como una guerra civil o una insurrección, es decir, si tiene incidencia política y base social.

Si un sistema político ofrece posibilidades, aun imperfectas y limitadas, de participación en la vida política a través de los mecanismos electivos, ante la aparición del fenómeno terrorista, conviene analizar los factores internos, –políticos, sociales y económicos–, que pueden servir de coartada a las acciones violentas. La acción directa sobre estos factores realizada desde la participación política en la vida pública, ilegitima cualquier decisión de utilizar la violencia como método preventivamente transformador de una realidad insatisfactoria.

III. RESPUESTAS INSTITUCIONALES

Cuando se profundiza en sus análisis se tiene la clara sensación de que la lógica del terrorismo, desde sus planteamientos subjetivos, consiste en destruir lo que existe del Estado democrático. Quiere provocar una polarización que propicie la sustitución de soberanía popular, por el poder duro y el dominio absolutista (leyes de excepción estados de guerra). Parece cada vez más claro que el terrorismo no es, en general, una reacción contra el Estado más autoritario, sino contra el Estado menos autoritario. El bien jurídico atacado es el orden democrático y el libre y pacífico ejercicio de las libertades individuales.

La respuesta del Estado de derecho no ha sido siempre, ni lo está siendo, coherente con los presupuestos básicos de su organización y principios.

Un modelo de respuesta autoritaria lo podemos encontrar en MONTOVIO[5] al exponer que "es dable afirmar que cuando la democracia política no tiene aptitud para resguardar los demás derechos, se hace imprescindible suspender transitoriamente, temporalmente, su ejercicio, a efectos de instaurar un sistema político que asegure esa defensa de los demás derechos. Es en síntesis, lo que han hecho las Fuerzas Armadas Argentinas cuando asumieron el poder en Marzo de 1976".

4. DIEGO LÓPEZ GARRIDO.– Terrorismo, Política y Derecho. Alianza Editorial.
5. MONTOVIO.– Derechos Humanos y Terrorismo pág. 125.

Creo que es innecesario resaltar cuáles son los frutos y resultados de tales remedios transitorios y excepcionales.

En sentido contrario NEPPI MODONA[6] propugna medidas reveladoras de su profunda fe democrática y se pronuncia por la inadecuación de las legislaciones autoritarias para responder el fenómeno terrorista en las sociedades democráticas.

Una respuesta, en cierto modo ecléctica, ambigua y de resultados inciertos, la podemos encontrar en CARLOS HORACIO DOMÍNGUEZ[7] cuando defiende que el pluralismo político, las libertades individuales o las garantías judiciales pueden estar individualmente sujetos a ciertos sacrificios transitorios que las circunstancias impongan, cuando así lo aconsejen, la defensa de la libertad, la vida, la intimidad, la conciencia religiosa, el trabajo o la propiedad.

Esta fórmula pone su acento en la transitoriedad y excepcionalidad de las medidas restrictivas de las libertades pero la experiencia nos demuestra que, una vez aplicada, se escapa de las manos de los que las impulsan, tiende a consolidarse como único sistema de respuesta a los delitos más graves y termina contaminando toda el área de las libertades, al producirse fugas hacia zonas sociales y espacios normativos para los que estaba prevista su aplicación.

Se trata de un compendio de buenas intenciones que se esfuerza en buscar acuerdos transaccionales que los sectores más autoritarios de la sociedad pretenden instrumentalizar en su beneficio exclusivo. Quizá detectando estos peligros el Consejo de Europa, se vio obligado a advertir que las estrategias antiterroristas, establecidas o desarrolladas para preservar las instituciones democráticas, deben ser compa-

6. NEPPI MODONA.– Criminalitá organizza e prospettive di riforma dei delitti contro la personalita dello stato.
7. CARLOS HORACIO DOMÍNGUEZ.– El terrorismo en el estado de Derecho. Buenos Aires, 1983.

tibles con éstas y respetar siempre las Constituciones Nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos[8].

Una muestra de la perennidad de las leyes de excepción se encuentra en la Ley sobre Irlanda del Norte, revisada cada seis meses y renovada cada cinco años. Su vigencia se complementa en todo el Reino Unido por la Ley de Previsión del terrorismo que concede grandes atribuciones a la policía: detención preventiva de cuarenta y ocho horas que pueden prolongarse a cinco días por autorización del Secretario de Estado encargado de la Provincia. El sistema de internamiento preventivo (detención model) fue abandonado por sus consecuencias negativas y las condenas reiteradas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Una serie de medidas posteriores han trastocado, hasta dejarlo irreconocible, el sistema judicial del *common law* inglés. Uno de los pilares del sistema judicial de investigación, asentado firmemente sobre el *common law*, consistía en el derecho a no declarar contra sí mismo y permanecer en silencio. En Irlanda del Norte, desde 1971, se puso en práctica un sistema que desconocía este derecho permitiendo la utilización de métodos conocidos con el nombre de las cinco técnicas de interrogatorio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en el caso Irlanda contra el Reino Unido, por considerarlas atentatorias contra la Convención Europea de Derechos Humanos (Sentencia de 18 de enero de 1978).

Como señala DIEGO LÓPEZ GARRIDO, en su obra ya citada, el origen de esta innovación se encuentra en un informe de la *Diplock Commission* en el que, justificando las "cinco técnicas de interrogatorio", se recomienda la reforma de las normas clásicas de interrogatorio, con el fin de "crear una atmósfera en la cual el deseo inicial de mantenerse en silencio sea sustituido por el deseo de confiar en el interrogador".

Los frutos sucesivos de la legislación de emergencia británica no se hicieron esperar. La Comisión presidida por Lord Diplock, Juez de la Cámara de los Lores, recomendó que los delitos de terrorismo no fuesen juzgados por el sistema de jurados para evitar la desvalorización de las pruebas arrancadas mediante interrogatorios continuados.

8. RECOMENDACIÓN 8, de la 852 (1979) Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

La intervención de magistrados profesionales y los exorbitantes poderes policiales potencian la fase de investigación y, en definitiva, son los servicios jurídicos de la policía, en estrecha relación con el Anttorney General, los que tienen la llave del procedimiento sin intervención alguna o mínima de los abogados defensores. Por otro lado, una gran parte de las actas de acusación se han construido con material extraído de confidentes a los que se incentiva con beneficios penales y penitenciarios e incluso con retribuciones económicas lo que ha terminado por producir efectos contrarios a los buscados y ha dado lugar a testimonios interesados y poco fiables.

La implantación de los tribunales sin jurado, las técnicas de interrogatorio y el sistema de confidentes suscitan debates frecuentes en Gran Bretaña y han sido cuestionados por organismos oficiales como la Comisión Consultiva de Derecho Humanos, del Reino Unido, en su informe del año de 1985.

Como se puede observar el árbol de la legislación antiterrorista ha dado frutos podridos en todos los sistemas en que se han implantado.

En Alemania erradicadas las acciones terroristas, se mantiene una legislación excepcional que combina medidas penales y procesales con métodos de control de personas potenciados por las más modernas y sofisticadas aportaciones de la electrónica y la informática.

En Suiza se aprovecha el fenómeno terrorista para endurecer, todavía más si cabe, las limitaciones al derecho de asilo y a la inmigración en general.

En Francia y en otros países los responsables políticos de la lucha antiterrorista exigen a la prensa disciplina y autocensura, no sólo para silenciar los comunicados terroristas, también para ocultar, disimular o comprender los excesos policiales en la lucha antiterrorista.

El secreto profesional de los periodistas, garantía de su información independiente y libre, pierde terreno en favor de la investigación policial. En los países en los que no tiene un reconocimiento explícito y normativo, más de un periodista ha ido a parar a los tribunales y a la cárcel por tratar de hacerlo valer ante las preguntas inquisitivas de los jueces y tribunales.

No sólo se pretende censurar a la prensa, se le imputa también complicidad directa o indirecta en los actos terroristas y en algunos casos el delirio autoritario y la incompetencia de algún gobernante ha llegado a atribuirle la inducción moral de los atentados. Recuér-

dese la polémica suscitada entre la mayor parte de la prensa francesa y los ministros Charles Pasqua, Georges Pandroud y Albin Chalandon. En opinión de éstos la crítica de la prensa a un error policial creó el clima que había animado a Acción Directa a actuar contra varios policías el 9 de julio de 1986, en el Quai de Grevais[9].

IV. SUBJETIVISMO VERSUS LEGALIDAD

Estos factores negativos han incidido también sobre los principios básicos del derecho penal modificando sus tradicionales esquemas, fruto de la maduración cultural, democrática y política, e introduciendo elementos perturbadores que enturbian la exigible claridad, determinación y certeza de los tipos penales. Se detectan claros intentos regresivos de castigar actitudes intelectuales o conductas equivocadas y difusas.

No cuestionó la técnica agravatoria de las acciones tradicionalmente incorporadas a cualquier cuerpo punitivo: asesinatos, estragos, toma de rehenes, secuestros, extorsiones, etc. pero deben eliminarse todo intento de introducir peligrosas dosis de subjetivismo frente al rigor del principio de legalidad (colaboración, apología, sospechas, información...).

Basta con reafirmarse en los principios y recordar la postura de la mayoría de los tribunales constitucionales. El Tribunal Constitucional Italiano en una sentencia de 8 de junio de 1981, define el principio de determinación del tipo penal, como la necesidad de que el legislador, al describir el supuesto de hecho del delito, haga referencia a "fenómenos empíricamente verificables". En términos semejantes una

9. La respuesta de los medios de comunicación fue muy dura. Citemos entre otros a DANIEL VERNET, en el Diario *Le Monde*: "Siempre es una solución fácil y una práctica habitual echar la culpa a la prensa cuando no se puede resolver un problema pero no se puede arreglar la situación censurándola. Relacionar a la prensa con el atentado a la B.R.B. es inadmisible. Ella hizo su trabajo. Todo esto no es más que una excusa fácil del poder, que se encuentra desarmado frente al terrorismo.
PHILIPPE TESSON, en la *Quotidien* de París; "Estoy de acuerdo con Chirac cuando dice: "cada uno en su campo debe asumir sus responsabilidades. Los ministros las suyas, los responsables de los periódicos las suyas y los periodistas las suyas. Las declaraciones de Pasqua no tienen nada de particular. Proceden a la vez de su natural brutalidad y de un proceso político. Pero todo esto no es más que un problema de responsabilidad individual".

resolución del Consejo Constitucional Francés de los días 19 y 20 de enero de 1981, reduce la actividad del legislador al interior de ciertos límites imponiéndole precisión en la incriminación de los hechos.

Toda la legislación antiterrorista ha recibido acusaciones generalizadas de infringir el principio de legalidad que debe presidir toda norma sancionadora y que en las modernas constituciones como la española, –artículo 25º – eleva a la categoría de principio informador del sistema constitucional[10].

Históricamente la reacción contra los excesos del Estado autoritario –encarnado en la Alemania nacionalista–, da paso a una concepción liberal y democrática del Estado que haga frente a la insensibilidad del poder político frente a los derechos liberales de los ciudadanos. La humanidad exigía nuevas formas políticas de organización del Estado para evitar que el olvido de los derechos humanos llevasen a repetir los horrores del pasado.

Las garantías procedimentales frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el reforzamiento del principio de legalidad y la orientación de las penas hacia la recaudación y reinserción social son los ejes del nuevo sistema penal que surge de los impulsos antiautoritarios de las naciones democráticas que resultaron vencedoras en la contienda mundial.

La aparición de movimientos terroristas en las sociedades industrializadas y la crisis del Estado de bienestar propicia movimientos de repliegue y el avance de criterios defensistas que ponen el acento en la necesidad de una legislación de emergencia que, recortando las libertades, haga frente a los crímenes del terror.

10. Desde el inicio de la transición democrática española se han sucedido diversos instrumentos legales en relación con el terrorismo, Real Decreto Ley de 26 de enero de 1979, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Ley de 1º de diciembre de 1980. Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981.
Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977. Ratificado por España el 9 de mayo de 1980.
Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981.
Convenio Europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957.
Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.
Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.
Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio.

Este nuevo enfoque encuentra espacio en los modernos textos constitucionales. La legislación de emergencia permite la suspensión de determinados derechos fundamentales cuando estén en curso investigaciones que afecten a personas relacionadas con actos terroristas[11].

V. MÓVIL Y FINALIDAD DEL TERRORISMO

En el ámbito penal los delitos de terrorismo pueden obedecer a móviles o estrategias de muy diversos signos. Ello ha dividido a la doctrina a la hora de singularizar el elemento subjetivo del injusto en los tipos penales que definen delitos terroristas.

Para algún sector doctrinal, principalmente italiano, el delincuente terrorista agota sus fines y propósitos en la producción de homicidios, lesiones, secuestros y estragos[12].

Otros autores, citados en un reciente trabajo de MESTRE DELGADO[13], entienden que la finalidad que persiguen los autores de delitos de terrorismo es meramente propagandística. Sobre esta idea se desarrolla una parte la obra de MARIGHELLA, –"Manual del guerrillero urbano"–, centrado el núcleo de la acción terrorista en el propósito de evidenciar las contradicciones del sistema y polarizar la atención de los grupos más radicalizados.

Estos movimientos terroristas responden muchas veces a causas estructurales y aparecen de manera cíclica en el panorama político de un país.

La receta que algunos recomiendan para evitar los efectos publicitarios es peor que los males que trata de atajar. No faltan cirujanos

11. Constitución Española. Artículo 55.2: "Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con necesaria intervención judicial y del adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 (plazo máximo de detención policial), y 18 apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correpondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.
12. FERRAJOLI: "la Violencia y la Política". Ha significado muy acertadamente la deshumanidad cínica del terrorismo que se caracteriza por la indiferencia y despreocupación por los medios propios de esos actos de violencia.
13. Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional.– ESTEBAN MESTRE DELGADO.– Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia de 1987.

que propugnan la erradicación y el secuestro de toda información sobre hechos o actividades terroristas, como método disuasorio para los que pretenden la notoriedad de sus personas o sus "hazañas bélicas". No descarto la posibilidad de que resulte eficaz frente a individualidades psicopáticas o subespecies patológicas de contados terroristas, pero en general sirve para reafirmar en sus principios a los que denuncian la ambigüedad y contradicción del sistema democrático.

Otro sector doctrinal encuentra la motivación terrorista en la finalidad de subvertir o destruir el orden democrático, denunciando de paso su incapacidad para hacer frente a las reivindicaciones sociales y tratando de poner en evidencia a las organizaciones sindicales de carácter democrático tachándolas, de entreguismo y colaboracionismo.

El terrorismo y los terroristas no creen en las virtualidades transformadoras de la convivencia democrática y sólo depositan su fe en la transformación del Estado y de la sociedad por medios violentos y autoritarios[14].

A pesar de todas estas connotaciones el terrorismo no ha alcanzado el reconocimiento internacional de su naturaleza política, recibiendo el expreso rechazo a estas pretensiones en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales[15]. El artículo 13.1 de la Constitución española que excluye de la extradición los delitos políticos, no considera como tales los actos de terrorismo.

En este punto es sumamente reveladora la postura del Consejo de Estado Francés, (Decisión de 24 de agosto de 1984) al señalar que ningún Estado respetuoso con los derechos del hombre y las libertades esenciales puede admitir que los sentimientos políticos –aunque bien fundados en sí mismos–, pueden expresarse a través de la muerte y la violencia.

Esta tesis la comparten la mayoría de las legislaciones nacionales e internacionales y en el área americana encuentra un decisivo respaldo en la Resolución de la Asamblea General de la O.E.A. de 30 de junio de 1972, que afirmó de manera rotunda que los pretextos polí-

14. CALAMANDREI.– "El lugar de la violencia en la lucha política de nuestro tiempo". Denuncia las raíces totalitarias de toda forma de terrorismo.
15. Convención Europea para la Represión del Terrorismo, firmada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

ticos e ideológicos utilizados como justificación de estos delitos no atenúan en modo alguno su crueldad e irracionalidad ni el carácter innoble de los medios empleados, como tampoco eliminan su calidad de actos violatorios de los derechos humanos esenciales.

A pesar de todos los intentos y esfuerzos doctrinales y legales para eliminar los actos terroristas del catálogo de los delitos políticos, recobran inequívocamente esta dimensión cuando la respuesta del Estado democrático se despoja de sus límites y exigencias y pone en marcha mecanismos extraordinarios de represión y reacción, capitalizados por los sectores más autoritarios del espectro social que encuentran oportunidad para desmontar las trabas que el respeto a los derechos fundamentales, opone a la acción directa por las vías de hecho.

Creado el clima propicio, la represión de la delincuencia terrorista se mueve entre la especialidad y la excepcionalidad; dilatada la excepcionalidad hasta elevarla a la categoría de normalidad e inscribiéndola, más allá del tiempo necesario, en el marco jurídico constitucional que se ve obligado a vivir permanentemente contaminado por elementos extraños que llevan en sí el germen de la destrucción de los valores democráticos.

Estamos de acuerdo en que es vital para la democracia batir el terrorismo pero no a costa de perder en el empeño todos sus principios y señas de identidad.

VI. RESPUESTA PENAL SISTEMA DUAL

Las invocaciones a la excepcionalidad favorecen la aparición de sistemas duales en la respuesta penal a los conflictos sociales.

Un sistema penal, garantista y respetuoso con sus principios informadores tiene que ajustarse a parámetros que en nada coinciden con los que inspiran las legislaciones excepcionales o de emergencia.

NEPPI MODONA y PULITANO, resaltan de manera precisa los contrastes. Un sistema que privilegia las garantías de certeza y libertad de los destinatarios de la norma penal utiliza las siguientes técnicas de tutela:

a) Utilización de tipos penales que describan precisa y unívocamente el hecho incriminable.

b) Exigencia de daño o resultado material como consecuencia de la acción del agente.

c) Relación de causalidad.

d) Individualización del interés tutelado de manera no controvertida.

e) Desarrollo del principio de culpabilidad.

f) Preferencia por los modelos legales ricos en elementos objetivos, sin dejar espacios o resquicios al derecho penal de la voluntad.

g) Rigurosa tipicidad de los actos punibles a título de tentativa.

h) Determinación de los límites de la responsabilidad de todos los partícipes en el hecho punible.

Contraponen este modelo punitivo, enraizado en los principios democráticos, a las técnicas utilizadas por los legisladores de la emergencia. Cuando se pone el acento en la respuesta represiva, reclamada por sectores de la opinión pública que demandan una mayor defensa social ante la brutalidad de las acciones terroristas, se cae inevitablemente en soluciones que pugnan con las reglas usuales del derecho penal ordinario.

Los autores anteriormente citados[16] resaltan que las exigencias apremiantes de la defensa social se resuelven privilegiando construcciones de tipos penales abiertos o con elementos indeterminados que conceden al intérprete una amplia posibilidad de intervención discrecional; construye delitos formales o de mera conducta en los que no tenga trascendencia alguna el daño material producido; generaliza de manera difusa y expansiva los intereses tutelados; recurre ampliamente a hipótesis de dolo específico, para compensar en el terreno subjetivo la escasez de elementos objetivos del delito; generaliza los actos incriminables a título de tentativa y amplía el campo de punible.

En un terreno puramente dogmático compartimos el análisis realizado por ambos autores, pero queremos señalar que el conjunto de males que enumeran no se dan con toda su intensidad, en todos y cada uno de los modelos de respuesta penal de emergencia.

El encuentro entre ambas posturas es, por el momento, difícil. Es necesario que los sectores garantistas no cedan ante la presión insoportable de la barbarie terrorista. Es preferible evitar la tentación de

16. NEPPI MADONA/PULITANO.– "Esbozo para un programa de investigación. Relaciones entre las exigencias y las técnicas de tutela".

buscar fórmulas de síntesis que no harían más que enturbiar y empeorar el sistema.

Contrasta el endurecimiento de la respuesta punitiva de las leyes antiterroristas, con la aparición en su seno de factores de atenuación de conductas inusuales en el derecho penal ordinario. Al mismo tiempo se potencian y desarrollan amplios programas de reinserción social que suponen implícitamente un reconocimiento de la innecesariedad del rigor punitivo.

Las legislaciones antiterroristas, encabezadas por el modelo italiano posteriormente extendido a otros sistemas, abre hasta extremos insospechados las modalidades clásicas de exculpación o atenuación de las penas.

La Legislación antiterrorista italiana[17] busca la forma de penetrar en el interior de las organizaciones terroristas, confiando en la colaboración de alguno de sus partícipes ofreciéndoles en contraprestación una sustancial disminución de su pena, en algunos casos, puede llegar a su total eliminación.

Se atribuye a la confesión una importancia muy superior a la que tradicionalmente se le concede en el derecho penal ordinario y en todo caso se dosifica el efecto atenuatorio o exculpatorio en función de la gravedad del hecho cometido por el *pentiti* o la eficacia del testimonio para evitar hechos delictivos o descubrir a sus autores.

17. Decreto de Ley de 15 de diciembre de 1979, convertido en Ley de 6 de febrero de 1980.
Artículo 4º "En los delitos cometidos con finalidad terrorista o de destrucción del orden democrático, salvo lo que se disponga en el artículo 289º bis del Código Penal, para aquel de los copartícipes que se disponía de los otros y se esfuerza en evitar que la actividad delictiva se lleve a consecuencias posteriores, ayudando a las autoridades de policía o a la autoridad judicial, en la recogida de pruebas decisivas para la identificación o captura de sus copartícipes la pena de cadena perpetua sería sustituida por la de reclusión de 12 a 20 años y, las otras penas, serán disminuidas de un tercio a la mitad".
Artículo 5º "Fuera del caso previsto en el último párrafo del artículo 56º del Código Penal, no será castigado el culpable de un delito cometido con finalidad terrorista o de destrucción del orden democrático, que voluntariamente impide el evento o suministra elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho y para la identificación de los eventuales copartícipes.

Todos los juristas italianos que se han acercado al estudio de los complejos problemas que plantea el fenómeno del *Pentitismo* coinciden en reconocer su notable eficacia en la lucha frente a determinados grupos terroristas.

El arrepentimiento es un concepto que pertenece exclusivamente a la esfera moral y no tiene nada en común ni con la política ni con el derecho hacia donde se le pretende llevar por la vía de su articulación legislativa. Si el legislador considera conveniente utilizar el arma del arrepentimiento es porque confía en que las ventajas punitivas que concede, harán meditar a los terroristas y establecer un debate entre ellos sobre la eficacia de la lucha armada, los errores tácticos y estratégicos cometidos y la conveniencia de utilizar otras vías de participación política o movilización social.

Estos razonamientos, en definitiva, reconocen a determinadas modalidades de terrorismo una dimensión política. Frente a esto se argumenta que la finalidad perseguida es puramente utilitaria, perfeccionar los sistemas de investigación procesal y proporcionar pruebas fehacientes sobre los hechos perseguidos.

Situados en este plano surge de inmediato el debate sobre la eficacia probatoria de las declaraciones de los arrepentidos que no puede ser distinta de la que tradicionalmente se concede a las acusaciones del coimputado en cualquier otro hecho delictivo, además de los problemas que pueden surgir de declaraciones interesadas o falsas y de la desigualdad de armas procesales que establece entre la acusación y la defensa, a la que ya no sirve ni puede utilizar en su favor la confesión o la conformidad con los hechos del procesado.

VII. MUTACIONES DEL PROCESO PENAL

A pesar de todo lo que hemos venido exponiendo, las incidencias negativas de la legislación de emergencia se dejan sentir más acusadamente o con más acusados perfiles en el ámbito del proceso penal y de todo el sistema de garantías constitucionales que custodian la legalidad de las formas procedimentales a través de las cuales se desarrolla el *ius puniendi* del Estado.

El impacto de la legislación antiterrorista sobre el procedimiento penal se manifiesta fundamentalmente en los siguientes aspectos:

A) Desjudicialización del procedimiento criminal

Aunque formalmente la competencia para instruir y enjuiciar los hechos relacionados con el terrorismo sigue perteneciendo a los jueces, la legislación antiterrorista abre amplios espacios autónomos a la actuación policial. Se produce una especie de atracción del papel de los jueces por la autoridad policial que tiene facultades determinantes en materia de libertad personal y derechos fundamentales, con la inviolabilidad del domicilio y la interceptación de las comunicaciones.

La Constitución española –artículo 17.2–, permite la detención preventiva policial pero encarece la puesta a disposición judicial una vez transcurrido el tiempo estrictamente necesario para practicar las primeras averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos estableciendo un plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o entregarlo al juez.

El texto constitucional comparte su vigencia con los artículos 284º y 285º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que imponen a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado la obligación de comunicar de manera inmediata a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal todas las actuaciones e investigaciones que estén llevando a cabo.

En el terreno puramente jurisdiccional el juez cede parte de su potestad en favor del Ministerio Fiscal, que puede suspender la excarcelación acordada por orden judicial interponiendo el correspondiente recurso. El artículo 50.4 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suspende la orden del juez hasta que se resuelva el recurso, si bien por un periodo máximo de un mes.

B) Garantías asistenciales

El artículo 520º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula el ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y el tratamiento de los detenidos y presos, describiendo los sucesivos trámites que hay que cumplir tanto en las dependencias policiales como en las sedes de los juzgados. Una lectura detenida de su texto y la práctica cotidiana nos muestra que la mayor parte de sus previsiones habrá que cumplirlas en el periodo de detención policial, que se extiende normalmente durante las setenta y dos horas máximas autorizadas por la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Algunos de los derechos y garantías que se recogen en su texto: designar abogado de su elección, derecho a comunicarse con parientes o conocidos y derecho a entrevistas reservadas con su abogado, quedan sin efecto en los supuestos en que los detenidos se encuentren incomunicados, decisión que pueden tomar las autoridades policiales cuando se trate de personas relacionadas con actos terroristas. Así lo establece el artículo 15º de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 sobre Bandas Armadas hoy día trasvasado al artículo 520º bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica de 4/1988, de 19 de julio, con algunas modificaciones en su texto que no producen consecuencias prácticas. La policía debe solicitar la incomunicación al juez pero desde el momento en que se solicita la incomunicación es efectiva hasta que el juez resuelva.

C) Especialidad jurisdiccional

Como ya se ha señalado las legislaciones antiterroristas tienden a establecer modificaciones en los criterios generales que rigen la determinación de la competencia de los jueces para conocer en toda clase de asuntos criminales.

En el sistema español se establece una jurisdicción, en cierto modo especializada, que se encomienda a los Jueces Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, todos con sede en Madrid y con competencia sobre todo el territorio nacional. Sin entrar en debate sobre su carácter constitucional que ya ha sido resuelto de forma favorable por el Tribunal Constitucional, nadie puede discutir que reduce su potestad jurisdiccional a conocer de manera exclusiva y excluyente de una determinada clase de delitos.

De manera análoga las legislaciones del Reino Unido y de Francia han establecido modificaciones en la composición de los tribunales encargados de enjuiciar los delitos cometidos por los terroristas, eliminando la participación de los jueces populares en sus antiguos procedimientos de jurado.

Es peligroso bordear estos límites constitucionales pero, ir más allá de estas desviaciones nos haría perder los propios cimientos del sistema democrático. La intervención de tribunales militares, aun con carácter excepcional en la persecución y castigo de los crímenes terroristas, es contrario al orden constitucional que, en el caso español reduce la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense o a los

supuestos de estado de guerra y, en el caso del Perú, proclama el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la inaplicabilidad a los civiles de las disposiciones del Código de Justicia Militar (artículo 282º de la Constitución peruana) salvo en los casos de guerra exterior.

D) Regresión de las libertades individuales

1. *Inviolabilidad del domicilio.–*
   El artículo 16º de la última Ley antiterrorista española permitía la entrada y registro en domicilios particulares sin necesidad de mandato judicial, potestad que conservan en el actual artículo 553º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también modificado por la Ley Orgánica 4/1988, de 19 de julio, todo ello sin perjuicio de dar cuenta al juez del resultado del registro y de las detenciones efectuadas.

2. *Inviolabilidad de las comunicaciones individuales.–*
   En el caso de investigaciones sobre hechos relacionados con personas pertenecientes a bandas terroristas, el Ministerio del Interior o el Director General de la Seguridad del Estado pueden acordar la observación de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el sospechoso recibiere o remitiere así como todas las comunicaciones que realizare.
   Las autoridades gubernativas también pueden acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas, si bien se lo comunicarán inmediatamente al juez que dispone de un plazo de setenta y dos horas para revocar o confirmar tal decisión.
   Esta parcela importante de la legislación antiterrorista ha sido trasplantada al actual artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley Orgánica anteriormente citada.

3. *Repercusiones sobre los derechos públicos subjetivos.–*
   El actual artículo 384º bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece el cese inmediato en las funciones o cargos públicos de las personas relacionadas con actividades terroristas sobre las que se haya dictado auto de procesamiento firme.
   El tiempo es obstinado y marca inexorablemente cuáles son las consecuencias y efectos de toda la legislación antiterrorista, que en el mundo han sido.

Los fantasmas del pasado reaparecen con excesiva y preocupante frecuencia. Persistir en los errores sería perpetuar los efectos negativos de la reacción emocional o incontrolada y llegaría a institucionalizar el terrorismo, consiguiendo satisfacer uno de sus objetivos y regalarle un éxito afanosamente buscado.

Al final el terrorismo habría alcanzado su gran victoria si consigue persuadirnos a todos que nuestro mundo, el mundo de los derechos y libertades ciudadanas, no es digno de ser defendido.

REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA PERUANA

EXPONE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Profesor universitario, Vocal de la Corte Superior de Lima, Perú

NO PUEDO DEJAR pasar esta brillante oportunidad para expresar mi más vivo agradecimiento a la Comisión Andina de Juristas y al Centro para la Independencia de Jueces y Abogados por la brillante oportunidad de permitirnos reflexionar colectivamente sobre la suerte del Poder Judicial y su relación con los derechos humanos y el fenómeno terrorista. El tema es realmente crucial en nuestro país, signado por la violencia, la poca vigencia social de las instituciones democráticas del Estado y la falta dramática de respeto, promoción y vigencia de derechos humanos, no obstante que nuestra Constitución en su art. 80º impone al Estado el deber primordial de garantizarlas. Igualmente, considero un deber de conciencia y honestidad agradecer profundamente las finas palabras que nos ha dirigido el profesor y distinguido Juez Supremo español, Dr. Martín Pallín; creo que, ponerme como ejemplo o resaltar mis escasas cualidades, tiene como explicación el efecto y generosidad de una personalidad tan vinculada al Perú y al Poder Judicial y, sin duda alguna, el común convencimiento que los jueces con valentía, honestidad y una profunda fe en los altos valores democráticos podemos superar los gigantescos retos que tenemos por delante.

Nos corresponde abordar el marco normativo de la represión del terrorismo en el Perú. Nuestra exposición en todo caso importará una continuación de los criterios centrales de este fenómeno ya expuestos por el Dr. Martín Pallín. Es fundamental reconocer que la óptica precisa para explicar correctamente el terrorismo en los países periféricos, como el Perú, estriba en considerarlo un fenómeno inicialmente político e ideológico. No obstante ello, el disenso por medios vio-

lentos que representan los grupos alzados en armas tiene raíces muy profundas en lo que se denomina la "violencia estructural", en las profundas injusticias de una sociedad aún no integrada que retiene muchísimo rasgos autoritarios y en el surgimiento de un Estado con una democracia muy joven que no ha podido constituirse en un modelo efectivo de progreso y de participación nacional.

Por consiguiente, reconocemos que el terrorismo es básicamente un hecho político. El profesor Pisapia aclara este aserto señalado que "es político en las motivaciones, político en su estrategia y político en los objetivos que persigue, aun cuando analizado desde el perfil de los medios en virtud de los cuales lleva su ataque aparezca como un fenómeno de criminalidad común". El terrorismo, en suma, se dirige, como apunta el profesor Fagroso, contra el orden público social vigente. Es por ello que en el análisis de la política penal anti–terrorista no podemos perder de vista la específica naturaleza del movimiento terrorista y de sus integrantes.

Tampoco es una novedad científica afirmar que el derecho penal es sólo un complemento de soluciones políticas y sociales que en forma integral y responsable deben aplicarse. El derecho penal siempre debe ser la última *ratio* y no la única *ratio*. Debemos combatir decididamente la idea equivocada de considerar que la ley es el instrumento principal para librarnos de este flagelo, pues como ya han advertido los criminólogos y penalistas contemporáneos las soluciones que el derecho penal propone son siempre imperfectas.

Lo dramático de esta creencia, muy arraigada en determinados círculos políticos, sociales y órganos de prensa, que importa supervalorar el papel de la judicatura, es que en nuestro país los problemas estructurales son profundos, complejos, añejos y de imposible superación en el corto o mediano plazo. Además –y esto nos toca demoledoramente– la justicia no funciona y por ende constituye un factor de distorsión y profundo peligro para la vigencia democrática, desde que tal estado de cosas constituye caldo de cultivo para las prácticas criminales de las bandas de extrema derecha y del terrorismo de Estado, así como para una masiva deserción de la ciudadanía respecto de las instituciones democráticas del Estado.

No es el caso detallar las causas, explicar los efectos y preguntarnos por los responsables de la situación actual del Poder Judicial. Ya el profesor Javier de Belaunde en este Foro y otros juristas muy

conocidos por nosotros en numerosa investigaciones han cumplido ese cometido; a ellos me remito. De dichas exposiciones los jueces debemos admitir e internalizar que una condición previa y fundamental para restringir la violencia con medios legales en el sector que nos corresponde pasa necesariamente por una justicia que funcione y que se constituya en el garante de los derechos de las personas.

Existen graves limitaciones en nuestro aparato judicial, de suerte que el efecto que su actuación pueda tener en el combate anti–terrorista va a resultar poco significativo y que cualquier legislación de emergencia que pretenda instaurarse no podrá cumplir las metas trazadas. Con estas afirmaciones no tratamos de ser pesimistas, sólo queremos significar que una política penal que se concentre en el nivel normativo, agravando sanciones y desarrollando tipos penales y procedimientos penales que limitan derechos fundamentales en algunos casos irrazonablemente, está destinada al fracaso y comprometerá el orden democrático y a sus instituciones tutelares como el Poder Judicial.

Enfatizamos vivamente que la condición indispensable para enfrentar la violencia terrorista en el sector represivo es potenciar la justicia, reorganizarla respetando su autonomía e independencia, mejorar sus sistemas de gestión y administración, proporcionar los instrumentos idóneos para reclutar a los mejores profesionales, etc. La perspectiva debe estar signada por la búsqueda e implementación de soluciones sistémicas y no unilaterales radicadas en la dación de leyes represivas que exijan mayor celeridad a un órgano que por su sistema administrativo y legal orgánico no está en condiciones de cumplir esas metas. Ante tanta desatención no es lógico ni razonable que se pida a los jueces una mayor intervención.

Sin embargo, para que lo expuesto no se convierta en una cortina de humo justificatoria de nuestros propios errores, omisiones y perversiones– que sin duda existen y son muchos– nos corresponde a los jueces hacer los máximos esfuerzos para revertir esta situación y, como demócratas y convencidos de la superioridad ética y política de los valores que inspiran un Estado Social y Democrático de Derecho, responder al reto que plantea el terrorismo; los jueces tenemos en este terreno un campo propicio para afirmar la justicia, los principios y las directivas constitucionales y para demostrar que en democracia y

con los instrumentos que ella permita se puede vencer la violencia terrorista y el fanatismo homicida.

Hemos señalado que estamos frente a una legislación de emergencia (término acuñado de la literatura italiana), frente a una normativa excepcional, distinta de la penal común. Es un modelo de control dirigido a enfrentar el terrorismo de los grupos subversivos; y, como tal, busca potenciar la operatividad y eficacia de los órganos del control en la intervención de esta maquinaria criminal, así como reforzar la posibilidad operativa de acción de la policía y fuerzas armadas, Esta intensa búsqueda de otorgar más poder a los órganos de seguridad, de crear una legislación *ad hoc* desborda permanentemente el modelo garantista y cambia la fisonomía del Derecho Penal, al punto que los riesgos de convertir el estado democrático de derecho en un estado autoritario de derecho son imposibles de evitar.

En nuestra tradición jurídico–penal, como lo ha resaltado el profesor Hurtado Pozo, constituye una característica nacional la tendencia de elaborar leyes especiales y complementarias al Código Penal cada vez que surgen determinadas formas delictivas graves, al punto de no respetarse los principios que informan el Código Maúrtua. Basta recordar, al respeto, las sucesivas leyes de seguridad interior dictadas durante los gobiernos de Benavides, Sánchez Cerro y Odría, así como también las leyes dictadas durante la primera administración de Belaunde Terry (Ley Nº 15590), la administración de Prado (ley Nº 13488) y el docenio militar (Decretos leyes Nº 19049 y 20828).

La actual Constitución de 1979 no es ajena a este modelo excepcional, pues en el art. 2º, inciso 20–g, siguiendo los postulados europeos, reconoció una facultad mayor a la policía en casos de delitos graves: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, al permitirle la detención de oficio hasta por 15 días naturales. Igualmente apartó expresamente al delito de terrorismo de la prohibición de extradición. La idea fuerza que introdujo fue que restringiendo libertades era posible combatir adecuadamente el terrorismo.

En el denominado derecho penal material, los cambios más significativos son los siguientes:

1) Se partió de una base equivocada. Al configurarse un tipo penal para englobar todo acto terrorista, lo que constituye una constante en el Decreto Legislativo 046 y en las leyes 24651 y 24953, se desconoció que el terrorismo antes que un delito es un *modus operandi* que se concreta en la realización de diversos delitos que persigue variados fines radicados en una grave alarma social. De este modo se varió por completo la estructura del Código Penal y se creó mucha confusión para los operadores del control penal.
2) Se diseñaron tipos penales vagos, abiertos, con fuerte acento en los elementos subjetivos, con violación de los principios de certeza, mínima intervención e inequivocidad; asimismo, se optó por tipos de sospecha y por un retorno al derecho penal de autor. La sobrecriminalización es marcada al tipificar el delito de favorecimiento y de colaboración al sancionar (expresamente actos preparatorios, al oscurecer la noción de participación criminal y al privilegiar la punición de la asociación ilícita. La conclusión es pues obvia: se exacerba la prevención general y paso a paso, a propósito de las sucesivas reformas, se busca amoldar la ley a las necesidades de las fuerzas de seguridad, invirtiéndose el valor seguridad en favor de esta última.
3) Se apostó por una masiva sobrecriminalización, de modo que se reprimió todo el *iter* delictual, diseñándose tipos de resultado anticipado, actos preparatorios, asociación ilícita, las diversas formas de colaboración y de incitación y apología, en la perspectiva operacional de cercar toda posible acción terrorista. Asimismo, esta profusa creación de tipos relacionados –especialmente con la asociación ilícita– busca facilitar el desempeño de los órganos de la persecución penal desde que resulta casi imposible probar la participación de individuos en actos terroristas concretos, por lo que se libera esta dificultad sancionando los vínculos orgánicos entre individuos vinculados al aparato terrorista.
4) Se diseñó una sistema de sanciones desmedidas, asumiéndose un criterio psico–social simbólico, de prevención general. Los mínimos legales oscilan entre 10 y 18 años de penitenciaría y se suprimió todo beneficio procesal y penitenciario. Ello nos permite sostener que el objetivo de la resocialización se ve expresamente rechazado y que la meta en lo punitivo procura aislar al subversivo y someterlo a severos regímenes de seguridad.
5) Se instauró lo que Emilio Resta llamó el "Derecho Penal Premial", primero introduciendo un art. 85–A por la ley 24651 y, luego,

redefiniéndolo con la ley 25103. Se reconoció las figuras de disociación, colaboración y colaboración activa, buscándose que el terrorista que decida apartarse de la organización colabore con el Estado para desarticular las bandas subversivas. El fin utilitarista es ostensible, imponiéndose la razón de Estado, a partir de la cual se conceden beneficios concretos que pueden ir hasta la impunidad. Esta norma tiene problemas técnicos muy severos, dificultades operativas que la han tornado inaplicable y, fundamentalmente se ha dado sin una cobertura estratégica que la convierta en instrumento idóneo en manos de las fuerzas de seguridad y en un momento no de descenso de la actividad terrorista sino de auge de la misma. Esta conclusión es tan obvia que hasta el momento, y según alcanza nuestra información, nadie se ha acogido a sus "beneficios".

En el derecho procesal penal los cambios más relevantes son los siguientes:

1) Administrativización o policialización del proceso. Las leyes 24700 y 25031 hacen recaer el peso de la recolección probatoria y lo esencial del proceso en los órganos de seguridad extra–judiciales. Asumen facultades reservadas a la Judicatura: detenciones incontrolables de claro cariz punitivo, allanamientos sin orden judicial, incautaciones y secuestros de documentos masivos, etc. La investigación policial se convierten de hecho y de *jure* en la base de la acusación. Se supervalora el peso del atestado policial.
2) Expansión de la detención preventiva. Se trastoca la perspectiva de un modelo garantista, en el que la detención es siempre excepcional. Por el contrario, el proceso antiterrorista es diseñado de forma tal que la detención es obligatoria e indispensable. Se prohibe todo tipo de libertad provisional y de medidas contracautelares personales, al punto que se instaura del modo más evidente la *pena anticipada* . La inconstitucionalidad es contundente, puesto que basta que la imputación y la denuncia sean por delito de terrorismo para que deba dictarse mandato de detención sin necesidad de pruebas que vinculen al imputado con el delito.
3) Limitaciones al principio acusatorio. Es una consecuencia de la administrativización del procedimiento. El acento inquisitorial es marcado no sólo a partir de un reforzamiento de las medidas cautelares y disminución de los requisitos para dictarla, sino también por la preeminencia del sumario sobre el plenario o juicio oral y –fundamentalmente– por la institucionalización de lo que Emilio Resta llamo contradictoriamente el "Derecho Penal Premial", en virtud del cual se concibe un proceso que busca la delación por medio de la confesión, que se estructura en relación al aporte de pruebas a partir de la propia colaboración del reo.
4) Desequilibrio del contradictorio. Se degrada el principio de igualdad de armas al potenciar las funciones de la acusación (policía, fiscalía, juzgado de instrucción) en detrimento de la defensa. Las limitaciones prácticas que un diseño procesal de esta naturaleza trae consigo a la defensa, impide que ésta pueda contradecir los cargos, que el defensor tenga acceso a su patrocinado y que pueda discutir con libertad las estrategias de defensa.
5) Instauración de Tribunales y Juzgados Especiales. Se pone en duda la noción de juez legal y de debido proceso. Este modelo trae consigo dos consecuencias: la primera, una *corrida* represiva y autoritaria de anclar el conocimiento de los delitos de terrorismo en los tribunales militares, acentuándose el efecto intimidatorio y negatorio de los principios democráticos de la política criminal; y, la segunda, la creación de procedimientos sumarísimos, en los que se privilegia el interés punitivo y no los derechos fundamentales del imputado.

En el derecho de ejecución penal se adopta una óptica de total negación de beneficios penitenciarios, de aislamiento de los internos por terrorismo confinándolos en secciones independientes (posibilidad frustrada por la falta de infraestructura carcelaria de organización y recursos humanos y de decisión política), y de prohibición de derecho de gracia presidencial.

Como jueces que somos tenemos la obligación constitucional de administrar justicia. No podemos quedarnos en la fácil tarea de criticar la normatividad anti–terrorista impugnándola por sus concepciones político criminales o por los efectos que viene produciendo. Estamos forzados a interpretar las leyes y adoptar líneas hermenéuticas compatibles con la ley fundamental.

El derecho constitucional y la ciencia penal nos brinda, con el apoyo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una am-

plia gama de posibilidades para afirmar en nuestro diario quehacer una opción preventivo–especial y de respeto a los principios democráticos del control penal.

El gran problema que origina la potenciación del efecto simbólico y la exhacerbación de la inseguridad ciudadana es el surgimiento de una corriente al interior de la sociedad que exija jueces y verdugos, jueces que sin más condenen masivamente, que no respeten las garantías procesales. Sin embargo, no se trata de recoger falazmente el agradecimiento público y ocultar el cercenamiento de las libertades públicas y la violencia ilícita que nace de los operadores del control penal (policías y militares).

La democracia fija determinadas reglas de juego en el combate contra el crimen y a ellas debemos atenernos si queremos legitimarnos. Repetimos que el terrorismo implica un desafío a la democracia y por consiguiente la respuesta debe darse en ese terreno. Si bien estamos ante una modalidad delictiva organizada que obedece a planes estratégicos nacionalmente concebidos y ejecutada por elementos convencidos, extremadamente ideologizados o fanáticos, unidos celularmente y conminados bajo la *regla del silencio* de modo que los problemas de recolección probatorias asumen mayores dificultades, la solución no pasa por negar dos principios democráticos fundamentales: la presunción de inocencia, en la que se incluye el *in dubio pro reo*, y el criterio de conciencia que presupone el rechazo a la prueba trazada legalmente orientada. La ciencia procesal puede ayudarnos a rechazar y superar criterios formalistas en la apreciación probatoria y las actitudes pasivas e indiferentes frente a los numerosos problemas que originan los procesos de esta naturaleza.

Tenemos un camino muy largo que recorrer para derrotar al terrorismo con las armas de la ley. Pero estamos convencidos que ganaremos en la medida que sepamos articular un comportamiento judicial responsable en la dimensión de nuestra tarea y valiente en la defensa del sistema democrático y en los valores, directivas y principios que recoge nuestra Constitución Social y Democrática.

CLAUSURA

GUILLERMO FIGALLO ADRIANZÉN
Presidente de la Comisión Andina de Juristas, Perú

SEÑORAS Y SEÑORES:

Termina este evento de cuatro días, con la expresión de un valiente magistrado sobre sus convicciones democráticas.

Es de recordar que estas reuniones fueron inauguradas, indicadoramente, con conceptos vertidos en la Constitución peruana en el sentido de que el poder de administrar justicia emana del pueblo, y consiguientemente la designación de los jueces debe derivar de la directa participación del pueblo; esta es una profesión de fe democrática, valga remarcarlo, afirmada por el representante y vocero de los jueces del Perú. Naturalmente esto nos debe reconfortar y, de hecho, nos reconforta mucho.

La exposición principal de este Foro, estuvo a cargo de nuestro distinguido jurista Javier de Belaunde. El, en esa notable pieza jurídica que nos brindó, señalaba que una visión realista de la dura situación fáctica de la justicia peruana nos da cuenta de la inexistencia de un sistema judicial razonable y acorde con una democracia. Tal conclusión ha sido ratificada por muchos de los brillantes expositores en este Foro.

Javier de Belaunde nos ha planteado, entre otros elementos de indudable importancia, ocho cuestiones previas. Voy a hacer referencia solamente a algunas de ellas, porque quisiera también aportar mi modesto grano de arena a este evento que se ha caracterizado por la brillantez de los trabajos, de los estudios y de las conclusiones de todos los ponentes. Me refiero así a la obsolescencia de los procedimientos, que determina la desubicación de los jueces, y la falta de

especialización funcional de los mismos. Señaló en torno a ello, de Belaunde, que esto es algo como una constante histórica; existen hasta famosas obras literarias, clásicos sobre los defectos de la administración de justicia, si bien la diferencia de esta nueva crítica, en los últimos veinte años, es la conciencia sobre los defectos reales que comienzan a tomar los propios actores de la justicia: los jueces y los abogados.

Y frente a la obsolescencia de los procedimientos, señalaba de Belaunde, se encuentra una solución, que es lo que llamó "vías de evitamiento". Tal significa establecer ciertos procedimientos para algunas ramas de derecho social, sin hacer modificaciones a la estructura del Poder Judicial tradicional ni tampoco a los procedimientos tradicionales. En el Perú, puede decirse que ello empezó con el último proceso político social de Reforma Agraria, que exigió un cambio sustantivo en la administración de justicia especializada para poder viabilizar aquella Reforma.

Se ensayó el nuevo procedimiento agrario y su ejecución dio satisfactorios resultados. Históricamente pudo comprobarse que sirvió de modelo para la segunda "vía de evitamiento", que fue la reforma del procedimiento laboral, el cual también sirvió de modelo para la reforma del juicio de alimentos impulsada por el gobierno militar inmediato anterior y que se reformuló durante el gobierno democrático siguiente afinando aún más el diseño normativo pero siguiendo el mismo esquema del modelo inicial. Esto a su vez permitió otro avance más en el terreno procesal, relativo al juicio de indemnización por accidente de tránsito establecido por el Código de Tránsito.

Sin embargo nos encontramos con que terminado, o interrumpido, el proceso de Reforma Agraria, se produce lo que señala Javier de Belaunde como la crítica a la experiencia anterior durante el debate de la nueva Constitución. El resultado de esta crítica es el modelo de Poder Judicial que nos trae nuestra nueva Carta Magna. De Belaunde ha dicho que lamentablemente este modelo es un corsé, un pie forzado para cualquier reforma. En realidad, el debate y la crítica durante la gestación de la nueva Carta, terminó plasmando un diseño de Poder Judicial propio del siglo pasado, totalmente centralista, que propicia todas las corruptelas que tanto hemos criticado quienes ejercemos la profesión como jueces o como abogados.

Creo que esto ha sido un retroceso en el avance de una mejor administración de justicia en el Perú. Y lo que se plantea como una reforma profunda del Poder Judicial para lograr la finalidad que se persigue, o lo que resulta el *leit motiv* de este Foro, que es la independencia del Poder Judicial -el mismo que, como se ha dicho, no constituye un fin en sí mismo sino un medio para garantizar la vigencia de los derechos humanos- no va a ser posible con la organización del Poder Judicial concebido en estos términos.

Y sin embargo, actualmente estamos presenciando un fenómeno curioso: que es en el Poder Judicial donde se está produciendo una corriente renovadora, una vigencia o florecimiento de las corrientes progresistas, y de la vigencia ante todo de los principios por sobre los formalismos.

En realidad la pugna creada por la tensión al retorno hacia sistemas anacrónicos, evidencian la existencia de ciertas inercias mentales, de jueces y abogados que son producto de las conductas tradicionales de una sociedad que ha sido, y sigue siendo hasta este momento, antidemocrática. Quizá se diga que es mucho pretender que en una sociedad antidemocrática, un organismo sea democrático. Se trata de una inmensa tarea, pero hay que aprenderla pues es preciso pugnar porque la democracia llegue a imperar en el país y, como muy bien se ha dicho acá, la única manera o la principal, de que la democracia sea una realidad, es a través de una administración de justicia que sin someterse al poder político ni al poder económico, se adentre en los problemas reales y coadyuve a su efectiva solución.

El evento que hoy concluye nos alienta a proseguir en el desafío. Y es en este sentido que a nombre de la Comisión Andina de Juristas y asumiendo la representación del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, agradezco a los distinguidos maestros españoles por las sabias lecciones que nos han dado; a los ilustres colegas y maestros latinoamericanos que nos visitan, por sus brillantes exposiciones; a todos los colegas peruanos jueces y profesores universitarios que nos han brindado su indispensable esfuerzo y aporte para la realización de este Foro; agradezco también a todas las personas que han asistido, congratulándome de que esta reunión tenga como característica muy singular, el ser una simbiosis de generaciones maduras y nuevas. Tal demuestra que no sólo en los profesionales que llevamos tiempo en el ejercicio de la profesión, sino en los nuevos

profesionales y en los estudiantes universitarios, hay una gran inquietud en estos temas y una gran fe en la democracia. Por supuesto, una palabra especial de agradecimiento al personal auxiliar y de secretaría, sin cuyo esfuerzo, seriedad y dedicación no hubiera sido un éxito este evento.

Y con esto doy por clausurado este certamen.

Tipografía electrónica:
Text-o-Tronic S.R.L.
Los Laureles 1004, Resid. San Felipe
Familia de caracteres: Palatino
Papeles utilizados: Bond nacional de 60 g.
y cartulina Foldcote de 240 g.
Impresión: INDUSTRIAL*gráfica* S.A.
Chavín 45, Lima 5, Perú
Abril, 1991