

# LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN EL PERÚ: ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LAS DEMANDAS DE LA REALIDAD<sup>1</sup>

*Gorki Gonzales Mantilla<sup>2</sup>*

*Profesor Ordinario de Ciencias Jurídicas y Filosofía del Derecho  
Universidad Católica del Perú*

## SUMARIO

1. *Presentación.*
2. *La reforma de la justicia en el contexto de América Latina.*
3. *Algunos de los cambios más significativos en la región durante la última década:*
  - a) *La nueva estructura de la justicia en Bolivia con la reforma constitucional de 1994.*
  - b) *La justicia y su integración institucional en Colombia.*
  - c) *Los cambios en la justicia con la reforma de 1998 en el Ecuador.*
4. *La agenda de la reforma en un escenario de transición democrática: el caso peruano:*
  - a) *Gobierno del Poder Judicial.*
  - b) *Delimitación constitucional de competencias de la justicia ordinaria.*
  - c) *La justicia ordinaria frente a los delitos castrenses: una reforma esperada.*
  - d) *El Consejo Nacional de la Magistratura: un ajuste al control disciplinario y el problema de la ratificación.*
  - e) *Carrera Judicial y formación de magistrados.*
  - f) *Nueva estructura del Tribunal Constitucional.*
5. *Constitución y pluralismo cultural: las demandas de la diversidad y el reconocimiento comunal.*
6. *Reflexiones finales.*

1. Ponencia presentada al "Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La Reforma Constitucional". Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 18 de Junio de 2004.

2. Profesor Ordinario de los cursos de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es, además, Coordinador de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la misma universidad.

## ***1. Presentación***

En este texto me ocuparé de explicar el proceso de reforma de la justicia en el Perú, con especial énfasis en los cambios constitucionales que sobre el particular han ocurrido y se vienen formulando en la actualidad. Para este propósito tendré a la vista, con el fin de identificar todas las variables, el contexto latinoamericano de la reforma.

Los males de lo judicial en el caso peruano son endémicos y están paradójicamente asociados a los propios remedios generados para hacer frente a la crisis. Esta razón justifica, ampliamente, el examen del proceso de reforma en sus características principales, pues de ellas está teñido el resultado.

A decir verdad los cambios más severos sobre este tópico se han producido directamente en el escenario legislativo. Sin embargo, algunas de las reformas pendientes reclaman, como condición la reformulación del diseño y las reglas constitucionales. Centraré mi preocupación en este último extremo.

## ***2. La reforma de la justicia en el contexto de América Latina***

Al cabo de poco más de una década de promulgada la vigente Constitución Política (1993) y luego de un proceso sostenido en el tiempo, que se remonta aún a los orígenes de la república en el Perú, la reforma de las instituciones de la justicia ha estado en la agenda política de la mayor parte de gobiernos, pero el resultado, sin embargo, no aparece a la vista como saldo positivo.

De cualquier forma, lo que distingue al último período de reformas en materia de justicia, tiene que ver con el escenario de cambios institucionales impulsados, a veces en forma concurrente, desde las políticas de ajuste estructural de los gobiernos de la región, fuertemente influidas por las demandas de los organismos internacionales de desarrollo y financiamiento internacional<sup>3</sup>. Estos cambios tuvieron una agenda de transformaciones sumamente amplia a nivel del propio sistema legal de cada uno de los países involucrados y en el marco de una dinámica de reforma integral del aparato estatal<sup>4</sup>.

3. Thsuma, Lawrence. "The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development". En: *Social & Legal Studies*. London: Sage Publications, Thousand Oaks, CA. And New Delhi, vol. 8 (1) pág. 83.

4. Carrillo Flores, Fernando. "Los retos de la reforma de la justicia en América Latina". En: *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, abril de 1999, pág. 39.

En efecto, es posible afirmar que, en términos generales, los procesos de reforma legal en América Latina tuvieron como justificación común el contribuir, en primer lugar, a: i) crear un ambiente que asegurara el proceso de modernización y globalización de la economía, caracterizado por un sistema de libre mercado y búsqueda de la eficiencia en el intercambio; ii) afianzar el sistema democrático y el Estado de Derecho como base para la consolidación de instituciones democráticas, con sistemas legales transparentes, responsabilidad hacia las demandas sociales y accesibilidad para los sectores sociales menos favorecidos: un sistema articulado para garantizar la defensa de los derechos ciudadanos y al mismo tiempo eficiente para la prevención y punición de las actividades delictivas<sup>5</sup>. No debe llamar la atención el orden, podría decirse, jerárquico, que guardaban los citados objetivos, pues estaba formulado en función de las "prioridades" políticas cuya factura provenía del programa de reforma económica instalado en casi todo el continente. Se buscaba, por ello, "ajustar" los sistemas judiciales a las necesidades urgentes del mercado, para crear seguridad jurídica, disminuir los costos de las transacciones y a la vez constituir un marco adecuado de incentivos, en medio de regímenes políticos de corte autoritario<sup>6</sup>. Esta era la principal prioridad.

En esa dirección y en versión oficial, la reforma judicial -producida en un escenario de intervención política desde el Ejecutivo,- en el Perú de los 90', tuvo entre sus objetivos contar con un marco legal predecible y una judicatura en disposición de interpretar y aplicar las leyes en forma efectiva para consolidar las políticas de estabilización económica y de liberalización<sup>7</sup>.

Sin embargo, pese al común denominador que permite catalogar los objetivos de las reformas judiciales en los países de América Latina, es de advertir que ellas formaron parte de procesos políticos ciertamente disímiles, lo que permite asumir que las características y los efectos en cada caso, serían también diferentes. Así, por ejemplo, mientras en el caso chileno, la reforma se desarrolló en

5. Al respecto, Thome, Joseph R. "Heading south but looking north: Globalization and Law Reform in Latin American". En: *Wisconsin Law Review. Special Issue*. Vol. 2000, núm. 3., pág. 192.

6. Burgos, Germán. "Reforma Judicial, desarrollo económico y banca multilateral". En: *El Otro Derecho. Revista del Instituto de Estudios Legales Alternativos - ILSA*, vol. 8, núm. 1, Bogotá, 1988, pág. 128.

7. Así quedó dicho por el ex Ministro de Economía del régimen fujimorista Carlos Boloña. En: Boloña Berh, Carlos. *Cambio de Rumbo. El programa económico para los 90*. Instituto de Economía de Libre Mercado "San Ignacio de Loyola", Lima - Perú, 1993, pág. 143 y ss. De otro lado, esta misma consideración, formó parte del ideario del Banco Mundial a la hora de brindar apoyo económico a la reforma judicial en Perú. En: *Memorandum of Vice President and General Counsel, "Issues of Governance in the Governing Members"*. Citado en: *Building on Quicksand. The collapse of the world Bank's Judicial Reform Project in Peru*". Documento del *Lawyers Committee for Human Rights*, April, 2000, pág. 2.

medio de un proceso que tuvo que asumir pasivos precisos de la dictadura militar y enfrentar con el debate en la arena política -en sus distintos tiempos e intensidades- los retos de la transición<sup>8</sup>, sin embargo, en el caso peruano la reforma de los años 90', nunca fue materia de deliberación ciudadana ni buscó obtener consensos mínimos<sup>9</sup> para su ejecución. Y es un contexto de violencia crítica la que acompaña al proceso colombiano, en donde el énfasis de la reforma judicial ha tenido que hacer frente a un escenario institucional precario<sup>10</sup> y signado por una criminalidad en ascenso<sup>11</sup>. Pero al mismo tiempo, será la pobreza, la exclusión social y la profunda debilidad o marginalidad de las instituciones políticas, los rasgos que delimitan el contexto de las reformas emprendidas en Bolivia<sup>12</sup>.

Por ello, si bien desde cierta perspectiva se podría decir que los diversos procesos de cambio se incorporan en la línea de las llamadas reformas exhaustivas, cuya pretensión fue incluir, progresivamente, todos los niveles del sistema judicial<sup>13</sup>, sin embargo, esta afirmación demanda que se compulsen los procesos y sus resultados. En efecto, con mayor o menor énfasis, "el discurso" de la reforma predicó la idea de: "i) lograr mejoras en la administración de justicia; ii) fortalecimiento de la independencia judicial; iii) desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de disputas; iv) la mejora de la educación legal de los jueces;

8. Véase Correa, Jorge. "Cenicienta se queda en la fiesta. El Poder Judicial Chileno en al década de los 90", en: Drake, Paul - Jacksic, Iván (compiladores). *El Modelo Chileno. Democracia y desarrollo en los 90*, pág. 306.

9. Sólo como referencia, véase el documento ya citado: "*Building on Quicksand. The collapse of the world Bank's Judicial Reform Project in Peru*". Documento del *Lawyers Committee for Human Rights*, April, 2000.

10. Los derechos fundamentales en Colombia, en particular, la libertad, "se han encontrado afectados por la existencia de un conflicto armado interno que se ha fortalecido y complicado con la aparición del narcotráfico (...). Este conflicto, en sus múltiples manifestaciones, ha servido de justificación gubernamental para la declaratoria de un estado de excepción constitucional casi permanente, que ha configurado un derecho penal marcado por el conflicto armado (...). La normalización de la excepción constitucional ha servido para difundir una cultura de la excepción que ha afectado de manera grave el sustrato psicológico necesario para obtener la obediencia al derecho y el respeto de la autoridad estatal." En: García Villegas, Mauricio. "El Constitucionalismo Precario en Colombia". Documento inédito, pág. 7.

11. Se afirma que Colombia exhibe uno de los niveles más altos de crimen violento en la región. Un informe del Banco Mundial de 1999, precisa que ésta pasó de entre 20 y 40 homicidios anuales entre 1960 y 1985 a una proporción de 70 y 90 homicidios por cada 100 mil habitantes en los años 90. Estas cifras van de la mano con la violencia desatada por el conflicto armado interno que han potenciado el número de asesinatos y secuestros. En: *Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2002-2003 - Colombia*, págs. 13-14.

12. Al respecto vid. *Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2002-2003 - Bolivia*, págs. 1-2.

13. Buscaglia, Edgardo. "Los principales obstáculos de la reforma judicial en America Latina", en Jarquín, Edmundo y Carrillo, Fernando (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, New York, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), págs. 33-34.

y v) la creación de nuevos canales para que vastos sectores de la población, ahora excluidos, tengan acceso a la justicia". Mas en los hechos, y en grado mayor para el caso peruano, estos mismos aspectos siguen siendo materia de la agenda pendiente aún hoy en día.

### ***3. Algunos de los cambios más significativos en la región durante la última década***

Como se dijo al inicio, es desde el ámbito legislativo que se produjeron los mayores esfuerzos para llevar adelante el conjunto de reformas de la justicia. Por lo demás, ésta se presentaba como la vía más "inmediata" para propiciar los cambios institucionales.

De todos modos, es conveniente recordar que fue en la década de los 90' que se produjeron cambios precisos en el diseño constitucional de la justicia de algunos países de la región. Cambios que al fin y al cabo no pueden dejar de ser valorados en el contexto político y de ajuste estructural que marcó el estado de cosas en los países de América Latina durante dicho período.

#### **a) La nueva estructura de la justicia en Bolivia con la reforma constitucional de 1994**

Con la reforma de la Constitución de Bolivia del año 1994<sup>14</sup> se cambia la estructura del Poder Judicial. Se introduce la figura del Consejo de la Judicatura, como el órgano indispensable para garantizar la independencia judicial con competencias de carácter administrativo y disciplinario<sup>15</sup>. Fiel a la tradición, el Consejo de la Judicatura es el órgano encargado de administrar el Sistema de carrera judicial. Para cumplir con este objetivo, se crea, asimismo, el centro de formación de jueces, denominado Instituto de la Judicatura, órgano dependiente del Consejo. No obstante lo dicho, parece disfuncional en la perspectiva de las competencias atribuidas a este Consejo que la presidencia del mismo recaiga en el Presidente del Poder Judicial.

14. Las propuestas de reforma constitucional fueron expuestas a través de la Ley 1473 del 1 de abril de 1993 y fueron aprobadas por la Ley 1585 de Reformas a la Constitución del 12 de agosto de 1994. En: *Consejos de la Magistratura. Los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2003, págs. 114-115.

15. Urcullo Reyes, Jaime. *Proceso democrático, situación jurídica y reforma constitucional en Bolivia*. La Paz: Editora Urquiza, 1993, pág. 165.

Junto al Consejo y con el fin de separar la jurisdicción ordinaria de la constitucional, al decir de la Ley 1473 del 1 de abril de 1993, se crea el Tribunal Constitucional, como una de las reformas de mayor significación<sup>16</sup>.

Pese a estar normado en el capítulo correspondiente al Poder Judicial<sup>17</sup>, el Tribunal Constitucional cumple su función dotado de autonomía<sup>18</sup> y a través de un vasto número de competencias<sup>19</sup>. Este Tribunal se encarga de efectuar el denominado control abstracto, en instancia única, de la constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones judiciales, al mismo tiempo que es competente para conocer, con carácter obligatorio el recurso incidental de constitucionalidad<sup>20</sup>. El Tribunal Boliviano se instala recién en 1999, de manera tal que, según ha sido advertido por el profesor Domingo García Belaunde<sup>21</sup>, resulta el más joven del continente.

El papel de la Corte Suprema, quedará vinculado al ámbito de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa (nulidad y casación), pero además tiene competencia para fallar en los juicios de responsabilidad contra el Presidente, Vicepresidente, ministros de Estado y prefectos por delitos de función, previa autorización del Congreso Nacional (art. 118° 5).

### **b) La justicia y su integración institucional en Colombia**

La Constitución colombiana de 1991, es parte del impulso político dado por el gobierno de aquel entonces, en medio de un proceso de "conmoción nacional y violencia emprendida por los carteles de la droga"<sup>22</sup>. Quizás esto explique, en

16. *Ibidem*, pág. 167.

17. En esa línea se ha sostenido que la creación de este órgano -junto a la del Consejo de la Judicatura- ha cambiado de manera positiva el rostro del Poder Judicial. Vid.: San Martín Arzabe, Hugo. "El proceso de reforma constitucional". En: *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung A.C, Décimo año, ed. 2004, Tomo I, pág. 371.

18. García Belaunde, Domingo. "Los tribunales constitucionales en América Latina". En: *La Constitución y su Defensa*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos -Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional (sección peruana), Domingo García Belaunde (coordinador), 2003, pág. 318.

19. Al respecto, vid.: Eguiguren, Francisco. *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano - Fundación Konrad Adenauer, pág. 2000, pág. 43.

20. Sobre el particular, el profesor Francisco Eguiguren afirma que se trataría de "un sistema formalmente mixto, pero con indudable tendencia hacia un modelo concentrado, que es -al parecer- lo que se quiso hacer con la reforma constitucional". *Ibidem*. pág. 18.

21. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 318.

22. García Villegas, Mauricio. "El Constitucionalismo Precario en Colombia". Documento inédito, pág. 7. De otro lado, como recuerda Alfredo Fuentes: "Ante el fracaso de un nuevo intento de reformar la Constitución a fines de los años ochenta, el magnicidio del líder político y candidato presidencial Luis (...)

parte, el largo debate<sup>23</sup> que precedió a su promulgación, en la perspectiva de fortalecer la institucionalidad jurídica. Una estrategia no exenta de voluntarismo gubernamental que buscó hacer de la Constitución una herramienta para promover cambios sociales y defender los derechos sociales, al mismo tiempo que "se replanteaban las relaciones de poder entre los órganos del Estado"<sup>24</sup>. La creación de la "Rama Judicial", como entidad comprensiva de todas instituciones involucradas en la administración de justicia, se inscribe precisamente esa idea.

De este modo, se delimitan los espacios de la jurisdicción ordinaria a través de la Corte Suprema, la Fiscalía General de la Nación y los demás tribunales y jueces, la jurisdicción contencioso administrativa a través del Consejo de Estado y la jurisdicción constitucional a través del Tribunal Constitucional. Junto a ello, se crea el Consejo Superior de la Judicatura que ejerce la función de autoridad administrativa de la Rama.

La Corte Suprema actúa como tribunal de casación. Tiene además la competencia de juzgar al Presidente de la República, a los Magistrados de la Rama Judicial, miembros del Congreso, Ministros de Estado, Fiscal General, Defensor del Pueblo y otros altos funcionarios públicos y Magistrados de Tribunales. También conoce todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno (artículo 235° de la Constitución).

En el horizonte de la tradición bolivariana (tomada de la francesa)<sup>25</sup>, el Consejo de Estado, además de tribunal en lo contencioso administrativo, conoce entre otras cosas, de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional<sup>26</sup>, cuando se trate de asuntos que no

(...) Carlos Galán, el desafío planteado por el narcoterrorismo y la violencia generalizada y la incompetencia de la clase política para dar respuesta a los grandes problemas del país, un frente universitario inició en 1989 un movimiento dirigido a convocar al pueblo para reformar aquellas instituciones que impedían que se conjurara la crisis. Las ideas de ese movimiento estudiantil, denominado "Todavía podemos salvar a Colombia", contribuyeron de manera importante a la concreción de iniciativa de reforma de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente". En: Fuentes, Alfredo. "Cambios en el Sistema de Justicia y papel de la Sociedad Civil en Colombia" Bogotá: Documento presentado en el Taller Sociedad Civil y Justicia en Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho - Fundación Ford, Junio de 2002, pág. 3.

23. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 317.

24. Fuentes Alfredo, Op. cit., pág. 4.

25. Es reconocida la influencia que el derecho público francés tuvo en Colombia, desde principios del siglo XX, no sólo en lo relativo a las leyes e instituciones jurídicas sino a través de su doctrina y jurisprudencia. Así lo refiere García Villegas, Mauricio en "Bases constitucionales de las acciones públicas". *Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú. Santiago de Chile*: Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales, núm. 7, 1997, pág. 346.

26. Ya la Ley 153 de 1887 consagró por primera vez en Colombia "un mecanismo de protección del

corresponden a la competencia del Tribunal Constitucional. Así está previsto en el artículo 237° de la Carta Política.

Con la creación de la Corte Constitucional, como parte de la Rama Judicial, en Colombia se afirma la tradición de control de constitucionalidad, cuyo desarrollo es aún anterior al modelo austriaco de "control concentrado", de inspiración kelseniana. Así, desde la reforma de 1910 se reconoce la acción popular de inconstitucionalidad de efectos erga omnes<sup>27</sup>, cuya competencia fue atribuida a la Corte Suprema.

En consecuencia, la presencia de la Corte Constitucional en Colombia supuso un fortalecimiento de la tradición sobre control de constitucionalidad, a la vez que un impulso a la especialización de esta jurisdicción. La Corte Constitucional se haría cargo en delante de las atribuciones en materia de control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, antes atribuidas a la Corte Suprema. Adicionalmente, se le han otorgado facultades para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento; tiene también, la atribución para revisar, en la forma que establece la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, entre otras importantes facultades.

La Constitución del 91 introduce la figura del Consejo Superior de la Judicatura con el propósito de gestar un mecanismo que racionalice y haga más eficiente la organización de la justicia. Es bueno anotar que este organismo se inscribe -a decir del profesor Alfredo Fuentes de la Universidad de Los Andes- en el contexto del proceso renovador producido por dicha carta política, que buscaba crear instrumentos para gestar la transición de una democracia representativa a una democracia participativa, de la cual saliera fortalecida la rama judicial<sup>28</sup>.

El Consejo Superior de la Judicatura está concebido como la máxima autoridad administrativa de la denominada "rama judicial", y le están atribuidas funciones de tipo disciplinario de funcionarios de la rama y de los propios aboga-

ciudadano frente a la administración: la excepción de ilegalidad o de aplicación preferencial de la ley en relación con las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria". García Villegas, Mauricio. *Ibidem*. págs. 345-346. Esta atribución estuvo, igualmente presente en la reforma constitucional de 1945, respecto de los decretos gubernamentales sin fuerza de ley. Vid., Eguiguren, Francisco. Op. cit., pág. 26.

27. García Belaunde, Domingo. Op. cit. pág. 314.

28. Fuentes, Alfredo. Op. cit., pág. 4.

dos en ejercicio, administrar la carrera judicial y suministrar candidatos para la designación de funcionarios judiciales. Como órgano de gobierno, está en capacidad de elaborar el presupuesto de la rama judicial y ejecutarlo de acuerdo con la aprobación del Congreso<sup>29</sup>. Está integrado por dos salas: la administrativa y la disciplinaria.

### **c) Los cambios en la justicia con la reforma de 1998 en el Ecuador**

Con la reforma Constitucional de 1998, finalmente, se pone en funcionamiento al Consejo Nacional de la Judicatura, cuya existencia estuvo prevista desde la reforma constitucional de 1992<sup>30</sup>. Se trata del órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la función judicial (artículo 206° de la Constitución). Comprende, además, el aspecto financiero. Es de precisar que la ley ha restringido los alcances de las facultades atribuidas al Consejo de la Judicatura, al establecer que la facultad para definir las políticas generales de acción en materias administrativas, económicas, de recursos humanos y disciplinarias, corresponden a la Corte Suprema. De este modo, el Consejo de la Judicatura ha visto reducido su papel al de la simple ejecución<sup>31</sup>.

El Consejo de la Judicatura no tiene una participación definitiva en el nombramiento de magistrados, pues éste se produce a través de un sistema de cooptación en el caso de los ministros de la propia Corte Suprema, la misma que se encarga de designar a vocales, jueces y funcionarios judiciales respectivamente. El Consejo, sin embargo, se encarga, a través de su Comisión de Recursos Humanos, de la organización y administración de los concursos de oposición de méritos para proponer los candidatos a la Corte Suprema.

La reforma de 1998 confirma la presencia del control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional. En realidad se trata de una institución cuyos antecedentes internos se remontan a la Constitución de 1945. Como recuerda el profesor García Belaunde, este Tribunal, luego de que fuera derogado por la Constitución de 1946, volvió a reaparecer en la Constitución de 1967<sup>32</sup>.

29. *Ibidem*, págs. 6-7.

30. Como bien recuerda Héctor Fix Zamudio " la reforma constitucional del año 92, fue publicada por el Congreso Nacional el 23 de diciembre de 1992, pero la codificación constitucional, como tal, fue aprobada recién el 31 de marzo de 1993. En: Fix-Zamudio, Héctor. "Las tendencias predominantes del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo". En: *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. vol 1, Ricardo Combellas (coordinador), Caracas: Fundación Konrad Adenauer, pág. 51, 1996.

31. *La reforma judicial en la región andina. ¿qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000, pág. 75.

32. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 315.

Posteriormente, la Constitución de 1978 reiteró la institución con el mismo nombre y facultades semejantes. La Corte Constitucional prevista en la reforma de 1998, como órgano supremo de control de constitucional, tiene la facultad de resolver sobre la inconstitucionalidad con carácter general y obligatorio, derivada de las sentencias de la Corte Suprema o del tribunal de última instancia, en materia de control concreto e incidental ejercido por cualquier juez y en cualquier proceso judicial, que, de oficio o a pedido de parte, declara la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución. Se trata de un esquema en el que se establece, sin duda, un vínculo claro entre la facultad de control incidental a cargo del Poder Judicial y el ejercido, con carácter general desde el Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional es, además, competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas y actos administrativos de cualquier autoridad pública. Tiene, igualmente, el control previo sobre los proyectos de ley, cuya constitucionalidad haya sido objetada por el Presidente de la República durante su trámite.

#### ***4. La agenda de la reforma en un escenario de transición democrática: el caso peruano***

Depuesto el régimen autoritario de Alberto Fujimori, en el Perú se inició un proceso de reconstrucción institucional. El ámbito de lo judicial estuvo entre los espacios de mayor urgencia, debido a la intervención de la que había sido objeto, en el marco del proceso de reforma judicial previo: destitución masiva de magistrados (jueces y fiscales), control sobre la designación interna de jueces con el fin de colocar magistrados adeptos al régimen, intervención en la Academia de la Magistratura, destitución de tres de los siete magistrados del Tribunal Constitucional y renuncia de los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, son sólo algunos de los indicadores que deben tenerse presente a la hora de juzgar el proceso que le ha tocado vivir al país y al sistema de justicia, con el fin del régimen fujimorista y el inicio del proceso de transición democrática.

En el itinerario emprendido con el retorno a la democracia se pusieron en marcha diversas comisiones y mecanismos dispuestos para la reconstrucción del sistema<sup>34</sup>. El resultado final, en lo que concierne a esta disertación, proviene de

33. Eguiguren, F. Op. cit., pág. 24.

34. Un primer factor de aglutinamiento interinstitucional en este contexto es el producido a través del

la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS<sup>35</sup>. Esta entidad estuvo conformada por 16 representantes de diversos sectores, incluyendo representantes del propio sistema judicial y fiscal. La presidencia recayó en el propio presidente de la Corte Suprema. La citada comisión tuvo como encargo producir un plan nacional de reforma integral de la justicia en el país.

Entre las propuestas de reforma, se incluye una referida a la propia Constitución Política. El documento elaborado para este efecto lleva consigo la propuesta de modificación de prácticamente el integro del articulado constitucional referido a la materia de justicia (26 artículos). Al mismo tiempo, se han previsto, en muchos casos, las propuestas legislativas de desarrollo constitucional.

Es conveniente anotar que esta propuesta se inserta en un proceso de reforma constitucional de mayor amplitud (Ley 21760 del 16 de diciembre del 2001), cuyos arribos han motivado inclusive un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por esta razón, existe, igualmente, un proyecto de reforma del capítulo del Poder Judicial, en el marco de este proceso.

Pero ocurre que las características que nutren el proceso de la CERIAJUS, permiten afirmar que éste es un caso inédito en la larga historia de intentos de reforma de lo judicial en el Perú. Más aún, se trata de un caso también ejemplar en el escenario de los países de la región. Y es que la CERIAJUS ha permitido congregar los esfuerzos de todas las entidades del Estado vinculadas al problema de la justicia en el Perú (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo

Grupo de Trabajo de Alto Nivel (GTAN), mediante el Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Coordinación del Proceso de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia, suscrito por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, el 23 de marzo del 2001. Véase el documento denominado Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia. Plan Estratégico y Lineamientos para su Implementación. Lima, octubre del 2001. Cabe indicar que es muy poco -o casi nada- lo que se valoró o retomó del trabajo realizado por este Grupo de Alto Nivel para el proceso emprendido por la Secretaría Técnica de la CERIAJUS.

35. Por mandato de la Ley núm. 28083 del 4 de octubre del 2003, se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia -CERIAJUS- con la finalidad de elaborar el Plan Nacional que contenga una propuesta global y concertada de reforma del sistema de justicia. Se establece que dicha Comisión tendría 180 días, contados desde el día de sus instalación para el cumplimiento de su encargo. No se debe pasar por alto que como parte de este escenario se produjo la creación del Programa "Acuerdo Nacional por la Justicia" destinado a formular políticas de Estado relativas al Poder Judicial. Este grupo tendría entre sus objetivos, además, el de colaborar con la CERIAJUS. Puede verse sobre el particular la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial núm. 191-2003-P-PJ del 22 de octubre del 2003.

Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), junto a representantes de la sociedad civil (colegios abogados, Sociedad Nacional de Industrias, entre otros). Además de lo dicho, el resultado final, es decir, el Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia, es un documento, que pretende leer los problemas y sus soluciones desde una perspectiva interinstitucional y no sólo sectorial<sup>36</sup>.

Estas razones pesan como argumento para identificar las propuestas de reforma constitucional elaboradas en la CERIAJUS -sin olvidar el fuerte grado de legitimidad del que vienen premunidas-, como uno de los ejes de la discusión que ya se viene produciendo en el seno del Congreso.

Valorando esta perspectiva, es posible advertir que al margen del carácter global de la propuesta de reforma, los cambios más significativos pueden presentarse conforme al siguiente cuadro:

#### **a) Gobierno del Poder Judicial**

Desde la Constitución de 1993, se plantea la conformación del Poder Judicial por órganos jurisdiccionales y órganos que ejercen su gobierno y administración. Esta distinción, ha sido objeto de un desarrollo no siempre coherente y de consenso a nivel de la legislación específica<sup>37</sup>. Aún la misma Constitución establece junto a lo dicho, el reconocimiento de la Sala Plena de la Corte Suprema, como el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. La propuesta de reforma pone el acento en la distinción de estas funciones, al punto de insistir en la figura del Consejo de Gobierno del Poder Judicial.

Es oportuno añadir a lo anterior que, conforme a la propuesta, este inicial reforzamiento del Consejo de Gobierno, va acompañado de la supresión de la denominada "Sala Plena de la Corte Suprema", entidad que, como se ha dicho, es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. Este órgano, en efecto, ha sido blanco de muchas críticas, debido, principalmente, a su inoperancia. Con el tiempo, por ello, ha visto perder progresivamente la confianza en su desempeño, vital para la propia marcha institucional del Poder Judicial<sup>38</sup>, en los térmi-

36. El Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia fue entregado por el Presidente del Poder Judicial al Presidente de la República con fecha 24 de abril del presente año.

37. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo núm. 017-93-JUS.

38. Artículo 79º: "La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros

nos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de la aprobación de la política General del Poder Judicial a propuesta de su Consejo Ejecutivo, derivada del carácter que se le atribuye en la propia Constitución Política. Se advierte en esta línea que el reforzamiento, involucraría a la vez centralizar en el Consejo de Gobierno las atribuciones que hoy recaen en la Sala Plena de la Corte Suprema.

La función elevada -en los términos de la propuesta- a rango constitucional, para encargar al Consejo la aprobación del Presupuesto del Poder Judicial, sigue la anterior lógica. Al respecto, llama la atención la propuesta que incorpora una cláusula en cuya virtud el presupuesto del Poder Judicial no podrá ser observado salvo que exceda el 4% del monto total del Presupuesto General de la República. Dejando al margen la discusión sobre la viabilidad de su aprobación, esta propuesta -referida a un tipo de intangibilidad- lleva consigo una antigua demanda, en busca de enfrentar la dependencia presupuestal que ha contribuido, entre otras cosas, a profundizar la crisis judicial.

Una ampliación a la par que una recomposición interna de los miembros del Consejo de Gobierno ha sido, igualmente, considerada en la propuesta de reforma. En este caso, parece primar la búsqueda del equilibrio, en el contexto de un esquema de gobierno que no responde con claridad a los modelos clásicos, en función de su configuración interna o externa<sup>39</sup>. En efecto, en el caso peruano, el modelo de gobierno propiamente dicho, confronta un problema de indeterminación, por la atribución indistinta -o desconcentración- de facultades en esta materia, a la Corte Suprema, al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y al propio Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que la propuesta de reforma, signifique un cambio importante, al pretender radicar las funciones de gobierno en dicho Consejo que, aunque estaría presidido por el Presidente de la Corte Suprema, está conformado por una pluralidad (8 miembros) de procedencia variada. Junto a los cuatro jueces (uno por cada grado), se prevé la presencia de un representante de los colegios de abogados y dos por las facultades de derecho. En este último extremo, no está demás decirlo, se advierte un difícil equilibrio, que tiene sus detractores.

asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los Vocales Supremos Titulares. El Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura no interviene en los casos en que haya conocido con anterioridad en el ejercicio de sus funciones." (Párrafo según la modificación introducida por el artículo 4 de la Ley núm. 27362, publicada el 31-10-2000).

39. Véase Espinosa-Saldaña, Eloy. "Reflexiones sobre las tareas de gobierno y administración del Poder Judicial así como acerca de las instancias llamadas a desempeñar dichas funciones". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, núm. 20, marzo del 2001, pág.III.

### **b) Delimitación constitucional de competencias de la justicia ordinaria**

Frente a la Constitución de 1993, la propuesta de reforma precisa el ámbito de las competencias de la justicia ordinaria. El sentido de esta incorporación, por los términos en los que viene redactada, refuerza la posición institucional de lo judicial en función de prioridades que estarían delimitadas en la propia Constitución. Se entiende de este modo, la referencia, en primer lugar, a la tutela de los derechos fundamentales, es decir, como función prevalente de lo judicial. En segundo y tercer lugar se precisan las atribuciones correspondientes derivadas de la propia entidad de lo judicial, siempre observando un sentido tuitivo respecto de las personas. Se alude, de este modo, a la tutela de los derechos subjetivos al resolver los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas, ratificando la vigencia del ordenamiento jurídico y el control de las conductas anti-jurídicas punibles. La justicia ordinaria tiene a su cargo, el control de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos de la administración, pero además se encarga del control de la potestad reglamentaria y el control difuso de la constitucionalidad de las normas.

El escenario antes descrito, ratifica el carácter articulado y paralelo del control de constitucionalidad en el ordenamiento peruano, compartido entre la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional. En el primer caso, se identifican los procesos destinados a la tutela de los derechos fundamentales (*habeas corpus*, amparo y *habeas data*) que se inician en el ámbito de la justicia ordinaria, pero que pueden ser materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional y, en el segundo caso, se encuentran, los procesos de acción popular (control de la potestad reglamentaria), de cumplimiento y el control difuso a cargo únicamente de la justicia ordinaria, frente a los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y de conflicto de competencia a cargo del propio Tribunal Constitucional<sup>40</sup>.

### **c) La justicia ordinaria frente a los delitos castrenses: una reforma esperada**

Vinculado a lo anterior el proyecto de reforma trae consigo una toma de posición ampliamente compartida. Se trata de la incorporación de los denominados

40. En este punto específico debe tenerse muy en cuenta la publicación de la Ley 28237 (*Diario Oficial El Peruano* del 31 de mayo de 2004), en cuya virtud se anticipa la normatividad que regirá de modo sistemático, el conjunto de procesos constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico peruano que hasta el momento se encontraban regulados en forma dispersa. Este instrumento normativo, denominado Código Procesal Constitucional -que entrará en vigencia en el mes de diciembre de este año- introduce, además, importantes cambios en la regulación de estos mecanismos procesales, establece nuevas pautas para la tutela de los derechos y los procesos constitucionales de libertad, además se dispone la creación de unidades jurisdiccionales con jueces especializados en la materia constitucional.

delitos castrenses en el ámbito de la justicia ordinaria a través de una competencia especializada, pero siempre bajo la esfera de la justicia ordinaria. Conviene recordar que la fórmula de la Constitución de 1993, en este punto, hace referencia a un tipo de "jurisdicción independiente", se entiende de la ordinaria, y en esa lógica sus decisiones no pueden ser impugnadas en sede judicial. Este inmenso poder llega a límites extremos cuando en los términos del artículo 173° de la Constitución se afirma que la casación ante la Corte Suprema, sólo procede en los casos en que se trata de una resolución del fuero militar que imponga la pena de muerte. La gravedad es aún mayor, pues este poder de juzgar está previsto también para los civiles, en los casos de traición a la patria y de terrorismo, según lo establezca la ley. Precisamente, esta última fue la cobertura para incorporar en el ámbito de esta "jurisdicción independiente" una serie de delitos comunes cometidos por organizaciones delictivas o bandas.

La abierta vulneración de derechos humanos que el ejercicio de este tipo de "jurisdicción independiente" -que formó parte de la propia estrategia política del régimen autoritario de la década pasada- produjo en la realidad, ha provocado un pronunciamiento de censura desde el propio Tribunal Constitucional. La necesidad de que se respete el debido proceso, exige que los procesos derivados de este contexto sean susceptibles de impugnación, posible revisión y nuevo juzgamiento ante la justicia ordinaria<sup>41</sup>.

Inscrita en esta crítica, la propuesta de reforma apunta a suprimir la denominada jurisdicción independiente y su proyección a través del fuero militar. Implica, necesariamente, la definición de los delitos castrenses, vinculados a las infracciones típicas de dicha función y cometidas por militares en acto de servicio. Fuera de su esfera quedan los tipos delictivos previstos en el Código Penal. Esta reforma incidiría en el fortalecimiento y en la atribución de una responsabilidad institucional mucho mayor para la justicia ordinaria, como condición importante para afirmar los principios constitucionales y el Estado democrático.

#### **d) El Consejo Nacional de la Magistratura: un ajuste al control disciplinario y el problema de la ratificación**

La propuesta de reforma define la función del Consejo Nacional de la Magistratura con mayor nitidez respecto de las atribuidas por la Constitución de 1993, en materia del Control disciplinario. En este sentido con la reforma se

41. Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003.

busca despejar el confuso panorama que genera la presencia de un control disciplinario interno de la magistratura (OCMA) frente a un organismo constitucional como el Consejo de la Magistratura que justifica su existencia, entre otras cosas, al control disciplinario.

En los términos del artículo 154° Inc.3) de la Constitución de 1993, la facultad disciplinaria del Consejo de la Magistratura resulta una competencia con intensidad diversa, según sea el caso de los magistrados supremos o bien de los magistrados de los demás niveles. El modelo, en efecto, restringe el ámbito de actuación del Consejo en materia de destitución, para el caso de los magistrados supremos. En el supuesto de los jueces del resto de niveles, la destitución está subordinada a la previa determinación de la Corte Suprema o de la Fiscalía Suprema, según se trate.

Lo propio ocurre con la posibilidad de investigar de oficio la actuación de los magistrados, está prevista únicamente para el caso de los Vocales y Fiscales Supremos. Para el supuesto que implica la sanción de destitución de los magistrados de los demás niveles, la norma constitucional ha sido regulada por el artículo 33° de la Ley 26397 (Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura). De este modo, el Consejo Nacional de la Magistratura puede investigar la actuación de dichos magistrados, pero sólo a pedido de la Corte Suprema.

En líneas generales el modelo de control disciplinario externo sobre la actuación de los magistrados, al margen de los Supremos, es de carácter residual. Del mismo modo, la restricción impuesta al Consejo de la Magistratura para investigar de oficio a los magistrados superiores y de las instancias inferiores, vacía de contenido la idea de control atribuida a este órgano.

De este modo, el marco de legitimidad de origen, previsto para estructurar al Consejo Nacional de la Magistratura como órgano de control social sobre la institucionalidad de la judicatura, se ve sumamente debilitado por la ausencia de competencias claras en materia de control disciplinario. El carácter residual de las existentes termina por prefigurar un esquema desvirtuado, que no se condice con el alto grado de legitimidad social requerido por la Carta Política para instituir el Consejo. La propuesta de reforma se enfrenta a este escenario.

Propósito semejante, es decir, definir en términos constitucionales la función que un órgano como el Consejo desempeña en el caso peruano, es, igualmente, identificable en la propuesta de suprimir la denominada "ratificación" de magis-

trados<sup>42</sup>. A través de este mecanismo previsto en el artículo 154° inciso 2) de la Constitución vigente, el Consejo Nacional de la Magistratura puede decidir la permanencia o el cese definitivo de los magistrados, sin necesidad de justificación (motivación alguna), es decir, con una abierta prescindencia y vulneración del debido proceso. Peor aún, estas decisiones no son impugnables en sede judicial.

Pese a todo, este mecanismo ha sido convalidado por el propio Tribunal Constitucional. Y si bien anticipa que la ratificación no puede estar exenta del control de constitucionalidad, termina por auspiciar una interpretación en cuya virtud, los magistrados tienen un mandato de confianza, sin otra expectativa que la de permanecer en el cargo por un período de siete años<sup>43</sup>. Esto ha permitido que la ratificación continúe operando hasta la actualidad.

La reforma propuesta, por todo lo dicho, obedece claramente a la necesidad de afirmar la institucionalidad de lo judicial, en términos de independencia y garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales, como base de todo el ordenamiento.

#### **e) Carrera Judicial y formación de magistrados**

En estrecha relación con lo antes expuesto, la carrera judicial, cuya debilidad y quizás ausencia institucional, es notoria en el Perú, parece ingresar en la agenda de las prioridades públicas. La propuesta de reforma hace referencia directa a la incorporación de este mecanismo como garantía para la independencia de la función jurisdiccional y el ejercicio de los derechos derivados de dicha actividad.

La fórmula propone lineamientos generales sobre la base del mérito, que deben orientar el tránsito que implica la actividad profesional del magistrado. Resulta coherente, en tal sentido, la reforma que sitúa a la Academia de la Magistratura fuera del ámbito de influencia orgánico del Poder Judicial, conforme la previsión constitucional vigente (Artículo 151°). En esta misma línea, la incorporación, como miembros del Consejo Directivo de la Academia a representantes de las Facultades de Derecho junto a los representantes de las entidades del sector (Poder Judicial, Ministerio Público y Consejo de la Magistratura), estaría destinada a fortalecer la dimensión institucional de esta entidad que fue, igualmente, objeto de la intervención política del régimen fujimorista.

42. Ver Gonzales, Gorki. "El Secreto de la ratificación y la subordinación como consigna: el juez fungible". En: *Cuadernos de Política Judicial*, núm. 1, Lima: Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Editorial Palestra, págs. 61-92.

43. Sentencia del Expediente núm. 1941-2002-AA/TC (Fundamento 11).

Todo indica que uno de los principales obstáculos de cualquier proceso de reforma institucional, radica en el cambio cultural. La Academia, en este sentido, puede cumplir un papel central para crear el espacio que permita vencer las resistencias propias de un sector -jueces y fiscales- influido, en gran medida, por una cultura jurídica formalista, que se refuerza por las prácticas de su actividad -el despacho judicial-, y que constituye el insumo con el cual se alimenta la crisis del propio sistema. Este problema, cuyo origen se identifica, en gran medida, en las debilidades propias del tipo de formación que se brinda en las facultades de derecho en el Perú, tiene, en la Academia de la Magistratura, un espacio de oportunidad para que las propuestas de reforma institucional puedan resultar sostenibles en el tiempo.

#### **f) Nueva estructura del Tribunal Constitucional**

El actual Tribunal Constitucional ha tenido que asumir el pasivo de falta de credibilidad y legitimidad que marcó la actuación de su predecesor. Aún se recuerda que casi durante todo el último período del régimen autoritario, el país, tuvo un Tribunal Constitucional que no podía ejercer la función de control de constitucionalidad, porque no contaba con el *quórum* legal para pronunciarse. Se requerían seis votos conformes de siete, para declarar la inconstitucionalidad de una ley y el Tribunal sólo contaba con cuatro integrantes, pues los otros tres habían sido destituidos arbitrariamente<sup>44</sup>.

Con la reincorporación de los miembros destituidos y la incorporación de cuatro nuevos integrantes, la jurisdicción constitucional comienza una nueva etapa. Y de hecho, la jurisdicción constitucional ha tenido que pronunciarse en temas cruciales para la vida institucional del país: el problema de la legislación antiterrorista, la cuestión acerca de la reforma integral de la Constitución del 93, el caso de los derechos adquiridos en materia pensionaria, los derechos laborales frente al despido arbitrario, son sólo algunos de los tantos temas que han requerido una respuesta de parte del Tribunal reconstituido.

Las propuestas de reforma deben apuntar a fortalecer el espacio abierto por el Tribunal Constitucional. Y es éste el razonamiento que justificaría la ampliación del número de magistrados a diez. Se busca crear las condiciones para que el Tribunal tenga un funcionamiento más eficaz para hacer frente a la creciente demanda de la que es objeto. Un mayor número de magistrados incidiría positivamente en la oportunidad de ampliar, igualmente, las variables en el pensa-

44. Este requisito fue modificado por el Artículo Único de la Ley núm. 27780, publicada el 12-07-2002. Hoy se requieren cinco votos conformes.

miento del Tribunal. Para este efecto, se propone una organización en dos salas que se distribuyan la carga procesal derivada de los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento. Se propone, además, que sea el Pleno el que resuelva los procesos de inconstitucionalidad y de competencia.

Los acuerdos del Tribunal, en esta nueva estructura, se tomarían por mayoría simple, salvo en el caso de las sentencias de inconstitucionalidad, en cuyo caso se requeriría una mayoría calificada de siete votos conformes.

### ***5. Constitución y pluralismo cultural: las demandas de la diversidad y el reconocimiento de la justicia comunal***

El reconocimiento de la diversidad cultural es uno de los temas cruciales para la afirmación de las democracias de la mayor parte de países de América Latina. Parte fundamental de nuestros países, desde el punto de vista social y cultural, así como importante desde una perspectiva puramente demográfica, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y nativas, sin embargo, no formaban parte del ideario político-jurídico de ningún gobierno. Los indígenas seguían siendo personajes ausentes en el escenario institucional de nuestras repúblicas.

En medio de resistencias culturales y políticas de décadas, finalmente, se inicia el proceso de reconocimiento de esta realidad a nivel constitucional. De las visiones paternalistas que dominaron, en el mejor de los escenarios, las políticas legislativas en esta materia, se avanzaba hacia el establecimiento de un esquema más abierto e impregnado de la tolerancia, notoriamente inexistente en el pasado.

Al margen de ciertos instrumentos internacionales que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han venido articulando este proceso, también debe citarse el Convenio 169 de la OIT<sup>45</sup>. Es de este último documento normativo que se desprende la necesidad de reconocer el derecho de los grupos sociales, sean pueblos tribales o indígenas, a la protección de sus valores y prácticas religiosas, así como de sus mecanismos o formas de solución de conflictos. A todo esto cabe agregar en la misma línea, el reconocimiento del derecho a la tierra, con

45. Esta norma fue incorporada al ordenamiento jurídico peruano a través de la resolución legislativa 26253, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, 5 de diciembre de 1993.

todas las consecuencias derivadas de las formas de "propiedad" -colectiva o del núcleo social- de estas comunidades<sup>46</sup>.

Los cambios producidos en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú son un ejemplo claro de lo expuesto. En todos estos casos, junto al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, con mayor o menor énfasis, se observa, igualmente, la aceptación de los mecanismos de resolución de conflictos llevados a cabo en función de prácticas ancestrales que configuran formas de derecho consuetudinario.

El espacio abierto con la presencia de la pluralidad jurídica, que se deriva de lo anterior, es, sin embargo, un asunto que está aún por verse. No sólo incide en esta incertidumbre la falta de claridad respecto de los componentes de lo jurídicamente admitido, cuando de derecho consuetudinario se trata. Y éste es un hecho que resulta debido a la ausencia de políticas públicas de inclusión de las comunidades en la práctica. En otras palabras, de la ausencia real de medidas destinadas a crear espacios de oportunidad para el desarrollo de las capacidades básicas de los miembros de estas comunidades, con observancia de la especificidad cultural.

De cualquier forma, la incorporación de los mecanismos de resolución de conflictos comunales con base en el derecho consuetudinario es una constante que, no puede dejar ser valorada en el escenario de cambios institucionales de la justicia<sup>47</sup>.

El reconocimiento constitucional en todos los casos citados, tiene, sin embargo, algunos matices que marcan ciertas diferencias de fondo. En el caso de Bolivia (artículo 171°), el pluralismo jurídico está reconocido como "solución alternativa de conflictos", no se menciona por ello el carácter de jurisdicción en la práctica. El tratamiento de este asunto está previsto como consecuencia de los

46. Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina". En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, págs. 39-40.

47. Es probable, sin embargo, que el curso de los acontecimientos marcado por el conflicto armado (1980-1993) haya fracturado el escenario social en el cual se han venido formando y recreando las organizaciones campesinas. Es posible, en esa dirección, que una lógica castrense en la organización y funcionamiento de las rondas campesinas, como resultado de su asimilación a la normatividad de los comités de auto-defensa -creados por el ejército-, distorsione la labor de pacificación social que desempeñaban dichos organismos a través de la resolución comunal de los conflictos. Vid.: Gonzáles Mantilla, Gorki. *Pluralidad Cultural, Conflicto Armado y Derecho en el Perú (1980-1993)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pág. 122.

derechos reconocidos a las autoridades de las comunidades indígenas. En Colombia (artículo 246°) y Perú (artículo 149°) el tema está tratado como un tipo de "jurisdicción especial". Es de precisar, sin embargo, que la propuesta de reforma constitucional de la CERIAJUS, reubica esta facultad de las autoridades campesinas y nativas en el ámbito del Poder Judicial, ya no como jurisdicción especial. En el caso del Ecuador, la Constitución reconoce a las autoridades indígenas la posibilidad de ejercer "funciones de justicia", de ahí que se encuentre prevista en el marco del Título VIII relativo a la Función Judicial. En todos los casos se prevé una ley que coordine este escenario con el de la justicia ordinaria.

En el fondo estas normas reflejan las resistencias pero también las incertidumbres del debate en torno a este tema y ello se pone en evidencia, aún con mayor intensidad, cuando se analiza el problema de los límites de este reconocimiento. Es curioso observar que en todos los casos, salvo en el peruano, las leyes de la república y la Constitución estén señaladas como los parámetros para el ejercicio de tales funciones. Este dato, quizás, sea suficiente, para asumir que la presencia, principalmente de la ley como límite, describe el carácter débil y, en buena cuenta, simbólico del pluralismo jurídico al que se hace referencia desde estas Constituciones. El caso peruano contempla como límite al ejercicio de las atribuciones de este tipo mecanismos o "jurisdicción especial", los derechos fundamentales. El horizonte, en este sentido, es pues más amplio, pero al mismo tiempo abre un espacio cargado de dudas, en el que la jurisdicción ordinaria, se verá involucrada, cada vez que tenga que decidir, precisamente, sobre la observancia de este límite.

## ***6. Reflexiones finales***

Los cambios constitucionales vinculados a la reforma de la justicia en América Latina, no han garantizado necesariamente su reflejo coherente en la realidad. Prueba de ello es que nuestros países, siguen comprometidos con un conjunto de tareas del pasado, presentes aún, y vinculadas a la agenda de la reforma de la justicia. Esto es bastante claro en el caso peruano, país signado, cuando de la justicia se trata, por la idea de reforma.

De este modo, entre las demandas de la realidad por contar con una justicia accesible, orientada a la protección de los derechos fundamentales, comprometida con la afirmación de los derechos e instituciones públicas a través de sus decisiones, en medio de realidades sociales fragmentadas y con severos proble-

mas de exclusión social, los cambios, muchas veces comprometidos con agendas externas impuestas y por procesos mecánicos de recepción jurídica, no parecen responder a tales necesidades. No escapa a esta línea de análisis el que, en muchos casos, las reformas constitucionales hayan servido para legitimar procesos políticamente adversos a la idea de democracia, como en el Perú de la década de los 90'.

Los procesos de reforma constitucional han introducido ajustes a los modelos de matriz europea, en la mayor parte de supuestos, pero son los procesos políticos, casi siempre ambiguos, en el caso de nuestros países, los que han determinado las tendencias prácticas más características. La ausencia de una corriente de pensamiento crítica en todo este ámbito es bastante clara.

Cambiar la justicia para que responda a las demandas de la realidad, requiere, por todo lo dicho, voluntad política, recursos materiales y humanos comprometidos con el cambio. Pero lo fundamental en el punto de partida es que la reforma de la justicia se integre al conjunto de reformas del Estado, que se demandan desde hace décadas para afirmar el sistema democrático en nuestros países. Este es el reto verdaderamente concreto que deben enfrentar nuestros países, si se pretende cambiar la justicia en serio.