El Deber de Independencia e Imparcialidad

Su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional

Notas sobre la carátula



La pintura de la portada se llama "Urpay huachak" pertenece a Carlos Alberto León Cruz, artista plástico trujillano (1967). Una interpretación del mito retratado en el cuadro la realiza el autor en el numeral 27.1 de este libro. www.carlosleon.org

David Percy Quispe Salsavilca

El Deber de Independencia e Imparcialidad

Su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional

FONDO
EDITORIAL
Academia de la Magistratura

El Deber de Independencia e Imparcialidad. Su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional.
© David Percy Salsavilca, 2016

De esta edición:
© Academia de la Magistratura, 2016
Jr. Camaná N.° 669, Lima 1, Perú
Teléfonos: (51 1) 428-0300 / 428-0265
Fax: (51 1) 428-0219
http://www.amag.edu.pe

ÓRGANO RECTOR

Dr. JOSUÉ PARIONA PASTRANA
Presidente del Consejo Directivo
IVAN NOGUERA RAMOS
Vicepresidente
RAMIRO EDUARDO DE VALDIVIA CANO
Consejero
JAVIER ARÉVALO VELA
Consejero
PEDRO GONZALO CHÁVARRY VALLEJOS
Consejero
TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
Consejero
RICHARD VILLAVICENCIO SALDAÑA
Consejero

ÓRGANO EJECUTIVO

Dr. ERNESTO LECHUGA PINO
Director General
BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS
Director Académico
LUIS ALBERTO AYALA YAÑEZ
Secretario General
FRANK MARTIN TADEO CASTRO B.
Secretario Administrativo

Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a su autor, y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Academia de la Magistratura. Como norma general de edición, en la transcripción de los documentos del Marco Jurisprudencial se ha mantenido la ortografía original de los mismos.

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio,
total o parcialmente, sin la autorización por escrito
de la Academia de la Magistratura.
Derechos reservados según decreto legislativo N.° 822

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-16213

Impreso en el Perú : CespedesGraf S.A.C.

Dedicatoria

A mis amados hijos David Antonio y Alejandro Miguel. Y por supuesto a los ángeles de mi historia Elizabeth Rafael y Ofelina Salsavilca.



«Bienaventurados los puros de corazón porque ellos verán a Dios» Jesús de Nazareth

«En el ocaso de nuestra vida seremos juzgados en el amor" San Juan de la Cruz

«Du sublime au ridicule il n›y a qu›un pas».» Napoleón Bonaparte.

"Yo soy el tiempo el gran destructor de los mundos, y he venido aquí a destruir a toda la gente. Con excepción de ustedes [los Pándavas], todos los soldados que se encuentran aquí en ambos lados serán matados." (Bhagavad- Gita, Canto XI-32).

"Il n›y a rien à comprendre, dit l›allumeur. La consigne c›est la consigne. Bonjour." Antoine de Saint-Exupéry. Le Petit Prince.

"Domani ci diranno che è utopia ma anche se pare di credere che il patrone è vivo non dobbiamo crederlo perche noi lo abbiamo visto con i nostri occhi … il patrone ma…". Bernardo Bertolucci.

"Obra de tal manera que Auschwitz no vuelva a repetirse". Teodoro Adorno.

«Nuestro empeño consiste concretamente, en mantener, en la comunidad anónima, la sociedad del Yo con el Otro, lenguaje y bondad. Esta relación no es pre-filosófica, pues no violenta el Yo, no le está impuesta brutalmente desde afuera, a pesar de él o sus espaldas como una opinión; más exactamente le está impuesta más allá de toda violencia, por una violencia que lo cuestiona totalmente. La relación ética, opuesta a la filosofía primera de la identificación de la libertad y el poder, no está contra la verdad, va hacia al ser en su exterioridad absoluta y lleva a cabo la intención misma que anima la marcha hacia la verdad". Emmanuel Lévinas

ÍNDICE

Prólogo

Introducción

PRIMERA PARTE: **INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL MARCO PRINCIPISTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y PROBLEMÁTICA EN SU CONCRECIÓN EX POST.**

1. Precisiones Metodológicas
1.1. El Contexto de la Investigación
1.2. El Objeto de Comprensión
1.3. La Metodología empleada.

2. Marco Valorativo y Concepto de los Principios de Independencia e Imparcialidad
2.1. El Estado Constitucional.
2.2. La dignidad como bien jurídico central de todo el ordenamiento jurídico.

3. Concepción del Pluralismo y la Democracia en el Estado Constitucional
3.1 Concepción de Autoridad y Poder en el Estado Constitucional
3.1.1. Antecedentes al Estado Constitucional
3.1.2. Interdicciónde la Arbitrariedad y Concepción Expansiva de Ciudadano
3.1.3. Noción Arendtiana y Comunicativa de Autoridad y Poder

3.2 Los Principios en el Estado Constitucional
3.2.1. El Derecho como Conjunto de Reglas en el Estado Legislativo
3.2.2. La Herencia Cultural Cristiana
3.2.3. La génesis en el establecimiento de Principios en el Estado Constitucional
3.2.4. Principios en el Estado Constitucional
3.2.5. Principios en el Estado Constitucional según el Modelo del

discurso racional de Robert Alexy
3.2.6. Comprensión Hermenéutica de los Principios en el Estado Constitucional.
3.2.7. Transformación de la Función Jurisdiccional en el Estado Constitucional
3.2.8. Aproximaciones a los Conceptos de independencia judicial e imparcialidad en el Estado Constitucional

3.3. La imparcialidad de la función jurisdiccional

3.4. La imparcialidad como Derecho Deber del Magistrado
3.4.1. Contexto en la Problemática de su definición
3.4.2. Concepto en los Principios de Bangalore y el estatuto universal del juez
3.4.3. Presentación de los tipos ideales weberianos en el derecho
3.4.4. Imparcialidad en la función de solucionar conflictos intersubjetivos bajo los tipos ideales de derecho irracional, racional sustantivo y carismático
3.4.5. Imparcialidad de la función jurisdiccional en el derecho racional formal weberiano
3.4.6. Imparcialidad de la función jurisdiccional en el derecho racional formal burgués con presencia de "materialización"
3.4.7. El concepto de Independencia

4. La Clasificación Negativa Dual Externa e Interna

5. La Clasificación Tripartita del Tribunal Constitucional Peruano.
5.1. Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica).
5.1.1. Origen de la Teoría de la Separación de los Poderes y Desarrollo dentro del Estado Legislativo
5.1.2. Vigencia de la Teoría de la Separación de los Poderes en el Estado Constitucional
5.1.3. Alcance Sentido y Significado de independencia judicial en sentido orgánico

5.2. Como garantía operativa para la actuación del Juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción

5.3. Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia

6. La clasificación Dual Institucional Personal
6.1. Independencia Institucional
6.2. Independencia Personal.

7. La clasificación Dual aspectos internos y externos
7.1. Aspectos internos
7.2. Aspectos Externos

8. La Independencia como Principio y como Valor
8.1. Independencia e Imparcialidad Como Garantía y como Derecho Deber
8.2. Vinculación entre Independencia personal e Imparcialidad
8.3. Dificultades en la concepción de Independencia Interna e Imparcialidad
8.4. Concepciones Expansivas y Limitativas de la Subjetividad del Juez en la definición del Alcance de la Independencia e Imparcialidad
8.5. La comprensión publicista autoritaria de la independencia e Imparcialidad
8.6. La comprensión publicista democrática de la Independencia e Imparcialidad
8.7. La comprensión garantista de la Independencia e Imparcialidad Como Neutralidad en la Subjetividad del Magistrado
8.8. Independencia e Imparcialidad Como Conceptos Instrumentales de la Pureza

8.9. Comprensión de la Imparcialidad como ajena a la Neutralidad
8.9.1 Comprensión de Lennio Luiz Streck
8.9.2 Comprensión de Habermas
8.9.3 Comprensión de Romboli

8.10. Crítica Habermasiana a la Imparcialidad de la función jurisdiccional en la dominación racional weberiana
8.11. Presupuesto de la Vinculación entre Imparcialidad con la libertad e igualdad
8.12. Imparcialidad y discurso. En la Ética discursiva

9. Clasificaciones de Independencia e Imparcialidad
9.1. Por la calidad del órgano destinatario del deber
9.9.1. Imparcialitdad en entidades administrativas
9.9.2. Imparcialidad en el poder judicial

9.2. Por el momento procesal
9.3. Por el contenido de lo conceptuado como Imparcial

9.4. Por el ámbito de su alcance
9.4.1. Imparcialidad Objetiva
9.4.2. Imparcialidad Subjetiva

10. Imparcialidad y desapego

11. La naturaleza discrecional de criterio y el límite de la razonabilidad

12. Control Ex Ante de la Independencia e Imparcialidad
12.1. La Objetivación ex ante
12.2. El Principio de Juez Natural como ejemplo de Objetivación Ex Ante

12.3. Fundamento del Control Ex Ante en función del Pluralismo

13. El Control Ex Post
13.1. Debida Motivación y Control ex post del deber de Independencia e Imparcialidad

13.2. Control Disciplinario en la concepción Foucultiana

SEGUNDA PARTE: COMPRENSIÓN DE LA OBJETIVACIÓN EX POST EN CASUÍSTICA

14. Introducción

15. Caso 1: Derrama de Retirados del Sector Educación (Derese)
15.1. Presentación del Caso
15.2. Resoluciones Judiciales
15.3. Resolución del Tribunal Registral N° 034 - 2002 – ORLC/TR
15.4. Inscripción de Asociaciones
15.5. Contextualización del Caso
15.6. Tópica sobre Indebida Motivación en la Resolución del 15.10.02.
15.6.1. Omisión en la argumentación contra el principal razonamiento de la Resolución Judicial Apelada y la Resolución Administrativa materia de Impugnación Judicial
15.6.2. Motivación y Carácter Excepcional de las medidas de Ejecución temporal sobre el fondo
15.6.3. Omisión a la Facultad de Adecuación de la Medida
15.6.4. Transgresión al Deber de Independencia e Imparcialidad

15.7. Tópica en relación a la Resolución N° 18 de la Sala Superior Contenciosa Administrativa de fecha 25 de Marzo de 2003
15.7.1. Motivación indebida por alusión a hecho inexacto

15.7.2. Subjetividad y pérdida de imparcialidad
16. Caso 2: "Auto Concentrado" en el Proceso Contencioso Administrativo
16.1. Resoluciones Judiciales Conteniendo el Auto Concentrado
16.2. Resolución de la Corte Suprema
16.3. El contexto de la expedición del auto concentrado

16.4. Las Reglas Imperativas Vigentes al momento de la expedición del auto Concentrado
16.4.1. Texto original de la Ley que Regula el Proceso contencioso Administrativo. Ley 27584
16.4.2. Código Procesal Civil

16.5. La construcción de dos premisas mayores contra ley y contra tradición
16.6. La creación de un nuevo proceso por el juez
16.7. Discurso Justificativo contra el Auto concentrado la literalidad de la ley
16.8. Discurso hipotético disciplinario de destitución
16.9. El Reconocimiento prospectivo y la configuración de lo sublime

17. Caso 3: Ejecución de Sentencia de Obligación de Hacer Nueva Resolución Administrativa conforme a los considerandos precedentes en Proceso Contencioso Administrativo
17.1. Presentación del Caso
17.2. Descripción del Caso
17.3. La naturaleza de la Obligación de Hacer contenida en la Sentencia con la calidad de cosa juzgada
17.4. Controversialidad de la Imposición de Medidas Coercitivas
17.5. Discurso hipotético disciplinario de destitución

18. Caso 4: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005 (Anicama)definitivo previa y ciertamente por el supremo interprete
18.1. Presentación del Caso
18.2. El Cambio del Juez Competente para los procesos en trámite
18.3. Controversialidad del Precedente sobre la Competencia previsional residual para los procesos en trámite
18.4. Impacto y Comprensión de la Decisión
18.5. El Factor Tiempo como determinante no dicho de la decisión vinculante

19. Caso 5: Cautelar en Juzgado Comercial. 2007- 2010

19.1. Presentación del Caso

19.2. Descripción comprensiva del Caso

19.3. Defectos en relación al auto concesorio cautelar (19.12.06)

19.3.1. En la motivación del peligro en la demora

19.3.2. La concesión de medida cautelar ultra petita y más allá de la coincidencia con lo pretendido en el principal

19.3.3. Motivación aparente en la adecuación de la medida

19.4. Defectos en la resolución que sustituyen la contracautela

19.5. Defectos en la Resolución número 19, de fecha 06 de marzo del 2007que declara la nulidad de la Resolución de sustitución de la contracautela

19.6. Inusitada celeridad

19.7. Principio de Función Jurisdiccional, independencia del Magistrado y Responsabilidad Disciplinaria

19.8. Hecho Grave que sin ser Delito compromete la Dignidad del Cargo y la desmerezca en el Concepto Público

19.9. En relación al requisito que el hecho compromete la dignidad del cargo

19.10. En relación al Requisito que "la desmerezca en el concepto público"

20. Caso 6: Expediente 1077-2002 (Acción Contenciosa Administrativa)

20.1. Resoluciones disciplinarias del Consejo Nacional de la Magistratura

20.2. Descripción del caso

20.3. La imputación consistente en haber privado del derecho de defensa a la parte demandada

20.4. La imputación consistente en haber sometido a la demandada a un procedimiento distinto al regulado por ley

20.5. La imputación consistente en haber inobservado el principio de la tutela jurisdiccional por haber dado trato desigual a las partes

20.6. La imputación consistente en haber inobservado el principio de imparcialidad

20.7. Fundamentos en relación a la graduación de la sanción como destitución

21. Caso 7: Medida Cautelar de Ascenso a General de la Policía Nacional del Perú en Proceso Contencioso Administrativo. Alicia Salinas
21.1. Resoluciones disciplinarias del consejo Nacional de la Magistratura
21.2. Pre - Comprensión del contexto cultural judicial de las resoluciones judiciales objeto del procedimiento disciplinario que concluyeron en las N°245-2010-PCNMP DN°041-2009-CNM y N°078-2011CNM.
21.3. Calificación de los sucesos como "Evento Activista"

21.4. Elementos de Circunstancia favorables al "Evento Activista"
21.4.1. El Juez Como Director del Proceso y la Plena Jurisdicción en el Contencioso Administrativo
21.4.2. La Trayectoria judicial activista triunfante en el contencioso Administrativo

21.4.3 Antinomia en la Regulación Cautelar del Proceso Contencioso Administrativo en el Texto entonces Vigente
21.4.3.1. Algunas Precisiones conceptuales
21.4.3.2. La Regla Específica del artículo 37 de la LPCA para las Medidas de Innovar y No innovar
21.4.3.3. Las Medidas Temporales Sobre el Fondo en el PCA. Ausencia de Regla en la Específica LPCA y excepcionalidad en el artículo 674 del Código Procesal Civil

21.5. Análisis de Microscopía: El Emblemático Expediente N°2006-46466-711801-JR-CI-09
21.5.1. Presentación y descripción del expediente emblemático

21.5.2. Los Requisitos de Concesión de las Medidas Cautelares
21.5.2.1. La Verosimilitud del Derecho invocado
21.5.2.2. El Peligro en la demora
21.5.2.3. La Adecuación de la Medida

21.5.3. Escenarios de Posibles en el horizonte de Respuesta Judicial
21.5.3.1. El antecedente conservador de la denegatoria
21.5.3.2. El antecedente de la concesión cautelar de la Tercera Sala
21.5.3.3. La Alternativa "activista" de Conceder los Ascensos Cautelares

21.5.3.4. La Alternativa de Conceder Adecuando
21.5.3.4.1. Medida solicitada y medida concedida
21.5.3.4.2. Conceder adecuando en el caso emblemático

21.5.4. El discurso justificativo de la Resolución Cautelar
21.6. Reacción contra el activismo judicial
21.6.1. Reacción y cultura de tutela abstenida
21.6.2. La denuncia ante la OCMA
21.6.3. Crónica del correlato mediático
21.6.4. Las medidas de abstención
21.6.5. El Discurso justificativo de las imputaciones del Órgano de Control

21.6.6. La Reacción legislativa
21.6.6.1. Modificación del Código Procesal Civil (674 Mod. DL 1069 28.06.08)
21.6.6.2. Modificación de la Ley Contencioso Administrativa (Artículo 39)

21.7. Recomposición de la tendencia hacia el horizonte del estado constitucional

22. Caso 8: Ratificación del Juez Macedo Cuenca
22.1. Presentación
22.2. Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en el proceso de Ratificación
22.3. La indelegabilidad como envío
22.4. La Resolución de la Fiscalía de la Nación en el Expediente N° 1665-2010-MP-FN
22.5. El proceso de ratificación
22.6. Argumentos sustanciales en el Discurso Justificativo de No Ratificación contenidos en la Resolución del 6 de setiembre de 2010.

22.7. El discurso justificativo de la resolución de ratificación
22.7.1. La Ponderación
22.7.2. Macedo ha cambiado

22.8. Muerte de la indelegabilidad y agonía del juez independiente e imparcial

TERCERA PARTE: DOS ELEMENTOS TRANSVERSALES. EL FACTOR DEL DEBIDO RAZONAMIENTO Y EL FACTOR TIEMPO

23. Dos elementos Transversales El Factor del Debido Razonamiento y El Factor Tiempo

24. Decisión y Juez

25. El Elemento Transversal de la Debida Motivación
25.1. Debida Motivación y Decisión independiente e Imparcial
25.2. La Motivación como elemento objetivo lingüístico
25.3. Motivación Real y Motivación Posible
25.4. Motivación y Nivel de Satisfacción de cada parte
25.5. El momento de la Comprensión
25.6. Derecho a ser Oído y Derecho a ser Comprendido
25.7. La comprensión de las partes, seguida del criterio como habilitante de la decisión independiente e imparcial
25.8. El Momento del "Criterio Imparcial"
25.9. Comprensión de la No Sancionabilidad por Discrepancia de Criterio
25.10. Entre la Independencia de Criterio y la Transgresión del Juez al deber de Independencia

25.11. Criterio activista (entre lo ridículo y lo sublime) y criterio abstenido
25.11.1. El ejemplo de la jurisdicción contenciosa administrativa. "Activismo sublime" del auto concentrado, versus "activismo ridículo" " en el caso de Agüero y Salinas
25.11.2. Los Criterios Determinantes de la Respuesta Correcta o Mínimamente sustentable
25.11.3. Tesis Pluralista y Tesis de la única Decisión Correcta.
25.11.4. Los cánones de la interpretación
25.11.5. El criterio subsuntivo y lógico
25.11.6. El Criterio de la Universalización
25.11.7. El Criterio de la Adhesión del Auditorio Universal
25.11.8. Concepción del Razonamiento Ponderativo
25.11.9. La Experiencia ponderativa en las Sociedades Tradicionales
25.11.10. El Criterio de la Integridad
25.11.11. Los Criterios determinantes según Ackerman
25.11.12. El criterio histórico hermenéutico

25.12. Decisión Correcta, Sustentable y Mínimamente Sustentable.

25.13. Decisiones Correctas Activistas
25.13.1. Decisión Correcta Contra la tradición
25.13.1.1. El antecedente en la tradición de los textos sagrados
25.13.1.2. El caso del Tribunal de escribas y fariseos contra la mujer adúltera
25.13.1.3. El Caso de Bhima en el Mahabharata.

25.13.2. Comprensión de la Decisión activista correcta en el Estado Constitucional

25.14. Tipología de Jueces
25.14.1. Consideraciones Generales
25.14.2. El Juez como técnico de la Ley
25.14.3. El Juez como funcionario
25.14.4. El Juez como profeta
25.14.5. El prototipo de juez perfecto en el Estado Constitucional

25.15. Redefinición de independencia e imparcialidad

25.16. Comprensión del caso Pilatos
25.16.1. Consideraciones Generales
25.16.2. Poncio Pilatos en el relato Evangélico
25.16.3. La conciencia ética de Poncio Pilatos
25.16.4. La circunstancia cultural de Poncio Pilatos

25.16.5. Comprensión de la subjetividad Pilatonista durante el proceso a Jesús de Nazareth
25.16.5.1. Instinto de auto conservación en el cargo vs. conciencia ética
25.16.5.2. La calificación plenaria de la conciencia ética: Jesús inocente y Jesús "Ecce Homo"
25.16.5.3. La presión del poder y el cálculo utilitarista político
25.16.5.4. La gravedad del dilema al que enfrenta Pilatos. Criterio y Conciencia
25.16.5.5. La amenaza ante el superior jerárquico ("enemigo del César")
25.16.5.6. La muerte del Juez y la decisión de la crucifixión
25.16.5.7. Lavarse las manos y un Self Restraint

25.16.6. La renuncia a la conciencia ética por una ética de la responsabilidad
25.16.7. Banalidad del mal Vs. Conciencia Pilatonista
25.16.8. Juez del Estado Legislativo y Juez del Estado Constitucional
25.16.9. Reestimación de la predictibilidad en la axiología de un estado constitucional

25.16.10. La auto-conservación en el cargo como concepto instrumental de una hermenéutica del sujeto juzgante
25.16.11. Hipotética motivación de la decisión pilatonista
25.16.12. Presencia de la conciencia Pilatonista

26. El Elemento Transversal Del Factor Tiempo
26.1. Factor tiempo y Modernidad tecnológica no política
26.2. Factor tiempo en la casuística de la jurisdicción Contenciosa Administrativa
26.3. Presión de tiempo y decisión independiente e imparcial
26.4. Deliberar como Pérdida de Tiempo
26.5. El Uso de Formatos
26.6. Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial. R.A.N° 155 -2012-P-Pj

26.7. Comprensión de la estimativa de la Productividad
26.7.1. El concepto de Paz como Antecedente de la Seguridad Jurídica
26.7.2. El Concepto de Seguridad Jurídica en el Pensamiento Utilitarista de Jeremías Bentham
26.7.3. Seguridad Jurídica, Predictibilidad en el Pensamiento de Max Weber
26.7.4. Vigencia de la Seguridad Jurídica en el Estado Constitucional
26.7.5. La exigencia de la productividad como modelador de la subjetividad del Juez
26.7.6. El Absurdo de la Productividad llevada al Extremo.

26.8. Motivación Debida no Hermenéutica
26.9. Percepciones de la Actividad de Juzgar
26.10. El Juzgar Banal
26.11. Contexto del Juzgar Recreativo
26.12. El Juzgar Institucional
26.13. Contradicción performativa de la sociedad civil

27. Esbozo de Una Propuesta
27.1. Axiología y Alegoría de la Propuesta
27.2. El Esbozo

Conclusiones

Anexos: Lista de abreviaturas y neologismos

Bibliografía y fuentes

Colofón

PROLOGUE BY GLEN MARTIN

This book appears as a major contribution to our civilizational reflection on the quest for justice in the contemporary constitutional, democratic nation-state. In particular, it focuses on the quest for independence and impartiality on the part of the judiciary as an integral component of the modern state.

This investigation begins with a hermeneutic elaboration of the problem under consideration in relation to the contemporary global doctrine of the constitutional state. In the second part of the book, Justice Quispe inductively presents eight cases which belong to Peruvian experience. These provide a framework for the initial question as to whether it is possible to establish an ex post facto control of a judge's behavior in case of any deviation from the norm of personal independence and impartiality (without attributing any criminal intent to this deviation).In the third part of the book, using the two cross-cutting elements (adequate reasoning and time factor) taken from observation of the eight cases, he develops the topic of independence and impartiality in a new way. This new understanding is presented, not with new cases, but with a particular perspective on landmark cases such as cases as Bhima of the Mahabharata, Pontious Pilate of the Gospels, and the trial of Adolf Eichmann as seen from Hannah Arendt's point of view. This perspective is then used to rebuild the concept and find the other side of the "exaggerated speediness of trial" that is the "absence of time pressure."

He finds a twilight zone in which the quest for objective criteria reveals how the two cross-cutting elements can prove useful in answering the question. Based on these concrete cases, the investigation is then directed toward redefining these concepts and elucidating a new understanding of independence and impartiality. This third part of the book is the most suggestive and of great, global contemporary interest."

Justice Quispe uses the figure of "Angelus Novus" presented in a Paul Klee painting and commented on by Walter Benjamin to depict a fundamental dilemma of human "progress." The Angel faces backwards towards the wreckage of history. He would like to heal and redeem this wreckage but the immense winds of time catch his wings and forever sweep him backwards into an unknown future, producing an endless succession of new wreckage. Our human situation appears bound within such immense tragic dilemmas.

On the other hand, Justice Quispe appeals to the compelling insights of thinkers such as Emmanuel Levinas and Jürgen Habermas, philosophers who have illuminated our human potential for a free, democratic, and just civilization. Levinas articulates the possibility that we can relate to one other through recognizing the "infinity in the human face," and thereby entering into a conversation with the other that is authentic, honest, and points toward the possibility of just and equitable human relationships.

Habermas illuminates the innermost core of all language as "communicative."This communicative core of language presupposes human equality, the right of each person to speak to the issue at hand, and the need for fairness in consideration of the several points of view. The speech acts of all languages carry within themselves the presuppositions of "truth, truthfulness, and normative rightness," three qualities that point to the possibility of human beings moving beyond merely strategic and instrumental forms of speech to authentic communication in honesty and integrity. Justice Quispe applies these axiological norms to the trial situation and the responsibilities of the judge for independence and impartiality.

This book focuses on the question of judicial independence and impartiality within the framework of a deep comprehension of the dilemmas of modernity. Justice Quispe appeals to Habermas' characterization of our situation under the heading of the "unfinished project of modernity" in which the inner communicative essence of language projects for us the ideal of a democratic and free society characterized by dialogue, impartiality, equality, and the quest for justice.

Yet Justice Quispe points out that the ideal of a communicative framework for human society struggles with the negative aspects of the "rationalization of society" elucidated by Max Weber and others. The rationalization of society has taken the shape of a formal, procedural and functional standardization required by the demands of a capitalism always competitively struggling for more efficient and productive economic interactions. For Weber this process of formal rationalization led to a dead end in the form of the "loss of freedom" and the "loss of meaning" that characterizes late capitalism.

Justice Quispe points out that the "bureaucratic man," often produced by this process of formal rationalization, is epitomized by Hannah Arendt's description of the character of Adolph Eichmann.

Eichmann was simply an ordinary person following the procedures and orders of his society by making the trains run efficiently as they carried the Jews to the death-camps. Such a bureaucratic mentality remains a threat to our emergent contemporary hope of free, democratic, and just societies. One consequence of this rationalization and standardization process of modernity

was the horror of Auschwitz, where one and a half million Jews were efficiently exterminated between April 1940 and January 1945. Quispe contrasts this with the model of judicial fairness, reflection, and impartiality at the Nuremberg trials in which only 22 people were convicted over the course of nearly a year.

In the midst of an erudite depiction of these dilemmas of our modern world, Justice Quispe reflects on the requirement for impartiality and independence on the part of Peruvian judges. One consequence of this emphasis on "productivity" has been a pressure on judges to become more productive and satisfactorily complete more cases in their docket. But this pressure exists in tension with the moral and legal demand for independence and impartiality.

On the one hand a 'speedy trial' may be part of a citizen's right to efficient due process of law, but, on the other hand, a formalized demand that judges increase productivity by completing more cases can interfere with the dialogical and communicative framework of an impartial hearing. The judge needs to really listen to the opposing sides of the argument, to really engage in dialogue concerning the issues to be addressed and to really reflect in his or her subjective life, as well as in writing, the issues raised during the trial and the reasoning on which his or her independent and impartial decision is based.

This book, therefore, examines not only a pressing issue before the judiciary of Peru, but the nature and function of jurisprudence itself, and the difficulties facing judges in our contemporary world. With its erudite civilizational scope and penetrating understanding of our human condition, and with its specific focus on the issues confronting the demand for impartiality and independence of Peruvian judges, this book, in my view, makes an important contribution to jurisprudence in the 21st century. It transcends its narrower focus on issues before the Peruvian judiciary and appeals to readers who are concerned with our human condition in the post-modern world. It is a major accomplishment, deserving of a wide and thoughtful readership.

Glen T. Martin

President of the World Constitution and Parliament Association (WCPA)

Professor of Philosophy and Chair Emeritus of Peace Studies, Radford University

PRÓLOGO DE GLEN MARTIN

Traducido por Dr. Rita C. Martin of Radford University

El presente libro contribuye de un modo importante a la reflexión sobre la civilización humana en la búsqueda de la justicia en el Estado Nación democrático constitucional contemporáneo. En particular, su autor, el juez Quispe, se centra en el análisis de la independencia e imparcialidad del poder judicial como un componente integral del estado moderno.

Dividida en tres secciones, esta investigación, en su primera parte, elabora una comprensión hermenéutica del problema al tomar en consideración la doctrina global contemporánea del Estado Constitucional. En la segunda parte, el juez Quispe presenta, inductivamente, asuntos relacionados con la imparcialidad judicial a través de ocho casos provenientes de la experiencia judicial peruana. Estos sirven de material de apoyo para responder la pregunta inicial que indaga, si es posible establecer un control ex post facto de la conducta del juez ante el supuesto de una transgresión ante el deber de independencia e imparcialidad, sin que ello signifique una imputación de carácter penal.

La tercera parte emplea dos elementos transversales (el factor del debido razonamiento y el factor tiempo) recogidos de la observación de los ocho casos presentados y desarrolla, desde una nueva perspectiva, las problemáticas de la independencia e imparcialidad. Esta nueva comprensión no es presentada con nuevos casos de la experiencia judicial peruana, sino a través de una óptica que nos permite ver, con particular perspectiva, casos de juicios emblemáticos como el de Bhima en el Mahabharata, Poncio Pilatos en los Evangelios y el juicio de Adolf Eichmann desde el punto de vista de Hannah Arendt. Con este enfoque histórico, el juez Quispe reconstruye el concepto de imparcialidad al hallar el otro lado de la "inusitada celeridad del proceso judicial" que es la "ausencia de presión temporal".El autor encuentra una zona de penumbra en la cual, la búsqueda de criterios objetivos, postula los dos mencionados elementos transversales como útiles para responder a la

pregunta central. Basada en casos concretos, la investigación se dirige entonces a redefinir estos conceptos y elucidar una nueva comprensión de la independencia e imparcialidad. Esta tercera parte del libro es la más sugestiva y de mayor interés global contemporáneo.

El juez Quispe emplea la figura del "Angelus Novus" de una pintura homónima de Paul Klee, comentada por Walter Benjamin, para mostrar el dilema fundamental del "progreso" humano. En esta, el rostro del ángel se fija en el pasado, en las ruinas de la historia. A él le gustaría revertir esa destrucción, pero un huracán atrapa sus alas, y lo empuja hacia el futuro desconocido, produciéndose una sucesión interminable de nuevas ruinas. Como en la pintura, nuestra situación humana aparece ligada a trágicos dilemas trágicos como este.

Por otra parte, el juez Quispe recoge las ideas de pensadores como Emanuel Levinas y Jürgen Habermas que han iluminado nuestro potencial futuro de libertad, democracia y civilización justa. Levinas articula la posibilidad de que podamos relacionarnos reconociendo el "infinito en el rostro humano", y a partir de allí,sostener con el otro una conversación auténtica, honesta, lo cual apunta a la posibilidad de justicia e igualdad humana en las relaciones interpersonales.

Habermas comprende que el núcleo más íntimo de todo lenguaje es "comunicativo". Esta esencia comunicativa del lenguaje presupone la igualdad humana, el derecho de cada persona a hablar del tema en cuestión y la necesidad de imparcialidad en la consideración de los varios puntos de vista. Los actos discursivos del lenguaje conllevan, en sí mismos, las presuposiciones de "verdad, veracidad, y rectitud normativa", tres cualidades que proporcionan a los seres humanos la posibilidad de ir más allá de las meras formas estratégicas e instrumentales de la palabra para la comunicación auténtica en honestidad e integridad. El magistrado Quispe aplica estas normas axiológicas al proceso judicial y a las responsabilidades del juez ante el deber de independencia e imparcialidad.

El presente libro se centra en la independencia e imparcialidad judicial con un marco de referencia de una profunda comprensión de los dilemas de la modernidad. El juez Quispe apela a la caracterización que Habermas hace de nuestra situación en su frase "inacabado proyecto de la modernidad", en la cual la esencia comunicativa del lenguaje proyecta para el ser humano el ideal de una sociedad libre y democrática, caracterizada por el diálogo, la imparcialidad, la igualdad y la búsqueda de lo justo. Aún más, el juez Quispe señala que el ideal de un marco de referencia comunicativo de la sociedad humanizada

lucha con los aspectos negativos de la "racionalización de la sociedad" analizada por Max Weber y otros. La racionalización de la sociedad ha tomado la estructura de una forma procedimental y funcional estandarización exigida por las demandas de un capitalismo siempre competitivo, luchando por una más eficiente y productiva interacción económica. Para Weber, este proceso de racionalización formal se dirige a la muerte final en la forma de "pérdida de la libertad" y de la "pérdida del significado" que caracteriza al capitalismo tardío.

El juez Quispe señala que el "hombre burocrático", frecuentemente condicionado por el proceso de racionalización formal, es personificado en la descripción que Hannah Arendt hace de Adolph Eichmann. Eichmann fue simplemente una persona ordinaria que, siguiendo los procedimientos y órdenes de su sociedad, hizo que los trenes funcionaran eficientemente mientras llevaban a los judíos a los campos de muerte. Tal mentalidad burocrática permanece como una amenaza ante nuestra contemporánea esperanza de libertad, democracia y sociedad justa. Una consecuencia de esta racionalización y proceso de estandarización en la modernidad fue el horror de Auschwitz, donde un millón y medio de judíos fueron exterminados eficientemente entre abril de 1940 y enero de 1945. Quispe contrasta esto con el modelo de rectitud, reflexión e imparcialidad judicial de los procesos de Nüremberg, en los cuales sólo 22 personas fueron condenadas en el curso de un año.

En el medio de una representación erudita de estos dilemas de nuestro mundo moderno, el juez Quispe reflexiona sobre la exigencia de independencia e imparcialidad en los jueces peruanos. Este énfasis en la "productividad" ha traído como consecuencia una presión en los jueces en su afán por alcanzar, de modo productivo y satisfactorio, el mayor número de casos en sus legajos. Pero esta presión existe en tensión con la demanda legal y moral de independencia e imparcialidad.

De un lado, un "proceso rápido" puede ser parte del derecho ciudadano a un eficiente debido proceso, pero por el otro, una exigencia formal de incrementar productividad a los jueces al completar más casos puede interferir con el marco de referencia dialógico y comunicativo de escucha imparcial. El juez necesita escuchar realmente los lados opuestos del argumento, acoplar efectivamente en diálogo las cuestiones que deben abordarse y reflexionar, detenidamente, tanto en su vida subjetiva como en el texto escrito, las cuestiones planteadas durante el juicio y el razonamiento en que se basa su decisión independiente e imparcial.

Este libro, por consiguiente, examina no sólo un asunto que urge dentro de la justicia peruana, sino a la naturaleza y la función de la judicatura en sí misma y las dificultades que enfrentan los jueces en el mundo contemporáneo. Con su vasto conocimiento erudito y penetrante comprensión de nuestra condición humana y con específico centro en los asuntos que exigen independencia e imparcialidad en los jueces peruanos, este libro, en mi opinión, hace una importante contribución al derecho en el siglo XXI. Este trasciende espacios más amplios de la judicatura peruana y apela a los lectores que están preocupados con nuestra condición humana en el mundo postmoderno. Este es su mayor logro, que lo hace digno de una amplia y pensativa lectura.

Glen T. Martin

President of the World Constitution and Parliament Association (WCPA)

Professor of Philosophy and Chair Emeritus of Peace Studies, Radford University

PRÓLOGO DE HECTOR LAMA MORE

La obra que presentamos es de un juez superior, colega y amigo, con quien he tenido la grata oportunidad compartir labor colegiada de juez en una de las Salas Superiores de la Corte más importante del Perú: la de Lima; decidiendo asuntos que versan sobre conflictos que involucran al Estado; justo a pocos años de haber entrado en vigencia el nuevo proceso contencioso administrativo en nuestro país; con este moderno proceso, que incluía figuras e instituciones procesales que antes no existían, la jurisdicción contenciosa administrativa tomo de inmediato relevancia en el ámbito judicial. Las experiencias comunes en esta jurisdicción desde el año 2003 han sido,en este libro,materia prima de reflexión crítica y académica que tocan con seriedad uno de los temas centrales de la legitimidad y razón de ser de la judicatura:la independencia e imparcialidad personal del juez,concebidacomo deberdel magistrado, como una garantía del ciudadano y como un valor de la sociedad. En la búsqueda de respuestas a preguntas por él formuladas y cuya respuesta no se encuentra en la doctrina nacional ni internacional el autor se sumerge en la autocomprensión de la propia labor a la cual suma la observación crítica y el conocimiento erudito de una vasta literatura filosófica que le permite postular respuestas en un trabajo finalizado con la publicación, pero inacabado en el pensamiento,que se presenta como un viaje de idas y venidas del mundo de las ideas y principios más trascendentales a la casuística microscópica de ocho casos concretos.

La envergadura del análisis y la profundidad de sus reflexiones, hacen que esta obra se torne en un punto de referencia sobre nuestra labor en un país tan desigual, donde los poderes fácticos se hacen presente silenciosamente en los estrados judiciales.

David dice,no sin cierto humor,que este libro es autobiográfico; y no le falta razón porque inicia su reflexión inductiva describiendo casos en que ha actuado como juez o que han tenido un impacto poderoso en su entorno laboralo ha sido cercano testigo pero este nivel autobiográfico es sólo un inicio de una labor reflexiva que lleva la pretensión de universalización en el contexto de un mundo globalizado.

En la singularidad autobiográfica de la obra con un acercamiento inductivo y hermenéutico ha sabido el autor estructurar laexperiencia personal y transpersonal de casos emblemáticos para encontrar en ellos los elementos universales que le permiten abordar aquello que essuperficialmente imposible de ser abordadoy que sin embargo ya la práctica disciplinaria de los Organos de Control Disciplinario en nuestro país ya han venido realizando,como es cuando se afirma la grave conducta transgresiva al deber de independencia e imparcialidad del magistrado, a partir de la lectura de la resolución y la "inusitada celeridad" sin que se advierta prueba directa de responsabilidad penal. En relación a ello David se pregunta por qué la decisión judicial que se aparta del textoclaro y expreso de la ley en ciertos casos lleva al aplauso de la sociedad civil mientras que en otros al estigma de la destitución.

La distancia entre el juez justo y el juez arbitrario, ambos resolviendo sin seguir el texto claro y expreso de la ley, es tenue, a veces imperceptible. En esto trae a colación la frase del emperador francés Napoleón Bonaparte cuando después de su derrota en la campaña de Rusia afirmó "entre lo sublime y lo ridículo hay un paso" y es que esa línea sensible que separa lo "sublime" de lo "ridículo" es también materia de reflexión en la que el autor nos aproxima a una repuesta para los casos concretos y ensaya variables a tenerse en cuenta abstrayéndose para alcanzar un nivel mayor de universalización. Se acerca a partir de todo ello a una tipología de jueces, preguntándose por el juez estimado en un Estado Constitucional en el que ubicancaracterísticas del juez técnico y del juez profeta, y cuyo opuesto es el juez burócrata que ciertamente es técnico y responde a la necesidad de predictibilidad y productividad, pero que sin asumir su propia conciencia de lo justo, lleva en sí el germen de la renuncia a toda posibilidad de justicia instalando consigo la presencia de una posibilidad autoritaria lo que un escenario global post Auschwitz es amenaza de "totalitarismo" y que por consiguiente debe ser rechazado siguiendo al imperativo moral y político de Adorno "obra de tal manera que Auschwitz no vuelva a repetirse".

Un caso específico abordado por nuestro autor es el de la sentencia del Tribunal Constitucional conocida como el caso Anicama, donde con cierta "filosofía de la sospecha"estructurando lo no dicho y apenas pensado en un discurso propio trae a superficie la "ratio decidendi" no dicha que justificó la nulidad de procesos pensionarios, y que nuestro autor denomina factor tiempo en la vertiente de presión temporal; a partir de este y de otros casos, llega a postular la ausencia de presión temporal como un componente del debido proceso. El derecho humano a ser oído es precisado como derecho a ser comprendido y el deber de independencia e imparcialidad como deber de comprender la posición

de las partes en diálogo con la comunidad de argumentantes.

De todo esto surge como corolario la necesidad de repensar el tema de la reforma del Poder Judicial no sólo teniendo como meta el ideal de introducir al proceso la notificación electrónica o el expediente digital que es en definitiva modernizar tecnológicamente, sino la necesidad de modernizar políticamente a la institución, es decir que ella se aproxime cada vez más al ideal inacabado de servir a la "asociación de hombres libres que se autorregulen", lo que significa extender el concepto del debido proceso y que los magistrados se encuentren libres de presión temporal.

Estelibroinaugura así una corriente de reflexión seria,democrática y radical del debido proceso;virtudes y garantías que el Poder Judicial, como poder democrático, no sólo debe conservar sino expandir.

Héctor Enrique Lama More
Juez Supremo de la República del Perú

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es de auto comprensión de nuestra labor como juez en su aspecto más original y universal. Este libro, basado en nuestra tesis para optar el grado de doctor en derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene en su génesis un componente autobiográfico muy marcado que se enraíza en el contexto de la magistratura peruana de la Corte Superior de Justicia de Lima a la cual ingresamos en abril del año 2003 en circunstancias de desconfianza de la sociedad civil a sus autoridades en general y se prolonga desplegando su tronco y ramificaciones hasta el día de hoy. Dos meses después de nuestra iniciación, en Junio del año 2003 expediríamos colegiadamente el auto concentrado del proceso contencioso administrativo que abrevió el proceso Contencioso Administrativo prescindiendo de algunas etapas que estaban previstas legalmente en el ordenamiento de aquel entonces. Al cabo de dos años se daría una modificación legislativa, alcanzando rango legal nuestro actuar jurisprudencial, lo que significó ciertamente junto con algunos artículos publicados un reconocimiento de la sociedad civil. Paralelamente como Juez superior de la especialidad contencioso administrativa presenciaríamos como testigo privilegiado el impacto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1417-2005-AA Caso Anicama que instaurara en el Perú el carácter residual del amparo en materia previsional, trasladando miles de expedientes en materia previsional de la jurisdicción constitucional a la jurisdicción contenciosa administrativa, produciendo con ello una sobrecarga en la subespecialidad simultánea a una exigencia de productividad creciente en el Poder Judicial en general manifestada en diversas Resoluciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial[1].

El año 2007 cuatro años después de emitido el "auto concentrado", dos juezas suplentes una que actuara como relatora y otra como secretaría de la sala que expidiera el auto concentrado fueron "abstenidas" es decir separadas provisionalmente en sus respectivos procedimientos disciplinarios y una de ellas definitivamente destituida. Estos hechos fácticos, acaecidos en breve tiempo y contrastados con el inicial beneplácito del activismo judicial en la especialidad contencioso

1 Conforme con el artículo 72° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Perú el Consejo Ejecutivo es el órgano de Gestión y Dirección del Poder Judicial.

administrativo, exigían ser comprendidos. ¿Qué era lo que hacía que en un caso la decisión que iba contra el texto de la ley haya tenido un reconocimiento favorable en la sociedad civil, mientras que en el otro determinara en el procedimiento disciplinario respectivo una medida provisional de abstención, incluso la sanción definitiva de destitución?

Responder esta pregunta y dar testimonio de lo vivido que involucraba la exigencia de productividad creciente en el Poder Judicial, sobrepasaba el límite de la doctrina jurídica que abordara el tema de la independencia e imparcialidad. Quizás porque la doctrina ignorara el impacto del factor tiempo en la subjetividad del juez o porque dentro de sus premisas implícitas no se postulara un humanismo concreto, nuestras inquietudes que giraban alrededor de la pregunta y del testimonio se ubicaba en un lenguaje pre-jurídico y de inmediato pero espontáneamente comprendimos que la búsqueda de la respuesta exigía una actitud existencial con formación interdisciplinaria muy vinculada a lo comprensión originaria de las cosas y para ello ineludiblemente teníamos que abocarnos autodidáctica y espontáneamente a familiarizarnos con textos filosóficos como los de Heidegger, Witggenstien y los post Auschwitz como los levinasianos, Arendtianos o los de la hermenéutica gadameriana, y deconstructivista derridiana, o foucaultianos, así como habermasianos, y de Appel, sin trazar un plan consciente. Leyendo, escuchando, pensando, escribiendo, dialogando y reescribiendo en medio de la vorágine del huracán del angelus novus benjaminiano. Mientras todo ello acaecía, en el interior de nuestra subjetividad se establecía por así decirlo un equilibrio entre la axiología del Estado Constitucional, comprendido desde textos como los de Zagrebelsky, Peter Haberle, Robert Alexy, con la hermenéutica moderna y la de los textos sagrados especialmente la Biblia, releídos desde nuestra formación familiar, donde aprehendimos las palabras del Maestro asumidas ahora con la rigurosidad de las ciencias seculares del espíritu, de leer los signos de los tiempos para interpretar nuestro momento histórico, o comprender el alcance de aquellas poderosas frases para el Estado Constitucional como que “no es el hombre para el sábado sino el sábado para el hombre”[2] o “*seremos juzgados en*

2 Biblia, Marcos, 2:27.

el amor[3], "Dios es amor"[4] o "Bienaventurados los puros de corazón porque ellos verán a Dios"[5], o "el que esté libre de toda culpa que tire la primera piedra"[6].

Nada más valioso ni verdadero que investigar la independencia e imparcialidad con una actitud de compromiso no neutral, compromiso con el significado originario de la justicia que sobrepasa sus definiciones conceptuales provenientes de textos legislativos e incluso internacionales pertenecientes a nuestra época. Investigar ello desde nuestra experiencia sucintamente descrita que involucra la permanente presión como trabajador, tendiente a la "burocratización" y "obrerización" del "trabajo" del juez, sometido a factores de productividad, nos lleva a de-construir una perspectiva crítica e inédita, que intenta desarrollar levinasianamente, en el ámbito judicial, un "humanismo del otro como infinito".[7]

En el desarrollo del presente libro integramos una metodología deductiva e inductiva a la que se suman los métodos exegético, dogmático histórico y sociológico del derecho, recreados en plurales círculos hermenéuticos que recogen ocho casos reales vinculados en mayor o menor medida a nuestra experiencia judicial. En el relato de estos casos hemos sustituido los nombres de las personas involucradas por sus iniciales, a efectos de no afectar el derecho a la intimidad de las personas involucradas.

3 Frase de San Juan de la Cruz (Véase https://norfipc.com/mensajes-cristianos/frases-sobre-amor-cristiano-san-juan-de-la-cruz.php) que se inspira en Mateo 25: 31-46. En términos de Kirpal esto podría ser interpretado en que sólo es legítimo ser juzgado desde el "alma", en la perspectiva de la tradición hindú que distingue entre mente y alma: "El cuerpo humano es como un carruaje, donde el alma es el pasajero, la mente es el conductor, el intelecto las riendas y los sentidos son los poderosos corceles corriendo desbocados en el lodo de la gratificación sensorial. Por esta razón, y para poder visualizar los hechos, los sentidos deben ser disciplinados, el intelecto aquietado y la mente controlada para poder obtener la experiencia interna del alma." Kirpal, 2004: p.18.

4 Biblia 1 Juan, 4:8.

5 Biblia Mateo, 5:8.

6 Biblia Juan, 8:7. Frases similares las podemos encontrar en otros textos sagrados provenientes de otras tradiciones. Por ejemplo, Sant Kirpal Singh señala: "Deben saber que el amor es ambos: es el medio y la meta de la vida. Amor, Luz y Vida son sólo diferentes facetas de la Divinidad única". (Kirpal, 2004: p.252).

7 Sant Baljit Singh afirma: "Mantén siempre tu amor a Dios y muestra amabilidad y benevolencia a los seres de esta tierra. Cuando el amor y la compasión se conviertan en tus alas, volarás alto como un pájaro. Esto no es posible solamente con un ala". "¿Cuándo mantenemos realmente la armonía? Cuando logramos el hábito de tolerarnos unos a otros, aceptando nuestras diferencias. Esto sólo sucede cuando uno despierta la cualidad innata de la compasión". Léase Baljit Singh, 2012: Paginas 16 y 17 respectivamente.

La presente investigación no es sólo un trabajo académico sino también es una prédica a la comunidad pensante, en medio de la urgencia de estos tiempos. Resaltando este sentido tiene algo de grito ante un incendio, es escrita ante la presencia silenciosamente apocalíptica de la modernidad contra la justicia, con todas sus enredos y autoengaños de la "hermosa razón corrompida" pascaliana y ahora post Auschwitz agregaríamos "e instrumental". Es por ello que nuestra tarea desarrolla una tentativa de sobrepasar los textos de la independencia e imparcialidad nacidos de este humanismo occidental y moderno, y encuentra el modo de de-construirlo leyendo el factual signo de los tiempos manifestado en ocho casos seleccionados, remontándose desde ellos a un modo originario de lo no dicho y no pensado, recreando metonímicamente palabras para extraer de lo dicho y lo pensado en ámbitos fuera del jurídico el material levinasiano para deconstruir una "cabaña jurídica" donde realizando la máxima Adorniana de "obra de tal manera que Auschwitz no vuelva a repetirse", "more" el humanismo concreto del "otro" como infinito y donde el concepto de deber de independencia e imparcialidad se recree como concepto positivo rodeado de una renovada axiología con realización de su fin y plenitud.

PRIMERA PARTE

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL MARCO PRINCIPISTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y PROBLEMÁTICO EN SU CONCRECIÓN EX POST

1. Precisiones Metodológica

1.1. El Contexto de la Investigación

El presente trabajo es un estudio de comprensión de la *independencia* e *imparcialidad* en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Tiene como propósito contribuir a su mayor concreción y desarrollo dentro de dicha actividad. La *imparcialidad*, en la teoría de la filosofía política contemporánea, propia de una circunstancia global, secularizada y democrática, se encuentra en el fundamento de todo poder[8]. De manera especial, se percibe en los actos de poder emanados en el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial. Téngase presente la circunstancia, tendencialmente generalizada, en el globo de germinación, formación y desarrollo del Estado Constitucional.

De manera puntual, en el Perú, país al que se ciñe la presente investigación, resalta la tradición romano-germánica del Derecho, donde la labor del Juez está siendo replanteada y revalorizada. Es señalado como "Director del Proceso"[9], con facultades interpretativas en

8 Véase por ejemplo Rawls, (1995: p. 24 y siguientes) cuando desarrolla su noción de justicia como objeto del pacto social, es decir, de principios que van a legitimar la acción del Estado en general, que son determinados desde una "posición originaria" por lo que denomina a su noción de justicia o estructura básica de la sociedad "justicia como imparcialidad". Así también Habermas cuando habla de la regulación democrática de las condiciones de convivencia cumpliendo los postulados de una democracia deliberativa descritas por Joshua Cohen concluyendo que "se constituye en virtud de ello en comunidad de ciudadanos" cuya identidad estriba en que "el proceso democrático lo dominan principios generales de justicia, que son elemento constitutivo de toda comunidad de ciudadanos por igual. En una palabra, "el procedimiento ideal de deliberación y toma de decisiones presupone como portador una asociación que consiente en regular imparcialmente las condiciones de su convivencia. Lo que asocia a los miembros de la comunidad jurídica es en última instancia el lazo y vínculo lingüístico que mantiene unida a toda comunidad de comunicación" (Habermas: 2005: p, 383).

9 El artículo II del Código Procesal Civil Peruano de 1993 dice que "La dirección del proceso está a cargo del Juez".

extenso, lo que amplía su labor creativa en la aplicación del Derecho[10]. Esto ha producido, por supuesto, un incremento en las connaturales tensiones sobre la responsabilidad por ejercicio de la función, derivado de su mayor poder efectivo[11].

Tomando en cuenta nuestro contexto, hay que añadir el imaginario de la opinión pública respecto de cierta sospecha de la moralidad de la judicatura. Este imaginario al que aludimos tiene una explicación histórica, que excede los alcances de esta investigación, pero podemos señalar que pareciera remontarse a la colonial subasta de cargos públicos[12], propia de la política virreinal hispana. Esto se prolonga hasta nuestros días. Recordemos el conocimiento público de la corrupción existente durante el gobierno de la década del 90[13], hecho que comprendió

10 Un ejemplo de ello es la labor de la jurisdicción asumida, al formularse jurisprudencialmente el "auto concentrado" en el proceso contencioso administrativo y que abordaremos como uno de los ocho casos en la segunda parte de la presente investigación. (Véase Quispe/Lama/Yaya…,2008: p. 135 y siguientes).

11 Con esto aludimos a experiencias como la del caso español del Juez Garzón, que encontrándose en plena fama no solo por sus reflexiones sobre la judicatura expresadas en "Un mundo sin miedo", sino por sus resoluciones como la que abrió el proceso penal contra el ex presidente chileno Augusto Pinochet, e investigó crímenes de lesa humanidad en Argentina, fuera suspendido provisionalmente de la judicatura española por resolución del Consejo General del Poder Judicial por configurarse la causal de suspensión provisional prevista en el ordenamiento español al pronunciarse el Tribunal Supremo a favor de la apertura de juicio en su contra por delito de prevaricación, al presuntamente ignorar la Ley de Amnistía de 1977, investigando sucesos ocurridos durante el franquismo, atribuyendo delitos a personas ya fallecidas. La decisión del Consejo General español ha dividido fuertemente a la opinión pública española y ello es fácilmente perceptible de una simple visita virtual a internet.

12 Craig / La Follete, 2009: Capítulo 5**.**

13 Los golpes de Estado en el Perú han manifestado su deseo de "reforma" del Poder Judicial como pretensión de moralizar al país. Ello estuvo presente en el golpe militar de 1968, (Véase: El Plan Inca del Gobierno Revolucionario De Las Fuerzas Armadas, 1968: Punto 28), el cual diagnosticó entre otros hechos que "La administración de la justicia es muy lenta y parcializada a favor de los poderosos" y "Las bajas remuneraciones de los miembros del Poder Judicial propician la inmoralidad" proponiendo como objetivo: "Un Poder Judicial independiente, capacitado y que asegure la oportuna e inflexible aplicación de la ley a todos por igual". Así como el golpe de Estado del cinco de abril de 1992, donde en su mensaje a la Nación, Alberto Fujimori mencionó como su segunda medida después de disolver el Congreso Nacional la de "Reorganizar totalmente el Poder Judicial". La reforma de este último, ciertamente fracasó al percibirse ataques certeros a la independencia de los Magistrados en su ejecución cada vez más evidentes hasta el punto que el propio Consejo Nacional de la Magistratura tuvo que renunciar en Marzo de 1998 y el Tribunal Constitucional fue defenestrado mediante Resoluciones Legislativas N° 002-97-CR y N° 003-97-CR, 004-97-CR del 28 de Mayo de 1997. La ideología del régimen, de modernización liberal sin embargo, ciertamente tuvo otros niveles de logro (década del 90) como por ejemplo la formalización de la propiedad en grandes sectores emigrantes de la sociedad, la presencia de organismos del estado defensores del orden en el mercado como el INDECOPI y la renovación de la institución registral con su informatización, la creación del llamado Registro Predial Urbano, por ejemplo, que funcionó simultáneo y autónomo a los Registros de Propiedad Inmueble integrado a nivel nacional con los demás registros en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Curiosamente la reforma modernizadora que

a diversas autoridades públicas, incluidos altos funcionarios del Poder Judicial[14]. El conocimiento certero de todo esto se manifestó con la divulgación de los escandalosos videos[15], que provocaron la caída del régimen dictatorial el veinte de noviembre del año 2000. Desde ese momento, se acentuó el interés de la opinión pública con relación a la llamada "lucha contra la corrupción". Poco después, se revaloró la figura del Magistrado cuando se conocieron múltiples órdenes judiciales de captura y ulteriores sentencias condenatorias contra funcionarios o personas vinculadas a los actos de corrupción publicitados[16] por aquel entonces. Pero esta revaloración del Magistrado se vio neutralizada, y se mantuvo la visión del imaginario tradicional, cuando post retorno del sistema democrático, se dieron a conocer distintos actos de corrupción al interior de la misma magistratura[17].

De esta manera, el debate inaugurado con la restauración del sistema democrático en la década del 2000 y 2010, sobre reforma del sistema de justicia en el Perú, ha llevado al reconocimiento de los principios de *independencia* e *imparcialidad* vinculados a la temática de la ética judicial y de la "lucha contra la corrupción". Esto ha producido un debate que, partiendo paradójicamente de un mismo propósito original, ha configurado posiciones opuestas. Hay quienes proponen la menor intervención de la sociedad civil en el control de la actividad jurisdiccional; la necesidad de derogar la ratificación (impuesta por un régimen dictatorial); remuneraciones decorosas que simplemente se limitan a aplicar lo ya reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde 1992; así como la creación de mayores órganos jurisdiccionales y la conformación de una íntegra titularidad en la magistratura designada por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Por otro lado, se valora sustantivamente la necesidad de que se lleven a cabo evaluaciones parciales por un órgano con fuerte participación de la sociedad civil

elevó la calidad profesional de su personal y mejorado sustantivamente la imagen de honestidad de la institución se llevó a cabo por un gobierno dictatorial y corrupto.

14 Nos referimos a Luis Serpa Segura, Víctor Castillo Castillo y Alipio Montes de Oca quienes figuran en los "vladivideos" números 888 y 889, incautados con fecha 22 de Enero del 2001 en la casa de la esposa de Vladimiro Montesinos, doña Trinidad Becerra, por orden del Juez Saúl Peña Farfán y la Fiscal Masiel Peralta Reátegui. Así mismo, al caso del Vocal Supremo provisional Alejandro Rodríguez Medrano detenido el año 2001, condenado el 26 de febrero del año 2003 y excarcelado el 16 de julio del año 2008.

15 El primer "vladivideo" fue divulgado por Canal N (canal de televisión por cable) el 14 de Setiembre del año 2000, donde se aprecia a Vladimiro Montesinos entregando la cantidad de quince mil dólares americanos a Luis Alberto Kouri.

16 Véase por ejemplo la película "Ojos que no Ven" de Francisco Lombardi (2003), premiada en los festivales de Valdivia (Chile) y Biarritz (Francia), en la cual el abogado corrupto Arturo Peñaflor es finalmente detenido por la orden del Juez Rondón que no acepta sus propuestas de sobornos.

17 Es el caso del Vocal Supremo Eduardo Palacios Villar, internado el 05 de Setiembre del año 2006 en el penal para reos primarios por recibir soborno de un litigante el 04 de Setiembre del 2006.

que, además, tenga igual participación en el órgano de control de la magistratura, adicional a las ratificaciones por el Consejo Nacional de la Magistratura constitucionalmente previstas, así como remuneraciones limitadas por el equilibrio presupuestal.

En esta circunstancia, ante las presiones de la sociedad civil y de los otros poderes del Estado, que proponen medios de control externos o mixtos, el Órgano de Control interno de la Magistratura, conformado, desde luego, de modo determinante por magistrados, ha desarrollado en los últimos años una práctica administrativa de control *ex post* de la resolución ante casos "escandalosos". En estos no se aprecia una evidencia de corrupción como el video o el operativo *in situ*, pero, tomando como material probatorio el expediente y demás documentos del Juzgado o Sala, determina la configuración de infracción disciplinaria y propone la destitución ante el Consejo Nacional de la Magistratura y, de manera inmediata, ejecuta la medida provisional de "abstención"[18]. Con esto se pretende no solo satisfacer la exigencia natural de un correlato de mayor responsabilidad del Magistrado en el escenario ya descrito, sino otorgar una mayor concreción a valores morales, al percibir con sospecha el posible encubrimiento de conductas dolosas detrás de la simulación de un "criterio jurisdiccional"[19].

Tal comportamiento fija su atención en la motivación como manifestación objetivada externa conductual, que permite el control disciplinario de faltas, dentro de una concepción que refuerza la argumentación jurídica desde cursos de la academia de la magistratura hasta la lectura y comprensión del texto de las resoluciones como elemento indiciario de una probable afectación grave al deber de *independencia* e *imparcialidad*. Sin embargo, el discurso justificativo de tal comprensión lleva al menos, en germen, el ataque a la independencia. Se torna imprecisa la delimitación entre la conducta que ejerce libertad de criterio dentro de un pluralismo constitucional con aquella que se califica, en mayor o menor medida, como encubridora de conductas dolosas.

18 Denominada ahora Medida de Suspensión Preventiva, conforme el artículo 114 de la Resolución Administrativa Nº 129-2009-CE-PJ.

19 "Hoy en día, la corrupción busca utilizar el Poder Judicial mediante decisiones judiciales, para quebrantar grotescamente la Ley y camuflarla a través de aparentes 'criterios jurisdiccionales' (…) / Estas resoluciones que se nos presentan con un ropaje de aparente 'criterio jurisdiccional', pero que en el fondo sólo son manifestación de un acto de corrupción (…)" (Morales Parraguez, 2008: p. 7).

De manera simultánea a esta tendencia, se advierte el creciente desarrollo tecnológico, aunado a una modernización de exigencia de productividad en la magistratura. Se percibe una introducción creciente de la informatización como elemento de control así como, en términos foucaultianos, un *biopoder*[20]. Esto pretende alcanzar un incremento progresivo de la productividad de los jueces. Vemos que este discurso ha sido desarrollado también, a modo progresista, dentro de los actores de la magistratura hasta el nivel de desarrollarse al interior de esta actividad. Se pretende con ello una mayor legitimidad frente a la sociedad civil[21]. Su relación con el deber de *independencia* e *imparcialidad* no ha sido aún objeto de estudio.

Alrededor de la modernización tecnológica, una política de premio y castigo pretende alcanzar el desarrollo de un desempeño cuantitativo cada vez más óptimo. Textos como el de Martínez Alarcón[22] han servido para justificar la actuación disciplinaria, conceptuando al retardo como infracción susceptible de control disciplinario.

1.2 El Objeto de Comprensión

El presente trabajo deinvestigación se centra en el aspecto personal de la *independencia* dentro de la conocida clasificación tripartita[23] de la *independencia* e *imparcialidad*.

Se debe tener presente que este objeto de estudio, comprensión en términos hermenéuticos –que a partir de ahora denominaremos simplemente *independencia* e *imparcialidad*-, corresponde a valores sociales elevados a la categoría de principios jurídicos. Estos, al fundamentar la legitimación de toda decisión judicial, se conciben también como deberes que vinculan a la interioridad del Magistrado concebida aparentemente, a modo de aporía derridiana,[24] como

20 Es decir "el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general del poder (…)" (Foucault, 2006:p.15).

21 Véase artículos del periódico El Peruano. 03/01/2013. "Para malos trabajadores": http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-para-malos-trabajadores-500.aspx / 02/01/2013. "Enrique Mendoza asume hoy la presidencia del PJ":http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-enrique-mendoza-asume-hoy-presidencia-del-pj-474.aspx / 20/01/2013. "Demandan a jueces mejorar desempeño": http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-demandan-a-jueces-mejorar-desempeno-1085.aspx

22 Véase Martínez Alarcón, 2004.

23 Nos referimos a aquella que distingue entre orgánica, funcional y subjetiva y que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional..

24 En esto traemos a colación las aporías de Derrida, en las que hace mención a las siguientes: "Primera aporía: la epoké de la regla"; "Segunda aporía: la obsesión de lo indecidible"; "Tercera aporía: la urgencia que obstruye el horizonte del saber." Específicamente hay que resaltar la aporía entre la extrema libertad que supone el acto de la decisión judicial con el carácter predecible de la decisión judicial, la necesidad que toda decisión justa involucra un responsable

absolutamente libérrima, en el momento de ejercer, en forma opuesta a todo acto burocrático. Se trata de un acto de libertad asumido con responsabilidad y que define la esencia de la función jurisdiccional en el marco de un proceso judicial. Actúa, al igual que nosotros en esta investigación, como sujeto cognoscente o intérprete en una relación social, exigencia que al concebirse dentro de una política estatal es susceptible de redefinirse como un concepto instrumental útil para definir los contornos de la subjetividad de la magistratura. Sin embargo, precisamente, la definición de *independencia* e *imparcialidad* pareciera ubicarse en un lugar –la subjetividad- imposible de ser estructurado en su esencia.

La actuación judicial se desarrolla en el contexto de un proceso comunicativo triangular. Intervienen dos partes en su base. El Magistrado[25] se ubica en el ápice, como la autoridad investida de poder concebido para solucionar el conflicto.

La argumentación se presenta como el fundamento del discurso y de las tomas de decisiones de cada actor procesal. En el caso del Magistrado, el hilo argumentativo y su conexión con la específica decisión investida de poder, al ser analizados desde el punto de vista de la *independencia* e *imparcialidad*, toman una forma particular. Constituyen el elemento de superficie,ya objetivadoo factible de descripción,contenido o no en la resolución judicial, que permiten a modo de inferencia la calificación del proceso interior volitivo del Magistrado inaprensible en sí mismo.

Una situación muy disímil se presenta para las partes. Si bien integran el triángulo comunicativo del proceso, se ubican en posiciones polares opuestas y diametrales como sujetos procesales de los intereses en conflicto.De este modo, surgen,de manera espontánea,

y por lo tanto un actuar libre frente a la necesidad social de la predictibilidad que involucra en definitiva una negación de la libertad y un actuar burocrático. “Nuestro axioma común es que para ser justo o injusto, para ejercer la justicia, debo ser libre y responsable de mi acción, de mi comportamiento, de mi pensamiento, de mi decisión(…)./ Para ser justa, la decisión de un juez, por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso.” (Derrida, 1992: p, 148 y 149).

25 La estructura comunicativa triangular del proceso judicial tipo, no es propia de los procesos judiciales no contenciosos, los procedimientos administrativos unilaterales o no contenciosos como el registral o el disciplinario contra magistrados por afectar presuntamente el deber de independencia e imparcialidad. Por ello el modelo de “política de la verdad” foucaultiana en el derecho, o de “guerra reglamentada” (Ver Trazegnies, 1995: p. 202) no resulta por sí solas lo suficientemente explicativa, lo que no es obstáculo sin embargo paraprestarle cierta relevancia así como a la concepción foucaultiana de “sociedad de vigilancia” que desarrollaremos más adelante.

desde sus respectivos centros de interés, relaciones comunicativas de tendencias fundamentalmente estratégicas que, valiéndose del natural uso y función del lenguaje y de su correspondiente sujeto material, determinan la formación de un centro de interés adicional con cierta autonomía: el sujeto procesal. Este se configura con un asesoramiento profesional en materia jurídica para presentarse competente y aséptico en un juego lingüístico donde los deberes propios de la ética, acepten cierta flexibilización. Esto explica por ejemplo que suene absurdo hablar de deber de *independencia* o *imparcialidad* para las partes, a quienes limitadamente se les conceptúa sometidos al deber de "lealtad en el proceso", razón por la cual en ellas el análisis del Derecho desde el punto de vista del discurso estratégico de la "política de la verdad", en términos de Foucault, adquiera su mayor plenitud.

Asimismo, debe tenerse presente que la decisión judicial, en tanto potencialmente permita inferir una presunta manifestación de infracciones de deberes funcionales; específicamente como afectación al deber de *independencia* e *imparcialidad*, es susceptible de originar a su vez un procedimiento disciplinario. En tal supuesto se configuraría entonces un nuevo escenario comunicativo donde el Juez, transformado en parte del procedimiento disciplinario, se encuentra posicionado con un centro de interés propio –no el interés general de administrar justicia- y, por consiguiente, habilitado para extender el carácter estratégico de su discurso, de modo inicial gravitantemente comunicativo precisando y aclarando su decisión, mediante un discurso estratégico de defensa.

1.3 La Metodología empleada.

Después del catastrófico siglo XX, que involucra dos guerras mundiales, dos bombas atómicas y el genocidio más cruel y generalizado de la historia en los campos de concentración de Auschwitz, los conceptos positivistas de las ciencias del espíritu, entre ellas la ciencia jurídica, tuvieron que ser radicalmente replanteados.

En esta línea, una perspectiva relevante ha sido la concepción hermenéutica[26], que ha renovado las "ciencias del espíritu", dentro de las cuales se encuentra el Derecho[27].

26 Nos referimos fundamentalmente al pensamiento de Gadamer, quien restableció el flujo histórico del pensamiento de la filosofía alemana no hegeliana tremendamente afectada, post segunda guerra mundial, por la militancia de Heidegger al partido Nazi. Esta perspectiva tiene fuerte presencia en la filosofía actual y se mantiene en el "pensamiento débil" de su discípulo directo Gianni Vátimo.

27 El aporte, además de encontrarse desarrollado en Larenz, Kaufmann, Esser y LenioLuizStreck ha sido resaltado por el propio Gadamer, en particular al apreciar la posición del Juez –perspectiva útil para la presente investigación- como coperteneciente a la tradición y a la vez legitimado para hacer la complementación del derecho: "El modelo de la hermenéutica jurídica se ha mostrado, pues, efectivamente fecundo. Cuando el juez se sabe legitimado

La hermenéutica, concebida como lengua común del pensamiento contemporáneo, propone un acercamiento a la verdad como una experiencia holística y no como la simple aplicación de un método. Resalta el sentido del contexto y la calidad del sujeto intérprete como no ajeno a lo que es el objeto de estudio. Se distancia así, sustantivamente,del modo neutral de aproximación de la verdad del investigador, propia de los positivismos cientificistas. Se reconoce un compromiso, una responsabilidad, con lo que es objeto de estudio o mejor dicho "comprensión", "objeto" que deja de ser tal para convertirse en aquello donde el intérprete se reconoce, estableciéndose un significado de la experiencia humana que da sentido a las normas o principios y los legitima.

La filosofía hermenéutica, abandonando la reflexión del sentido que está en la esencia de las cosas o de la conciencia del pensante[28], enfoca y desarrolla conscientemente un saber alrededor del hombre como ser en el mundo:*Dasein*, ser allí con existenciales, donde los sentidos pasan a estar en el lenguaje[29]. El intérprete, sin pretender conocer la realidad en sí, tiene el propósito de comprender, de reconocer en el proceso comprensivo una experiencia de verdad, que no es solo un conocimiento sino un reconocimiento.

El proceso hermenéutico se presenta así como un círculo de comprensión en movimiento entre el intérprete, el texto presente, la tradición y la esencia[30]. Este círculo, bajo la premisa que no hay

para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión. La vieja unidad de las disciplinas hermenéuticas recupera su derecho si se reconoce la conciencia de la historia efectual en toda tarea hermenéutica, tanto en la del filólogo como en la del historiador" (Gadamer, 2007:p.414)

28 Así por ejemplo LuizStreckresalta el hecho que la hermenéutica es superación del esquema sujeto-objeto por el tercer paradigma (giro lingüístico-ontológico) donde los sentidos han pasado a estar en el lenguaje, "a partir de la ruptura con la filosofía de la conciencia producida por la invasión de la filosofía por el lenguaje" (LuizStreck, 2009:p.342).

29 Para Gadamer desde el "centro del lenguaje", donde se hace referencia al todo de cuanto es, "se desarrolla toda nuestra experiencia del mundo" y "puede mediar la esencia histórico-finita del hombre consigo misma y con el mundo" (Gadamer 2007: p.548). Asimismo "cada palabra irrumpe desde un centro y tiene relación con un todo(…) hace resonar el conjunto de la lengua a la que pertenece, y deja aparecer el conjunto de la acepción del mundo que le subyace (…) La ocasionalidad del hablar humano no es una imperfección eventual de su capacidad expresiva, sino más bien expresión lógica de la virtualidad viva del hablar, que sin poder decirlo enteramente pone en juego, sin embargo, todo un conjunto de sentido. Todo hablar humano es finito en el sentido de que en él yace la infinitud de un sentido por desplegar e interpretar. Por eso tampoco el fenómeno hermenéutico puede ilustrarse si no es desde esta constitución fundamentalmente finita del ser, que desde sus cimientos está construida lingüísticamente." (Gadamer 2007: p.549).

30 "El círculo[hermenéutico] no es, pues, de naturaleza formal; no es subjetivo ni objetivo,

hechos sino interpretaciones, supera la percepción del conocimiento como oposición entre sujeto y objeto. Entiende el texto como manifestación del ser o de un *Dasein* como infinito; la comprensión, como un comportamiento perteneciente a la historia efectual. Es decir, a la realización controlada de la fusión horizóntica entre el horizonte presente del intérprete y el horizonte de la tradición[31]. Esto último se entiende como aquella manifestación de una comunidad en su continuidad histórica a la que es coperteneciente el intérprete[32] y la esencia como aquello que se oculta detrás de la presencia. Comprensión cuyo movimiento circular nunca se agota al renovarse su permanente apertura por la pregunta correcta, en la que cada comprensión es una experiencia de verdad que exige a su vez ser interpretada.

La perspectiva hermenéutica, en materia jurídica, se convierte en una necesidad cuando son objeto de estudio principios tan estructurales del ordenamiento jurídico como la independencia e imparcialidad de los magistrados. No es únicamente que resulta una constatación la insuficiencia de la exégesis de la norma como método para conocer una institución jurídica o que pueda permanecer el texto legal inalterado, variando sustantivamente el sentido de las decisiones de los operadores del Derecho, constatación evidente desde el "horizonte" propio del Estado Constitucional.

sino que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre, sino que nosotros mismos la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos" (Gadamer 2007: p.363).

31 El concepto de "horizonte" alude al ámbito de visión de la conciencia pensante del intérprete que abarca y encierra todo lo que es visible de un determinado punto, surge como consecuencia de la ubicación del intérprete en el mundo en un presente finito, que como tal limita sus posibilidades de ver pero que permite la apertura de nuevos horizontes.

32 "*El comprender debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición*, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación." (Gadamer 2007: p.360). "El que se cree seguro en su falta de prejuicios porque se apoya en la objetividad de su procedimiento y niega su propio condicionamiento histórico, experimenta el poder de los prejuicios que le dominan incontroladamente como una *vis a tergo*. El que no quiere hacerse cargo de los juicios que le dominan acaba considerando erróneamente lo que se muestra bajo ellos. Es como en la relación entre el yo y el tú: el que se sale reflexivamente de la reciprocidad de esta relación la altera y destruye su vinculatividad moral. *De la misma manera el que se sale reflexivamente de la relación vital con la tradición destruye el verdadero sentido de ésta*. La conciencia histórica que quiere comprender la tradición no puede abandonarse a la forma metódico-crítica de trabajo con que se acerca a las fuentes, como si ella fuese suficiente para prevenir la contaminación con sus propios juicios y prejuicios. Verdaderamente tiene que pensar la propia historicidad. Estar en la tradición no limita la libertad del conocer sino que la hace posible, como ya habíamos formulado." (Gadamer, 2007:p.437).

Para los fines de la presente investigación-que es contribuir a una mayor concreción de la independencia e imparcialidad- vemos la necesidad de sumar todos los métodos, integrar al método literal el dogmático e histórico. Esta necesidad se evidencia cuando de nuestro objeto de comprensión surgen preguntas que involucran necesariamente un compromiso, para lo cual hay que observar desde lo factual cómo se desarrolla el proceso subjetivo de la decisión independiente e imparcial; cómo en la casuística, específicamente en los discursos de los sujetos procesales de la jurisprudencia disciplinaria (OCMA[33] o CNM[34]), se ha interpretado que el Magistrado ha afectado gravemente estos deberes. Estos hechos exigen ser interpretados. Desde allí, con la observación de la casuística diversa,nos proponemos contribuir, consecuentes con el compromiso asumido, a una mayor concreción de estos principios, advirtiendo, con un natural sentido común, las condiciones que posibilitan y fundamentan, de modo más convincente, los supuestos en los que resulta justificable el control disciplinario de este deber.

Se debe tomar en cuenta que dada la naturaleza holística del círculo hermenéutico gadameriano su realización en la presente investigación no puede dejar de tener presente otras perspectivas, que asumidas en forma parcial y estratégica en función de su utilidad nos permitan enriquecerla. En ese sentido, la perspectiva de la ética del discurso habermasiano[35] o de la "política de la verdad"foucaultiana en el Derecho[36] o del deconstructivismoderridiano[37] se integran con una

33 Siglas de la Oficina de Control de la Magistratura.

34 Siglas del Consejo Nacional de la Magistratura.

35 Esta es la perspectiva constructivista que encuentra en la comunicación lingüística la inscripción del entendimiento como telos inmanente a partir de la cual se infieren vinculaciones de racionalidad en el discurso.

36 Michel Foucault presenta "la política de la verdad" como un modelo para un análisis histórico, cuyas bases epistemológicas se encuentra en una interpretación que él realiza de los textos Nietzscheanos (Foucault, 1983:p.28 y siguientes). Ello fue retomado por Fernando de Trazegnies para el análisis jurídico, específicamente en "Ciriaco de Urtecho" (Trazegnies,1995: p.15) donde señala: "Mientras que las formas no jurídicas del poder presentan en el pensamiento de Foucault una caleidoscópica capacidad de maniobra replanteando continuamente sus términos en enfrentamientos infinitesimales que se organizan de abajo hacia arriba, parecería que el derecho es considerado únicamente bajo la forma de la Gran Represión impuesta desde la cumbre política del poder: el fenómeno jurídico constituiría así una forma binaria de poder administrada desde arriba, que reduce las situaciones al juego de lo lícito y lo ilícito, de la transgresión y el castigo. Aparentemente Foucault consideraría que, a partir de la adopción del método indagativo, el proceso judicial abandonó su forma arcaica de desafío de poderes para convertirse en una administración basada en la imposición de una verdad previamente definida y establecida por la norma. En este trabajo me propongo sacudir esta concepción tradicional del Derecho con la ayuda del análisis del poder sugerido por el propio Foucault para intentar mostrar que el Derecho –no solamente bajo sus formas arcaicas- es siempre una guerra reglamentada".

37 Véase Oñate, 2003. El deconstructivismo, perspectiva desarrollada por el argelino francés Jacques Derrida, fallecido el año 2009 pone su atención en la singularidad,que pretende hacer justicia de la alteridad de lo otro y de lo mismo sin búsqueda de síntesis, reinventando a partir de los textos de la tradición con cuñas de la misma madera aspectos marginales de lo no dicho ni pensado en medio de lo dicho y lo pensado. Se habla así de ruptura, corte, heterogeneidad,

amalgama levinasiana de un humanismo del "otro", concreto y crítico del humanismo conceptual de las doctrinas predominantes del derecho procesal.

De esta manera,la perspectiva de la ética del discurso, en cuanto al círculo hermenéutico, que se desarrolla en esta investigación, correspondiente al momento de la comprensión de la tradición del concepto de independencia e imparcialidad, así como del momento transversal de la debida motivación, se vuelve un inevitable marco de referencia. Esto busca comprender el contenido y el alcance del concepto "independencia e imparcialidad" en la tradición y en lo que surge en el momento transfenoménico de configuración del elemento transversal de la "debida motivación".

De otro lado, la perspectiva foucaultiana, que entiende el discurso jurídico como estrategia de una "guerra reglamentada"[38], para las pretensiones de esta investigación tiene el límite de omitir un marco de referencia que legitime el establecimiento de la independencia e imparcialidad como valores sociales y deberes jurídicos del Magistrado por cuanto ve en el Derecho un saber que, más que en ningún otro ámbito del conocimiento o de comprensión, "es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado (…) carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla"[39]. Esto niega asistemáticamente la posibilidad de un conocimiento imparcial porque "sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo"[40]. Empero, esta misma percepción permite representar, en otro momento del círculo hermenéutico, como

imposibilidad e indecidibilidad. En relación a nuestra investigación podemos decir que ésta integra el análisis de lo no dicho y lo no pensado tanto en medio de los discursos estratégicos de los sujetos actuantes,como de los textos provenientes de la tradición del Estado de Derecho o del Estado Constitucional. Nuestra misma noción propuesta de decisión independiente e imparcial recoge en cierta medida esta perspectiva

38 Denominación hecha porTrazegnies,1995: p.15.

39 Véase Foucault, 1983:p.30. Foucault llega a decir interpretando a Nietzsche que el conocimiento no ha tenido propiamente un origen sino que ha sido "inventado", cita así el siguiente párrafo de la Gaya Ciencia: "En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal" (Foucault, 1978:p.19). El origen del conocimiento se presenta así en el punto de equilibrio de los impulsos de reír, deplorar y odiar, como la centella que brota al choque de dos espadas, las cuales lejos de apaciguarse, reconciliarse en una unidad se confrontan e intentan perjudicarse uno al otro "Es porque están en estado de guerra, en una estabilización momentánea de ese estado de guerra, que llegan a una especie de estado, de corte en que finalmente el conocimiento aparecerá"(Foucault, 1983:p.27).

40 Foucault, 1983:p.30.

instrumental al interior del "poder pastoral"[41], un concepto polivalente que se define y redefine al interior de múltiples batallas. No solo como valor objetivo del ordenamiento estatal, sino como justificador de mecanismos que moldean la subjetividad de la magistratura en la que permanentemente lucha o agoniza a efectos de mantener contra el "poder pastoral" el propio criterio de lo "justo".

En otras palabras, el marco de "política de la verdad" si bien poracentuar el elemento estratégico del discurso como relación de poder termina metodológicamente negando la posibilidad de un discurso imparcial, su perspectiva se vuelve útil para los fines de la presente investigación. Veremos que nuestro análisis de la casuística se conceptúa y desarrolla un análisis crítico de la actuación del órgano de control. Desde este análisis, la percepción de una concepción de la independencia e imparcialidad, sujeta a límites negativos donde el factor tiempo, la predictibilidad y la productividad, se presentan como valores pertenecientes al "poder pastoral", a partir del cual la actuación disciplinaria entra bajo sospecha.

Debemos tener presente que precisamente esta crítica radical necesita ser analizada y ubicada en su real significación. Esto con el fin de de argumentar no solo la posibilidad de decisiones judiciales independientes e imparciales, sino también su calidad de deber. Más aún debe tenerse presente que mientras la ética discursiva, la razón comunicativa habermasiana es parte de un modelo de pensamiento integral que en materia política fundamenta el ideal de una democracia deliberativa como asociación de hombres libres que se autorregulan. La visión del discurso como estrategia es parte de un modelo epistemológico que reduce el conocimiento a relaciones de poder, niega la presencia de todo valor objetivo y desde allí ha sido útil en las investigaciones de las instituciones disciplinarias desarrollando el concepto de "sociedad de vigilancia", o "panóptica". Como veremos más adelante esto resulta fundamental para comprender el real significado del concepto de seguridad jurídica o predictibilidad, con una mirada severamente crítica de la misma. Esto nos permitirá situar el contexto valorativo de nuestro objeto de estudio en el Estado Constitucional desarrollando la antinomia Libertad y Justicia versus Seguridad, Predictibilidad y Productividad, así como la aspiración a su equilibrio, superación o armonización.

41 "Poder Pastoral" es un concepto Foucaultiano que alude a "un poder ejercido sobre una multiplicidad y no sobre un territorio. Es un poder que guía hacia una meta y sirve de intermediario en el camino hacia ella. Por lo tanto, es un poder finalista para aquellos sobre quienes se ejerce, y no sobre una unidad, en cierto modo, de tipo superior, trátese de la ciudad, el territorio, el Estado, el soberano (…) Es un poder, por último, que apunta a la vez a todos y a cada uno en su paradójica equivalencia, y no a la unidad superior formada por el todo." (Foucault, 2006:p.158). Este concepto es utilizado por Foucault para caracterizar el poder de la Iglesia y de las sociedades modernas a las que también denomina "sociedades de vigilancia".

El Derecho, a nuestro criterio, como para la ética discursiva o razón comunicativa habermasiana y la hermenéutica judicial, pese a todas sus vinculaciones con el entorno social, mantiene su calidad de ciencia autónoma, de disciplina no sumergida en la Religión, ni a la Moral, ni a la Sociología como tampoco en la Política. El objeto de estudio de la ciencia del Derecho se ubica en rigor más allá del puro ser y del puro deber ser, lo que le permite estar atento a los hechos sociales sin extraviarse en la arbitrariedad de la ausencia de conceptos y de valores. Para autores contemporáneos como Berman esta percepción sintetiza una de las características fundamentales del Derecho a la actual tradición jurídica Occidental: ¨El Derecho continúa teniendo una autonomía relativa, en el sentido de que permanece diferenciado de la política y de la religión, así como de otros tipos de instituciones sociales y de otras disciplinas de estudio¨[42].

Tengamos presente que en el propósito de abordar con profundidad nuestra investigación, desarrollaremos un enfoque que integre las perspectivas mencionadas con una amalgama que calificamos centralmente de *levinasiana*[43]. Esta perspectiva, a modo de pre-comprensión, permite por oposición identificar en la doctrina prevaleciente las premisas de una visión procesal y la función de la judicatura emanada de un humanismo conceptual con el que normalmente se aborda la temática de la independencia e imparcialidad. Esto tácitamente obedece a posiciones filosóficas generalizantes que minusvalorizan al otro en concreto. Se advierte así en la doctrina, un humanismo conceptual de "ideas", que es necesario replantear, en cuya búsqueda nos abocamos siguiendo a Levinas[44]. Partimos de la premisa de un humanismo concreto basado en la dignidad humana, del respeto

42 Berman, 1996: p. 48.

43 Con esta expresión aludimos al pensamiento de Emmanuel Lévinas, filósofo judío, quien pos Auschwitz, luego de haber estado en el campo de concentración de Hannover y haber perdido como consecuencia del holocausto gran parte de su familia se alejó del pensamiento Heideggeriano, centrado en el ser y en el "ser para la muerte".

44 Al respecto léase: Lévinas,2002:p. 66 y siguientes aborda la relación entre metafísica y ontología, rechaza la concepción occidental tradicional que prioriza la metafísica de tal modo que el ser cognocente en tales concepciones "deja manifestarse al ser conocido respetando su alteridad y sin marcarlo en modo alguno con esta relación de conocimiento" de modo tal que el ser conocido al ser abordado en su alteridad "con respecto al ser cognocente se desvanece", explorando por el contrario una relación "no alérgica con la alteridad" (Lévinas, 2002:p.71) que se dirige a percibir "el Deseo, donde el poder, por esencia asesino del Otro, llega a ser, frente al Otro y "contra todo buen sentido", imposibilidad del asesinato, consideración del Otro o justicia. Nuestro empeño consiste concretamente, en mantener, en la comunidad anónima, la sociedad del Yo con el Otro, lenguaje y bondad. Esta relación no es pre-filosófica, pues no violenta el Yo, no le está impuesta brutalmente desde afuera, a pesar de él o sus espaldas como una opinión; más exactamente le está impuesta más allá de toda violencia, por una violencia que lo cuestiona totalmente. La relación ética, opuesta a la filosofía primera de la identificación de la libertad y el poder, no está contra la verdad, va hacia al ser en su exterioridad absoluta y lleva a cabo la intención misma que anima la marcha hacia la verdad". (Lévinas loc. cit).

al "otro", en el contexto del conflicto intersubjetivo. A partir de estas premisas,introducimos una comprensión de eventos factuales.

La incorporación de ocho casos factuales no obedece a una simple elección metodológica, sino a la coherencia de enfoque de una postura filosófica, donde la temática de la independencia e imparcialidad está presente. Establecemos así la incorporación de una metodología inductiva que reconoce previamente en la doctrina jurídica prevaleciente (tradición) un elenco de contenidos significativos, conceptos y postulados presentes a modo de pre-comprensión. Esto nos permite presentar los eventos factuales a los cuales nos abocamos como un paso necesario de la investigación sobre el "otro parte", con rostro propio, que se revela frente al "otro sujeto juzgante". Aquí habita la subjetividad independiente e imparcial imposible de ser estructurada en su totalidad y que de un modo levinasiano es compatible con una visión lacaniana, que nos introduce los registros de lo real, lo simbólico y lo imaginario.[45]

En el caso de la presente investigación, al pretender abordara profundidad, como principios,es decir, manifestaciones del ser en el mundo, a nuestro objeto de estudio (independencia e imparcialidad del magistrado), lo contrastamos ante la presencia de ocho casos. La selección de estos casos ha partido de una pre-comprensiónabductiva[46], perfilando los elementos "debida motivación" y "factor tiempo" como los elementos comunes en los casos necesariamente únicos y diferentes, a través de los cuales se centra lo mismo de los distintos casos y permite abordar el tema de la independencia e imparcialidad como valores trans-fenoménicos no trascendentes.

De este modo, alrededor de los casos se desarrollan varios círculos hermenéuticos[47], cuyo movimiento se inicia con la pregunta sobre la posibilidad del control *ex post* del deber de independencia e imparcialidad al Magistrado. Desarrollamos desde una pre-comprensión, dentro de una tradición y horizonte constitucional, una metodología integrativa de investigación. Fusionamos el método deductivo (presentación conceptual de principios y premisas del horizonte constitucional) con el inductivo movimiento intelectual de la experiencia a la abstracción mediante la descripción de casuística de expedientes seleccionados, partiendo de él y hacia él en un círculo crítico de comprensión fundamentalmente dogmática de los principios en su realización

45 Ver Lacan, 1956.

46 Véase Santos Arnaiz, 2006; p. 275.

47 En materia jurídica la comprensión hermenéutica comprende tres círculos hermenéuticos, entre la pre-comprensión y el texto, entre la parte y el todo y entre la norma y hechos. Léase Alexy, 2004:p. 40.

práctica. Estos, ubicados dentro de la tradición jurídica académica, se desplazan en un movimiento dialéctico de confrontación al hecho, girando entre la experiencia, la teoría y los elementos comunes. Con tal orientación,el presente estudio estructura la formulación y la respuesta a la siguiente pregunta ¿Es posible realizar un control *ex post* al actuar jurisdiccional, específicamente a la expedición de resolución, que logre determinar la falta de independencia e imparcialidad de un Magistrado, sin que ello signifique una atribución de responsabilidad de carácter penal? Si ello es posible ¿cuáles son los parámetros de control y en qué medida se puede garantizar que estos parámetros no signifiquen un ataque a la independencia e imparcialidad del Magistrado?

A partir de la lectura y comprensión de casos concretos se propone reconstruir la problemática de la independencia personal e imparcialidad, a partir de dos ejes que permiten su acercamiento y estudio desde la casuística: la "debida motivación" y el "factor tiempo" como conceptos lingüísticos que permitirán, de modo inspirador, responder a las preguntas ya formuladas. Además, la comprensión de esta pregunta y el desarrollo de su respuesta, a modo de hipótesis, nos permitirá reenfocar en la parte final de la tesis el gran tema de la independencia personal e imparcialidad identificando en la doctrina prevaleciente las premisas de una visión procesal y de la función de la judicatura emanada de un humanismo conceptual. A esta visión le oponemos, críticamente, un "humanismo del otro" introduciendo a partir de la lectura del "factor tiempo", desarrollada en la casuística, la percepción de una condición de posibilidad para una decisión independiente e imparcial, sobre la cual es deber del legislador y de todo operador favorecer si en verdad quiere asumir en serio la realización en el plano del ser de decisiones independientes e imparciales, no desarrolladas en la doctrina, a partir del cual nos abocamos a nivel de simple esbozo una propuesta general de cambio del sistema de justicia. En otras palabras de la comprensión de los casos se extrae a modo de conceptos mediadores para la temática de la independencia e imparcialidad, la motivación debida y el "factor tiempo", tales elementos confrontados en la casuística, permiten desarrollar una concepción de la motivación debida posible y no necesariamente actual como elementocomprobador de una decisión independiente e imparcial y una concepción del factor tiempo como condición de posibilidad para una decisión independiente e imparcial, no desarrollada en la doctrina, a partir del cual proponemos a nivel de simple esbozo una propuesta general de cambio del sistema de justicia.

Para tal efecto nuestra tesis se estructura en tres partes. La secuencia es la siguiente:

En la Primera Parte: Hacemos explícito una pre comprensión del horizonte del Estado Constitucional. Nos concentramos en los principales conceptos dogmáticos de este paradigma moderno post Auschwitz. Esto nos permite presentar y ubicar la Independencia e Imparcialidad, concebida como deber del Magistrado.Se esbozan los principales conceptos y principios sobre los cuales se ubica en el actual estado de la doctrina la particular problemática. La precisión de estos conceptos nos permitirá el posterior desarrollo de los elementos comunes de los casos fácticos. Así, encontraremos lo mismo de lo otro, lo uno de lo múltiple, constituyendo ello, en términos hermenéuticos, una aproximación al horizonte de la tradición formulándose la pregunta principal de la investigación, que permite poner en movimiento el círculo hermenéutico de la comprensión.

Resaltemos que la primera parte de nuestro trabajo desarrolla una actitud hermenéutica. Es decir, una aproximación dogmática a la "tradición", propia de un Estado Constitucional que se inicia con la presentación de conceptos y principios, alrededor de cuall se ubica la gravitante problemática de los principios de independencia e imparcialidad, como deberes delMagistrado dentro de un Estado Constitucional. Es esta etapa de la investigación, previa a la casuística específica[48], donde el tratamiento de los conceptos es en gran medida abstracto, a nivel de su tratamiento doctrinario, nos introducimos en el ámbito de la teleología del Estado Constitucional, en oposición al del Estado Legislativo. En este sentido, seguimos las posturas de autores como Zagrebelsky, Peter Häberle, Robert Alexy, Rawls y Jurgen Habermas. Como se puede apreciar, el planteamiento de la problemática propuesta de los principios de independencia e imparcialidad se encuentran dentro de un marco cultural pluralista democrático y secular.

48 En gran medida seguimos a Gadamer, entendiendo que la tradición si bien es un requisito de acceso "La experiencia hermenéutica tiene que ver con la tradición. Es ésta la que tiene que acceder a la experiencia. Sin embargo, la tradición no es un simple acontecer que pudiera conocerse y dominarse por la experiencia, sino que es lenguaje, esto es habla por sí misma como lo hace un tú. El tú no es objeto sino que se comporta respecto a objetos. Pero esto no debe malinterpretarse como si en la tradición lo que en ella accede a la experiencia se comprendiese como la opinión de otro que es a su vez un tú. Por el contrario, estamos convencidos de que la comprensión de la tradición no entiende el texto transmitido como la manifestación vital de un tú, sino como un contenido de sentido libre de toda atadura a los que opinan, al yo y al tú. Al mismo tiempo el comportamiento respecto al tú y el sentido de la experiencia que en él tiene lugar deben poder servir al análisis de la experiencia hermenéutica; pues también la tradición es un verdadero compañero de comunicación, al que estamos vinculados como lo está el yo al tú" (Gadamer, 2007: 434).

La aproximación a la "tradición", abstracción y especificación de los principios de independencia e imparcialidad nos permite la presentación de una genealogía de conceptos dentro delos cuales al desarrollarse su vínculo con el principio de seguridad jurídica se advierte una tensión dinámica. Esto plantea la polaridad del valor justicia y pluralismo versus seguridad y productividad en los Estados Constitucionales. Ciertamente, la abstracción dogmática tiene la virtud de concentrar en el concepto, la continuidad o dispersión de las normas con una idea fuerza que retroalimente asimismo otra. De este modo, el tratamiento dogmático de los principios de esta primera parte permite, a un nivel de precomprensión, la formulación de la pregunta sin que se alcance aún una respuesta, pues como abstracción implica necesariamente el desconocimiento de ciertas variables de entendimiento, útiles para temas singulares concretos. De esta manera, la significación teórica de los casos útiles para los fines de la presente investigación, recogidos como datos en la segunda parte, son aprehendibles y enriquecidos en la tercera parte. En esta parte se responde a la pregunta formulada, previo procesamiento intelectual de la información casuística analizada.

*En la Segunda Parte:*Describimos ocho casos judiciales en la Corte Superior de Justicia de Lima. Se detalla la actuación del operador jurisdiccional a efectos de determinar su comprensión dentro del estándar del criterio jurisdiccional -discrecionalidad del Magistrado establecida precisamente para garantizar su independencia- o su afectación al deber de independencia e imparcialidad[49].

Entonces se inicia el propósito de responder a la pregunta formulada con la premisa que la real dimensión de un principio no es conocida por su definición abstracta, y que la reflexión académica al respecto resulta escasa e insuficiente. Se presenta así una aproximación inductiva con el conocimiento de ocho casos. Tres de ellos son procedimientos disciplinarios de destitución a magistrados por su actuación presuntamente transgresiva al deber de independencia e imparcialidad. Otro es un caso de ratificación a un Juez vinculado a 114

49 Al abordar la experiencia lo hacemos apreciando el detalle de los hechos, los discursos y el comportamiento de los órganos de control de la magistratura, no sólo sometiéndolo sino también indagando e interpelando al horizonte de la tradición del Estado Constitucional, teniendo presente la apreciación post metafísica según la cual: "La experiencia es, pues, experiencia de la finitud humana. Es experimentado en el auténtico sentido de la palabra aquél que esconsciente de esta limitación, aquel que sabe que no es señor ni del tiempo ni del futuro; pues el hombre experimentado conoce los límites de toda previsión y la inseguridad de todo plan. En él llega a su plenitud el valor de verdad de la experiencia. Si en cada fase del proceso de la experiencia lo característico es que el experimentar adquiere una nueva apertura para nuevas experiencias, esto valdrá tanto más para la idea de una experiencia consumada. En ella la experiencia no tiene su fin, ni se ha accedido a la forma suprema del saber (Hegel), sino que en ella es donde en verdad la experiencia está presente por entero y en el sentido más auténtico. En ella accede al límite absoluto todo dogmatismo (…)" (Gadamer. 2007 p.433).

medidas disciplinarias por retardo sancionadas durante el periodo de evaluación del magistrado para su ratificación. Los otros cuatro casos, si bien referidos exclusivamente a actuaciones jurisdiccionales que no han dado origen a procedimientos disciplinarios, han sido seleccionados tanto por su cercana vinculación con la actividad jurisdiccional del autor[50] como por su literal o presunta afectación al deber de independencia e imparcialidad. En tal sentido resultan también ilustrativos como material factual que permite introducir loTs elementos transversales que se desarrollarán sistemáticamente en la tercera parte de este libro.

De esta manera, nuestro objeto de estudio es observado en forma directa e inmediata[51], procediéndose al estudio de cada uno de los ocho casos con el siguiente parámetro[52]: **i)** En un primer momento, dado que indudablemente la descripción de los hechos manifiesta en mayor o menor medida una "pre-comprensión" del caso, iniciamos con el relato. El fin esreproducirlo en su complejidad. Comenzamos describiendo el contexto de la decisión judicial presuntamente transgresiva, lo que involucra el contexto normativo y de la cultura jurídica. El relato comprende, sustancialmente, los hechos relevantes

50 En esto hay que resaltar que dos de los tres procedimientos disciplinarios de destitución son Contenciosos Administrativos, además de los tres de los cuatro referidos exclusivamente a la actividad jurisdiccional. Es decir cinco de los ocho casos obedecen a la especialidad contenciosa administrativa, materia de nuestra experiencia jurisdiccional. Otro caso es la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Anicama, cuyo contenido nos involucró existencialmente por su fuerte impacto en la jurisdicción contenciosa administrativa. Otro es un caso civil comercial de un proceso cautelar, en la que participamos, como magistrado sustanciador de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura (ODICMA) donde propusiéramos la destitución del magistrado. Finalmente el caso RMC es uno de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), órgano constitucional autónomo que con una composición plural derivada de otros órganos de la sociedad civiltiene competencia de selección, sancionador y de ratificación de la magistratura.

51 Privilegiamos así la perspectiva del Juez y de los tribunales administrativos disciplinarios de control de la magistratura que han conocido ante sí tres de los casos descritos dentro de los procedimientos disciplinarios respectivos abiertos en contra de Magistrados, perspectiva que permite focalizar el análisis en el punto de fuga más sensible del ordenamiento. Así se ha dicho por ejemplo: "Por otro lado la teoría del derecho coincide con la dogmática jurídica en privilegiar la perspectiva del juez. Esto se explica por la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto. Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico. Pero la elección de esta perspectiva de investigación sólo significa una fijación metodológica, no una restricción del análisis al ámbito de la administración de justicia" (Habermas, 2005:p.266).

52 Enelanálisisinductivo desarrollado a continuación pretendemos recogeraportesdediferentes escuelas metodológicas entre ellas laEscuelaSincréticadeCarnelutti. La concepción del derecho como autónomo relativamente y la necesidad de la elaboración de una metodología congruente con tal perspectiva es el resultado de un contexto en donde laeconomíasehainauguradocomocienciaautónoma (AdamSmith), quela perspectiva de una visión pura del derecho y las visiones sociologistas se han devaluado como consecuencia de las experiencias totalitarias del siglo XX, así como el triunfo de las filosofías seculares relegadas a guardianes de la ciencia y por así decirlo muerte de la metafísica.

del caso, coincidentes con los supuestos de hecho de normas posibles de aplicación, narradas en su secuencia natural temporal. Hasta ese momento, en forma deliberada, hemos suprimido los temas en los que, en los casos concretos, se ha presentado discusión probatoria. Esto ha sido incidentalmente menor, en la medida que los hechos descritos permiten focalizar el análisis en lo realmente sustancial para efectos del presente estudio.**ii)** En un segundo momento, se vuelve a describir la actuación del operador jurisdiccional. Glosamos las partes pertinentes de las resoluciones controvertidas expedidas alrededor del caso y/o la Resolución de sanción disciplinaria. Descomponemos los elementos de su secuencia natural temporal para focalizar el análisis ulterior, en los elementos transversales de "debida motivación" y "factor tiempo". El fin es singularizar su actuación en múltiples y autónomas conductas coincidentes con múltiples supuestos de hecho, presuntamente infractores, establecidos a modo de composición intelectual inductiva en esta investigación, no necesariamente descrita –tipificada en términos del Derecho disciplinario- en una norma jurídica vigente de nuestro ordenamiento. En otras palabras, se descompone la realidad y la volvemos a recomponer en la construcción de un concepto útil para el estudio de los deberes de independencia e imparcialidad.**iii)** En un tercer momento y dado los propósitos de esta investigación, se pretende vincular los supuestos de hecho, presuntamente infractores, establecidos a modo de composición, con específicos deberes establecidos en las normas disciplinarias y, particularmente, los deberes de independencia e imparcialidad. Se procede así a estudiar cada una de las conductas (decisiones y otros), confrontadas con los supuestos de hechos de los deberes establecidos en el ordenamiento. Identificamos los elementos transversales de "debida motivación" y "factor tiempo", los cuales son asimismo vinculados en la tercera parte a los deberes de independencia e imparcialidad.

*En la tercera parte: E*ste libro pretende elevar a nivel de abstracción y conceptuación los datos obtenidos en la casuística a partir de los elementos comunes enriquecidos: reenfocamos, críticamente, el contenido de la independencia e imparcialidad, no solo como concepto justificante y legitimador del control disciplinario *ex post,* sino como refrescante que contribuye al desarrollo -entre otros-de la ausencia de presión temporal como condición de posibilidad de la decisión independiente e imparcial. Finalmente,a modo de simple esbozo, postulamos medidas concretas para una mayor concreción de estos valores.

Así, la tercera parte de este libro procesa y desarrolla el insumo valioso recogido en la segunda parte. La búsqueda de la respuesta

correcta a esta pregunta establecerá un círculo hermenéutico entre hechos concretos de casos seleccionados, la norma y la totalidad del ordenamiento junto a la tradición valorativa propia del Estado Constitucional. Todo esto se realiza centrado en el tema de la motivación y del factor tiempo como elementos comunes que permiten abordar transversalmente el tema de la independencia e imparcialidad.

Finalmente, proponemos medidas que involucran una comprensión más profunda, pero que al definir una característica esencial de la función se halla del contenido y alcance de la independencia e imparcialidad contrastada con la casuística desarrollada puedan contribuir a una mayor concreción de la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. derecho-deber del Magistrado, centrándose particularmente en la viabilidad de su control *ex post*, formulando y desarrollando la respuesta a las siguientes preguntas: ¿Es legítimo realizar un control *ex post* al actuar jurisdiccional, especialmente a la expedición de resolución que logre determinar la falta de independencia o imparcialidad de un Magistrado sin que ello signifique una atribución de responsabilidad de carácter penal? ¿Constituyen el deber de motivación y el factor tiempo en su vertiente de celeridad elementos que permiten inferir, objetivamente, la falta del Magistrado al deber de independencia e imparcialidad?

A efecto de absolver lo expuesto, se trabajan dos ideas previas, configurantes del marco principista valorativo que, hipotéticamente, determinan la legitimación del control *ex post* de la independencia e imparcialidad: el concepto de libertad presente como "criterio" y el de naturaleza de la decisión judicial. Procedemos a continuación a relacionar los supuestos de hecho descritos, a modo de composición, en la segunda parte del trabajo, con el ideal-deber materia de investigación. La fenomenología casuística presentada en esta parte, a modo sintético y conceptual, permite un análisis dogmático de recreación jurídica. Sitúa la problemática en el contexto axiológico valorativo propio de un Estado Constitucional, dentro del cual sucede la recomposición del concepto de independencia e imparcialidad. Se alcanza una comprensión de estos conceptos enriquecidos desde su vinculación con la realidad y el tejido conceptual de la dogmática jurídica. Esto nos permite arribar a la conclusión afirmativa a la pregunta planteada líneas arriba: ¿Es posible realizar un control *ex post*al actuar jurisdiccional, especialmente a la expedición de resolución, que logre determinar la falta de independencia o imparcialidad de un Magistrado? También nos permite fundamentar y proponer medidas tendientes a una mayor

concreción de los principios de independencia e imparcialidad[53], surgidas a partir de la constatación del factor tiempo como condición de posibilidad de la decisión independiente e imparcial.

2. Marco Valorativo y Concepto de los Principios de Independencia e Imparcialidad

2.1 El Estado Constitucional

La formación del concepto Estado Constitucional en el mundo occidental es reciente. Su significado y realización responde a la continuación histórica del elástico concepto de Estado de Derecho[54],concepto transformado y renovado a consecuencia de la experiencia dolorosa de las dos guerras mundiales, el desarrollo, apogeo y caída de los estados totalitarios, la post Segunda Guerra Mundial. Mencionemos también la caída de los socialismos realmente existentes en las décadas del 80 y 90 del siglo XX.

El paradigma de las ciencias en la intelectualidad europea, como continuidad de la modernidad iluminista de la razón, durante los inicios del siglo XX, mantenía el optimismo positivista. Como es bien sabido, esta visión de las cosas se caracterizaba por la idea de una concepción evolutiva lineal de la historia, situación que si bien cambiaría con la Primera Guerra Mundial, al sacudirse tal prejuicio del pensamiento occidental[55], aún resultaría insuficiente para evitar la génesis y el

53 En la presente investigación el intérprete entra en diálogo con el tú contenido en la tradición (doctrina jurídica) y el texto, manifestación de una subjetividad histórica y es él mismo miembro de la tradición que la re-construye en la interpretación en la comprensión de los casos seleccionados, pretendemos con ello desarrollar la conciencia histórica en el tratamiento de la independencia y la imparcialidad: "el correlato de esta experiencia del tú es lo que acostumbra llamarse conciencia histórica. La conciencia histórica tiene noticia de la alteridad del otro y de la alteridad del pasado, igual que la comprensión del tú tiene noticia del carácter personal de éste. En lo otro del pasado no busca casos de una regularidad general, sino algo históricamente único"(Gadamer, 2007:p.437).

54 Zagrebelsky ubica el concepto Estado de Derecho dentro de la tipología que clasifica los Estados entre aquellos que se encuentran bajo el Régimen del Derecho (en alemán Rechsstaat) con aquellos que se encuentran bajo el Régimen de la Fuerza (Machtstaat), distinguiendo en este último el "Estado Absoluto" y "El Estado bajo el régimen de policía". El Estado de Derecho no es una fórmula vacía sino que alude al ideal de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, pese a lo cual "no es en absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales [distintas al constitucionalismo liberal]. Antes al contrario, en su origen, la fórmula fue acuñada para expresar el "Estado de razón" (Staat der Vernunft), o "Estado gobernado según la voluntad general de la razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general", idea perfectamente acorde con el despotismo ilustrado". (Zagrebelsky, 1997: p.22). Asimismo más adelante alude que la misma expresión fue empleada por Schmitt apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario.

55 "Estábamos(…) preparados a que la Humanidad se viera aún, por mucho tiempo, envuelta en guerras entre los pueblos primitivos y los civilizados(…)Pero de las grandes naciones de la raza blanca, señoras del mundo, a las que ha correspondido la dirección de la Humanidad, a las que se sabía al cuidado de los intereses mundiales y a las cuales se deben los progresos técnicos

desarrollo de los estados totalitarios, cuya conciencia de su significación histórica solo se produciría con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, tras los escombros de lo acontecido en Auschwitz[56].

De esta manera, en el ámbito del Derecho del siglo XIX e inicios del XX, dentro de la tipología estatal formulada por Schmitt, se tuvo como paradigma de la organización jurídica en Europa continental el denominado "Estado Legislativo"[57].Zagrebelsky lo ha descrito como el estado liberal de Derecho que remite a la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los ciudadanos. La soberanía era entendida como la "fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política(…)"[58]. Esto se manifestaba tanto en su vertiente interna de persona estatal del derecho público interno, cada vez más afectado por las fuerzas corrosivas del pluralismo cultural e ideológico, como en su vertiente externa del derecho internacional, afectada por la formación de centros de poder alternativos que actúan independientemente al Estado, así como por jurisdicciones internacionales.

Correlativamente, en el ámbito jurídico predominaba el principio de legalidad, el cual al significar concentración de la producción jurídica al parlamento, produjo la "reducción de todo lo que pertenece al mundo del Derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley (…) [concibiéndose] la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, (…) pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador"[59].

Repárese en que el paradigma del Estado Legislativo en Europa Continental se mantuvo en el periodo entreguerras mundiales, pese a la fuerte crisis originada por el hecho creciente del pluralismo ideológico

realizados en el dominio de la Naturaleza, tanto como los más altos culturales, artísticos y científicos; de estos pueblos se esperaba que sabrían resolver de otro modo sus diferencias." (Freud. 1915: p.2).

56 "Auschwitz no es un hecho histórico como tanto otros, sino un evento de autoconciencia humana, una sombra que pesa en la consideración que el hombre pueda tener de sí mismo" (Zagrebelsky, 1997: p.106). La frase más representativa en el pensamiento occidental es el parafraseo de la máxima kantiana, por Adorno en el sentido que a partir de Auschwitz la máxima ética es "Actúa de tal manera que Auschwitz no se vuelva a repetir".

57 Schmitt desarrolló en su tipología además del Estado Legislativo, el Estado Jurisdiccional, el Estado Gubernativo y el Estado Administrativo. Definiendo a la primera como aquella comunidad política en donde se ve la expresión suprema de la voluntad común en normas abstractas, generales es decir leyes separadas del caso concreto, la consecuencia es el imperio de la ley y no de los hombres. En su tipología el Estado jurisdiccional alude a los Estados del Common Law en donde la última palabra no es de la ley impersonal sino la del Juez.

58 Zagrebelsky, 1997: p.10.

59 Zagrebelsky, 1997: p.33.

y cultural[60] . A esto se suma que durante la década de 1920 al crearse en Austria (Europa Continental), el primer Tribunal Constitucional, nacería el germen de una nueva forma de Estado, que motivaría la polémica doctrinaria de Schmitt contra Kelsen, centrada en el papel del control de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

Schmitt optaría en medio de la crisis del Estado Legislativo por defender la diferenciación entre sociedad civil y Estado. Negaba la representación pluralista de la sociedad y afirmaba el principio de concentración del poder en un Reichsprasident, representante de la voluntad común del Pueblo. Estopermitiría preservar el Principio de Soberanía y Unicidad del Estado y, desde tal posición, criticaría la creación del Tribunal Constitucional como una patología del Estado Legislativo, que desnaturaliza la función jurisdiccional al concederle atribuciones políticas. Atribuciones no solo aplicativas de la regla al supuesto de hecho.

Kelsen, por su parte, como gestor y actor en la creación y conformación del órgano garante de la constitucionalidad de las leyes (Tribunal Constitucional), defendía una posición democrática. Sostenía la configuración del órgano garante como medio idóneo de hacer efectivo el compromiso constante de los grupos plurales representados en el parlamento, ante la crisis del Estado Legislativo carente de institución capaz de vigilar el cumplimiento de los compromisos efectuados a su propio interior[61]. Esto se hacía manteniendo en lo fundamental

60 La visión de la Nación, como elemento del Estado Soberano, cuando la realidad cultural era la pluralidad y lucha ideológica y religiosa de grupos competitivos, determinó que se intentara superar la crisis de la idea de la soberanía con la exclusión de los grupos minoritarios por el mayoritario que ostenta el poder, Schmitt veía en el "Estado pluralista" una degeneración del Estado legislativo, donde el Parlamento se reduce a un escenario de luchas y repartición que ya no garantiza la unidad del pueblo. La opción de Kelsen ante ello sin embargo no fue el pluralismo sino el establecimiento de «un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia que eran los compromisos» (Herrera, 1994: p.204) "El ataque corporativo contra el Parlamento representa, para Kelsen la reacción de la burguesía ante la posibilidad que el proletariado alcance la mayoría. En la concepción kelseniana, como otrora el Parlamento permitió la emancipación de la burguesía de la nobleza, más tarde el permite la "equiparación política del proletariado y su emancipación moral y política de la burguesía". De acuerdo con Kelsen, el Parlamento «es la expresión de una sociedad dividida desigualmente en dos clases y representa el estado real de los intereses» (Herrera, 1994: p.201).

61 El hecho que solo el propio parlamento controle los compromisos formulados a su interior, transgrede el principio según el cual nadie puede ser juez de su propia causa, el resultado era que los compromisos reflejos de la voluntad común eran incumplidos por la mayoría, lo que determinaba la agudización de los conflictos sociales. Desde esta perspectiva Kelsen estudiaría la denominada "obstrucción" parlamentaria, es decir el "empleo formal de medios reglamentarios, como largos discursos, provocación de votaciones nominales, presentación de proposiciones incidentales que deban discutirse antes de los asuntos del orden del día, etc." (Kelsen, Hans. 1959: p.448) como un medio de auto-tutela de la minoría tendencialmente orientado a obligar a la mayoría a "seguir la dirección de un compromiso, de una transacción entre la mayoría y la minoría".

una posición parlamentarista, ya que si bien formulaba propuestas de reformas al Estado Legislativo, estas se hacían de manera tímida, estableciendo límites a la intervención del juez constitucional.

La situación cambiaría a propósito de los escombros y conciencia de lo sucedido en Auschwitz. A partir de este suceso, los elementos esenciales del Estado Constitucional surgirían y se desarrollarían como la manifestación en el ámbito político y del derecho de la intención humana de construir un ordenamiento social que arranque de raíz el peligro de tales tragedias. Se presenta entonces como antítesis de esa moderna forma de poder político anti-libertario, distinto a la tiranía, que no tuvo precedentes en la historia humana[62].

La conciencia de la experiencia totalitaria del siglo XX, en tanto circunstancia presentada a continuación de su derrumbamiento, permitió el desarrollo y estructuración de sus principales elementos[63]. Al significar paralelamente la idea intelectiva de no volver a caer en sistemas parecidos, donde primen las fuerzas irracionales del hombre, germinó y desarrolló la idea del Estado Constitucional[64], como "cambio genético"[65], del Estado Legislativo.

Caracteriza al "Estado Constitucional", en palabras de Häberle, la conjunción de elementos reales e ideales. Veamos. La "dignidad

62 Al respecto Arendt, filósofa judía alemana nacionalizada estadounidense, tras experimentar vivir bajo el régimen nazi y tomar conciencia de lo sucedido en Auschwitz escribió en tres tomos el libro "El Totalitarismo" donde defiende la tesis de lo "novedoso" de esta forma de gobierno, distinguiéndola de la tiranía, caracterizada por el terror total: "el terror total no deja tras de sí una arbitraria ilegalidad y no destruye en beneficio de alguna voluntad arbitraria o del poder despótico de un hombre contra todos y menos aún en provecho de una guerra de todos contra todos. Reemplaza a las fronteras y canales de comunicación entre individuos con un anillo de hierro que los mantiene tan estrechamente unidos como si la pluralidad se hubiese fundido en Un Hombre de dimensiones gigantescas. Abolir las barreras de las leyes entre los hombres –como hace la tiranía- significa arrebatar el libre albedrío y destruir la libertad como libertad política viva; porque el espacio entre los hombres, tal como se halla delimitado por las leyes, es el espacio vivo de la libertad" (Arendt, 2003, Tomo 3 p.689-690). Zagrebelsky tiene una noción de totalitarismo más amplia que Arendt e incluye dentro de él no sólo a la experiencia nazista y estalinista sino también al totalitarismo fascista que se prolongó hasta los años 70 en la península ibérica y el totalitarismo de los países de Europa del Este que caerían durante la década del 90.

63 "Sin el mundo ficticio de los movimientos totalitarios en los que se pusieron de relieve con innegable claridad las incertidumbres esenciales de nuestro tiempo, podríamos haber sido conducidos a nuestra ruina sin darnos cuenta siquiera de lo que estaba sucediendo. (…) Y si es verdad que en las fases finales del totalitarismo este aparece como un mal absoluto (absoluto porque ya no puede ser deducido de motivos humanamente comprensibles), también es cierto que sin el totalitarismo podíamos no haber conocido nunca la naturaleza verdaderamente radical del mal". (Arendt, 2002a Tomo 1 p.13).

64 Así por ejemplo Norberto Bobbio habla que los nuevos derechos se vinculan a la democracia, a la justicia y a la paz, dentro del fenómeno más general que sacudió completamente la experiencia política y ética contemporánea con la conciencia de la experiencia totalitaria.

65 Zagrebelsky, 1997: p.33.

humana", entendida como premisa; el principio de soberanía popular "como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública (…)"[66], lejos del significado propio del Estado Legislativo; la Constitución como contrato "en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores"; "el principio de división de poderes", en sentido estricto, relativo al Estado y como pluralismo en el sentido amplio. A estos se suman los principios del Estado de Derecho y Estado Social, la garantía de los derechos fundamentales y la independencia de la jurisdicción.

Zagrebelsky, a nivel del derecho propio del Estado Constitucional, resalta su diferencia con el Estado Legislativo. Además, pone en relieve el renacimiento de los derechos del hombre, manifestado por su reconocimiento en los textos constitucionales e internacionales, así como el reconocimiento de principios dúctiles en los textos constitucionales que tienen la calidad de norma, al igual que las reglas. Esto determina la pérdida de la supremacía y unicidad de la soberanía sustituyéndola por un pluralismo y pérdida del predominio de la legalidad por la hegemonía de la constitucionalidad, entendida esta no como la estimativa de un único valor, sino de múltiples valores en coexistencia.

En términos de la filosofía política, la caída de los totalitarismos y el desarrollo del Estado Constitucional ha significado sintéticamente la caída de "la idea hegeliana "total" del Estado como realidad en acto de la idea ética objetiva "que se piensa y sabe a sí misma y lleva a cabo lo que sabe y en la medida en que lo sabe"[67]. Precisamente, la conciencia de la experiencia totalitaria evidenció la debilidad de tales afirmaciones en el sentido que ellas llevaban a la insólita, inhumana e indefendible conclusión que el Estado "que sabe" era el Estado al que debían atribuirse las responsabilidades por las tragedias de alcance mundial, eximiendo con ello de toda culpa a los responsables de crímenes de lesa humanidad.

El panorama de la filosofía del Derecho, asimismo padeció una sustancial transformación. Sin duda, el positivismo fue la escuela filosófica hegemónica durante el estado legislativo; pero en la circunstancia post-conciencia de Auschwitz su premisa esencial de presentar al derecho absolutamente independiente y neutral de toda significación moral, manifestó su imposibilidad de fundamentar al Estado Constitucional. De igual forma, las escuelas sociologistas como el realismo norteamericano o el neo-marxismo europeo al restar toda significación autónoma a los valores –y no solamente los jurídicos- de las circunstancias económicas sociales y culturales padecieron de igual

66 Häberle, 2003: p.1.

67 Zagrebelsky, 1997: p.65, citando a Hegel.

imposibilidad[68]. Zagrebelsky señala al respecto que lo más natural hubiera sido que el "iusnaturalismo" asumiera la hegemonía de la filosofía del Derecho en el Estado Constitucional, pero ello no sucedió[69]. Distinguiendo entre el denominado "iusnaturalismo subjetivista" con el "objetivista revelado" señala que mientras el primero no pudo ser aceptado por un exceso de subjetivismo[70], el iusnaturalismo revelado cristiano no pudo ser aceptado por un exceso de objetivismo. Esto se produjo debido a que si bien en cuanto sustentador de un orden objetivo fundamentaba el valor "dignidad" sobre el cual se construyen los ordenamientos constitucionales[71], por otro lado, manifestaba enormes dificultades en el entendimiento del valor democracia como el otro componente del Estado Constitucional[72]. Por consiguiente, ante la necesidad de "un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo", se acudió a "la constitucionalización de los derechos: una solución que se aparta tanto de la tradición estatalista del Estado de derecho decimonónico, como de las distintas tradiciones que se comprenden bajo el nombre de iusnaturalismo, no obstante presentar aspectos de ambas. En el sentido que después se verá, se trataba de una superación"[73].

68 "Marx… con su crítica ideológica del Estado burgués de derecho desacreditó la propia idea de juridicidad, y con la disolución sociológica de la base de los derechos naturales desacreditó tan duraderamente para el marxismo la intención misma del derecho natural, que desde entonces quedó roto el lazo entre derecho natural y revolución". (Habermas, 2005:p.60).

69 Así señala: "no representó, por lo general, la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico. Y sin embargo es justamente esto lo que habría podido suceder si se tiene en cuenta que, también por lo general, al positivismo jurídico se le acusaba de haber proporcionado las premisas para la absolutización del poder del Estado, que había encontrado en el totalitarismo su más radical y terrible manifestación" (Zagrebelsky, 1997: p.66).

70 Zagrebelsky, 1997: loc. cit. Refiere que el iusnaturalismo subjetivista no gozaba de ningún crédito por cuanto se había basado exclusivamente en una de las capacidades humanas: la razón abstracta y la voluntad ocasional y vitalistamente determinada esta última que se aferraba a mitos "objetivos" como la sangre, la patria, la raza, etc., las cuales sólo disimulaban la desenfrenada fuerza de voluntad y que se manifestaría en las aberraciones totalitarias, ya en el iusnaturalismo racionalista la razón se presentaba como simple reflejo de un mundo exterior racional, el cual ante la mutabilidad de la razón terminó por ser sustituida por un orden pensado, que como tal cayó en el caos de las opiniones, el mundo dejó de ser racionalidad objetiva para convertirse campo de batalla de ejércitos contrapuestos donde el abandono de valores y principios objetivos condujeron a la tragedia mundial.

71 En relación al iusnaturalismo revelado cristiano- católico si bien su noción de un orden "dado" al universo en la que la posición del hombre viene prefijada por la creación ha significado la formación de la noción de dignidad humana y persona humana, ello no trasluce una victoria total aunque tal noción sea el "eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos, expresan un concepto objetivo derivado de una determinada visión del hombre y de su 'posición' en el mundo" (Zagrebelsky, 1997: p.67).

72 La democracia al basar el valor de sus principios y reglas en la decisión de la mayoría "introduce en el mundo del derecho un elemento de artificiosidad. El derecho producto de la voluntad mayoritaria, no se puede predeterminar en sus contenidos, como no se pueden predeterminar las mayorías que lo producen, sino que es expresión de imprevisibles y no predeterminables 'orientaciones políticas', y para determinar estas orientaciones o para participar en ellas se desarrolla la lucha entre las partes políticas conforme a estructuras previstas ad hoc por la Constitución." (Zagrebelsky, 1997: p.67-68).

73 Zagrebelsky, 1997: p.68.

Tómese en cuenta que estableciéndose el Estado Constitucional en Europa continental como una expansión de las atribuciones del Tribunal Constitucional y no como un desarrollo del Poder Judicial, como se presentó en la experiencia histórica del control de la constitucionalidad en los Estados Unidos, se habla del "Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional"[74]. Esto puede ser concebido como una tipología específica del Estado Constitucional.

Finalmente, debe tenerse presente que, desde la perspectiva cultural, al estudiar Häberle el Estado Constitucional llega a reformular la teoría del Estado. Agrega a sus elementos básicos de pueblo, poder y territorio, la referencia a la Constitución, la cual es comprendida como un elemento esencial de carácter cultural. Como vemos, forma un cuarto elemento[75] que determina que los otros sean "llenados" desde la perspectiva de la ciencia cultural. De esta manera, el pueblo es entendido como "'conjunto de hombres sometidos a los preceptos de derecho' (…), pero por lo mismo en el '*status culturalis'* (…). El territorio del Estado es territorio culturalmente formado, un 'espacio cultural' (…). El poder del Estado, por su parte, debe concebirse como determinado de manera cultural, no actuando de manera natural, ya que, en el Estado constitucional, se encuentra fundado y limitado normativamente, y se halla al servicio de la libertad cultural."[76]

2.2 La dignidad como bien jurídico central de todo el ordenamiento jurídico

El concepto de dignidad humana del Estado Constitucional, dentro de la circunstancia del pluralismo de las sociedades complejas, no constituye un valor objetivo fijo, sino un concepto cultural y elásticoque post-conciencia de Auschwitz[77] sirve de premisa ontológica, en la medida en que ya es un consenso su reconocimiento como principio de los "derechos fundamentales"[78]. Es comprendida, si es que no se le ha

74 Habermas, 2005:p.322, citando a Bockenforde.

75 Véase Häberle, 2003: p.21.

76 Véase Häberle, 2003: p.21-22.

77 Arendt refiere al antisemitismo, el totalitarismo y el imperialismo como las experiencias del siglo XX que demostraron la necesidad de la salvaguarda de la dignidad humana como principio político del nuevo ordenamiento jurídico: "El antisemitismo (no simplemente el odio a los judíos), el imperialismo (no simplemente la conquista) y el totalitarismo (no simplemente la dictadura), uno tras otro, uno más brutalmente que otro, han demostrado que la dignidad humana precisa de una nueva salvaguardia que sólo puede ser hallada en un nuevo principio político, en una nueva ley en la Tierra, cuya validez debe alcanzar esta vez a toda la Humanidad y cuyo poder deberá estar estrictamente limitado, enraizado y controlado por entidades territoriales nuevamente definidas" (Arendt, 2002a: p. 13).

78 Se ha resaltado que el fundamento de los derechos humanos, no estriba en lo sustancial en su positivización o en su calidad de "derechos naturales" sino en la "dignidad humana". Así por ejemplo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 dice: "Recono-

positivizado expresamente, como valor central en los ordenamientos jurídicos constitucionales. Esto sintetiza el ideario constitucional como un programa de construcción de la institucionalidad política, jurídica y económica, al servicio del hombre[79].

La dignidad es ciertamente un concepto impreciso. En lo esencial significa que en la condición humana de cada persona existe algo único, singular, que por su propia naturaleza merece o exige ser tratado conforme a ella. Dentro del iusnaturalismo subjetivista, Kant expresa el significado de la dignidad con la proposición que todo hombre es fin en sí mismo y no medio[80]. Tal expresión es aún en nuestros días citada de manera frecuente para aproximarnos a una definición de la dignidad como fundamento de los "derechos humanos"[81], los que al traducirse en derechos constitucionales toman la forma de "derechos fundamentales". Sin embargo, esta idea kantiana también ha sido criticada por emplear la categorización medios-fin, la cual es considerada paradójica[82], y no resulta adecuada para definir lo esencial de la condición humana[83]. Se resalta por lo contrario que esta en lo fundamental se revela en "la

ciendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización." Al respecto Novak-Namihas luego de sintetizar las teorías que fundamentan los derechos humanos "más allá de [ellas]" se adhiere a la misma idea de la 'dignidad humana' como el fundamento (Novak-Namihas, 2004: p.31).

79 La misma economía de mercado es entendida ciertamente como un pilar fundamental en el escenario de la libertad del hombre pero o por ello mismo sometida a reglas que pretenden mantenerla en un escenario derechos del consumidor y de competencia.

80 "El hombre en verdad no es santo, pero la humanidad en su persona debe ser para él santa. En toda la creación, todo lo que se desea o todo aquello sobre lo cual se tiene algún poder puede ser empleado como simple medio; el hombre sólo, y con él toda criatura racional, es fin en sí. Porque gracias a la autonomía de su libertad, es el sujeto de la ley moral, que es santa"(Kant, 2001:p.126).

81 Véase Novak-Namihas, loc. Cit.

82 "Afirmar que los fines no justifican todos los medios es hablar en términos paradójicos, ya que la definición de un fin es precisamente la justificación de los medios (…) Mientras creamos que tratamos con medios y fines en la esfera política, no podremos impedir que cualquiera use todos los medios para perseguir fines reconocidos"(Arendt, 1993:p.249).

83 "Kant no desea formular o conceptualizar los dogmas del utilitarismo de su tiempo, sino por el contrario, quería ante todo relegar la categoría medios-fin a su propio lugar e impedir su empleo en el marco de la acción política. Su fórmula, sin embargo, no puede negar su origen del pensamiento utilitario, al igual que su famosa y también paradójica interpretación de la actitud del hombre hacia los únicos objetos que no son 'para uso', es decir las obras de arte, en las que a su entender tenemos 'placer sin interés'. Porque la misma operación que constituye al hombre como 'supremo fin', le permite, 'si puede subrayar toda la naturaleza a él', es decir, degradar la naturaleza y el mundo a simples medios, despojándolos de su independiente dignidad. Ni siquiera Kant pudo solventar la perplejidad o iluminar la ceguera del *homo faber* con respecto al problema del significado sin recurrir al paradójico 'fin en sí mismo', y esta perplejidad radica en el hecho de que mientras que sólo la fabricación con su instrumentalidad es capaz de construir un mundo, este mundo se hace tan sin valor como el material empleado, simples medios para posteriores fines, si a los modelos que gobernaron su toma de existencia se le permite regirlo tras su establecimiento."(Arendt, 1993:p.174-175).

acción". Esto se entiende como la actividad que se da entre los hombres manifestando la condición humana de la pluralidad[84], sin la mediación de las cosas.

Para Arendt, retomando a los griegos y romanos de la antigüedad, vivir humanamente es "estar entre hombres", mientras que ni la labor (prototipo de la actividad del esclavo), ni el trabajo (prototipo de la actividad del artesano) poseen la suficiente dignidad para constituir una vida autónoma y auténticamente humana, dado que se encuentran determinadas por la necesidad y utilidad (donde la categoría medios-fines tiene su ámbito de validez). Por el contrario, la vida política, como "acción" o praxis destinada a establecer o mantener el reino de los asuntos humanos en libertad de elección, sí constituye una alternativa digna.

Por consiguiente,para Arendt, la idea de dignidadpermite inferir la necesidad de reconocer la participación de todo ser humano en los temas de la polis**[85]**, su derecho a hacer acción y no solo labor y trabajo. Entiende la privación del derecho a la participación de los asuntos públicos como equivalente a una mutilación de la humanidad del hombre**[86]**. Sostiene que corresponde, como propio de la condición humana, no solo asegurar sus libertades privadas y con ello sus necesidades biológicas más fundamentales, sino además las "libertades públicas", entendidas también como "felicidad pública"**[87]**. En otros términos, reconoce como

84 Arendt precisa distinguir la cualidad humana de ser distinto, de la alteridad presente en otros seres, porque "sólo el hombre puede expresar esta distinción y distinguirse, y sólo él puede comunicar su propio yo y no simplemente algo: sed o hambre, afecto, hostilidad o temor. En el hombre, la alteridad que comparte con todo lo que es, y la distinción que comparte con todo lo vivo, se convierte en unicidad, y la pluralidad humana es la paradoja pluralidad de los seres únicos". (Arendt, 1993:p.200).

85 "Este espacio [el creado por la organización política que no se identifica con un específico ambiente físico y que surge del actuar y hablar juntos] no siempre existe, y aunque todos los hombres son capaces de actos y palabras, la mayoría de ellos –como el esclavo, el extranjero y el bárbaro en la antigüedad, el laborante o artesano antes de la Época Moderna, el hombre de negocios en nuestro mundo- no viven en él. Más aún, ningún hombre puede vivir en él todo el tiempo. Estar privado de esto significa estar privado de realidad, que, humana y políticamente hablando es lo mismo que aparición. Para los hombres, la realidad del mundo está garantizada por la presencia de otros, por su aparición ante todos; 'porque lo que aparece a todos lo llamamos Ser', y cualquier cosa que carece de esta aparición viene y pasa como un sueño, íntima y exclusivamente nuestro pero sin realidad" (Arendt, 1993:p.221-222).

86 Es por ello que señala como el principal defecto de la teoría marxista el de identificar necesidad con libertad, premisa que permitió justificar como necesaria la privación de la libertad política a ciudadanos a través de la dictadura de un partido político. Semejante crítica la realiza a los revolucionarios franceses, que pese haber formulado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, establecieron una dictadura sangrienta (Véase Arendt, 1967:p.70 y siguientes).

87 Fueron los filósofos de la Ilustración, quienes introdujeron "el término libertad con un acento nuevo y, hasta entonces, casi desconocido sobre el carácter público de la libertad, lo que nos indica que ellos entendían por libertad algo completamente diferente de la voluntad libre o el pensamiento libre que los filósofos habían conocido y discutido desde Agustín."

derecho del ciudadano "acceder a la esfera pública, a participar del poder público –a ser 'partícipe en el gobierno de los asuntos' según la notable frase de Jefferson- como un derecho distinto de los que normalmente se reconocían a los súbditos a ser protegidos por el Gobierno en la búsqueda de la felicidad privada, incluso contra el poder público, es decir, distinto de los derechos que solo un gobierno tiránico era capaz de abolir"[88].

Como vemos, establece un auténtico poder político como reto programático consistente en efectivizar y expandir a todo el género humano la participación política, real, más allá del derecho al voto. Concepción que coincide con lo postulado por Häberle, quien advierte la naturaleza de realización institucional de la dignidad humana del Estado constitucional. En este panorama, el ser humano es sujeto de su propia actuación[89]. El principio de dignidad humana se vincula con el de democracia, en la medida que manifiesta como referencia del fundamento del Estado Constitucional a la soberanía del Pueblo y a la dignidad humana[90].

En la misma orientación, en términos de la teoría del discurso y de la razón comunicativa, aquella que fundamenta el derecho y el orden social en general "en el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida"[91] y donde se percibe como premisa que al lenguaje le es inmanente la dimensión de validez, Habermas afirma que el principio de soberanía popular significa que "todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos. El ejercicio de la dominación política se rige y legitima por las leyes que los ciudadanos se dan a sí mismos en una formación discursivamente

(Arendt, 1967:p.134). Mientras que la expresión "felicidad pública", fue de uso frecuente en la literatura política de la revolución de la independencia americana y alude de manera inequívoca al hecho que el ejercicio de la libertad pública es necesaria para la concreción de la felicidad humana: "El hecho de que la palabra "felicidad" fuese elegida para fundar la pretensión a participar en el poder público indica, sin lugar a dudas, que existía en el país, con anterioridad a la revolución, algo parecido a la "felicidad pública" y que esos hombres sabían que no podían ser completamente felices si su felicidad estaba localizada en la vida privada, única esfera en la que podía gozarse de ella" (Arendt, 1967:p.137).

88 Arendt, 1967:p.137.

89 Léase Häberle, 2003:p.171 "el Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación. En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en el desarrollo de la relación entre ciudadano y el Estado (y con la desaparición de la separación entre Estado y sociedad, de la relación Estado/sociedad-ciudadanos). Aquí reside la justificación (parcial) de destacar la dignidad humana como auto-representación exitosa de una persona constituida en individuo y, por tanto, como logro propio de cada ser humano en lo individual, la que por ejemplo, resulta evidente, en términos prácticos, como 'derecho a la autodeterminación informacional'. El concepto (de la percepción y el logro) de la identidad se entiende aquí, en virtud de la apertura de aquel marco orientador para la dignidad humana, en un sentido amplio que incluye las condiciones de posibilidad sociales y jurídicas."

90 Léase Häberle, 2003:p.172.

91 Véase Habermas, 2005:p.65.

estructurada de la opinión y de la voluntad (…) [fundamentando como ideal un procedimiento democrático que asegure que] todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles. Es esta institucionalización jurídica de determinados procedimientos y condiciones de comunicación la que hace posible el uso y el empleo efectivo de iguales libertades comunicativas, a la vez que obliga y estimula a hacer uso pragmático, ético y moral de la razón práctica o a buscar un equilibrio de intereses que resulte equitativo."[92]

Se debe tener presente que la naturaleza humanista de los ordenamientos constitucionales considera que la dignidad es una valor que se predica en todo miembro de la especie humana. Esto de manera independiente de su capacidad de razonamiento o, en términos de la teoría del discurso, de ejercer o no las libertades comunicativas. De este modo, un recién nacido o un niño con síndrome de down de tres años de vida, así como un hombre de edad avanzada que padece Alzheimer terminalgoza, por el solo hecho de tener la condición de serhumano, reconocimiento de dignidad en todo estado constitucional, a diferencia de cualquier animal.

A nuestro modo de ver, tal característica de los estados constitucionales obedece a razones de carácter histórico y cultural y no a razones ontológicas, que provengan de su propia razón de ser de estado constitucional. En tal sentido, señalamos lo siguiente:

1) El fundamento mismo de "dignidad" de la persona humana en Occidente ha estado vinculada histórica y culturalmente a la tradición judeo-cristiana que concibe la naturaleza de todo ser humano como imagen y semejanza de Dios. Incluso como hijo de Dios, de tal modo que su cuerpo es templo de Dios[93]. Por tal motivo, no es casual que aun cuando el concepto de "dignidad" se conciba como un valor fundamental del estado constitucional secularizado, se haya presentado históricamente como un aporte del iusnaturalismo cristiano[94], encerrando

---

92 Habermas, 2005:p.238.

93 Las referencias de esta noción en el evangelio son múltiples. La sola oración Pater Noster, de llamar a la Divinidad «Abba", es decir Padre o mejor dicho Papi (Lc. 11. 1-4, Mc. 11. 25 y Mt 6:9-15) o tener la concepción del cuerpo humano como Templo de Dios cuando Jesús mismo luego de arrojar del templo a los vendedores de ovejas, bueyes y palomas, respondería al pedido de dar señales de su autoridad con «Destruyan este templo y yo lo reedificaré en tres días» (Juan 2, 19. Biblia Latinoamericana) Identificando su cuerpo con la naturaleza del Templo (Mt 21:12-17) así como también San Pablo cuando pregunta: «16. ¿No saben que son templo de Dios y que el Espíritu de Dios habita en ustedes?" (1Co. 3,16-17, Biblia latinoamericana)..

94 Véase Zagrebelsky, 1997:p.67 donde señala: "su asunción de un orden 'dado' del universo –

un significado trascendental de valor.

2) La Biblia, texto sagrado de la cultura occidental, no contiene precepto inequívoco de respeto a la vida animal[95].Se advierte, por el contrario, que en Oriente, los textos sagrados como el Mahabarata[96] describen una concepción muy distinta. En este otro escenario, todo ente con vida –no solo los miembros de la especie humana- tienen un nivel de conciencia que es menester respetar, en tal medida que: "Los sabios humildes, en virtud del conocimiento verdadero, ven con la misma visión a un manso y erudito Brahmana, a una vaca, a un elefante, a un perro y a un comeperros"[97].

en el que la posición del hombre viene prefijada por la creación, acatada como verdadera y buena y, por tanto, obligatoria- ha dejado huellas importantes. Precisamente las nociones de dignidad humana y persona humana –nociones que no pertenecen a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico (…)". Jacques Maritain señala que: "una filosofía que reconoce solamente los Hechos o Datos Inmediatos, la noción de Valor –vale decir, Valor objetivamente cierto en sí mismo- es inconcebible. ¿Cómo, entonces, se podría aspirar a tener derechos si no se cree en los valores? Si la afirmación de los valores intrínsecos y la dignidad del hombre carecen de sentido, también carece de sentido la afirmación de los derechos naturales del hombre" (Maritain, 1966: p.116)

95 Ciertamente hay descripciones de hechos dispersos y reglas que pueden ser interpretadas en tal sentido, como la conocida historia de Noé, el mandato de "No matarás", o aquella que Yahvé "Los alimentó con la cosecha de sus campos; los crio con miel silvestre, con aceite de rocas de pedernal" (Dt. 32,13), o el rechazo de Yahvé al sacrificio de animales (Véase Isaías 1, 11 Isaías 1, 13, 1 Samuel 15, 22 y Sal 50, 9-21); pero ello no es claro como al permitirse la alimentación de langosta en todas sus variedades (Lv. 11,22), y la interpretación de acuerdo a la tradición ha sido siempre permisiva. Lo mismo se puede decir del Nuevo Testamento donde los evangelios sinópticos describen a un Juan Bautista que sólo se alimentaba de miel de abeja y langostas (Mt 3:1-4) ; así como un Jesús que relata la parábola del hijo pródigo donde el hermano mayor que se queda en la casa del padre –es decir el más cercano a Dios- al enterarse que su padre realiza una fiesta por el regreso de su hermano, le reclama que en todo ese tiempo no le haya permitido comer un cabrito con sus amigos; arroja a los mercaderes –que vendían bueyes, ovejas y palomas para ser sacrificados- del Templo (Véase Jn. 2,13-22; Mt 21,12-17; Me 11,15-19; Le 19,45-46); y escoge como representación de su cuerpo, que es alimento de vida eterna, "cordero de Dios", al pan sin levadura es decir al trigo –carne vegetal- sustituyendo de esta manera la carne animal del cordero de la pascua judía por la carne vegetal de la pascua cristiana (Véase Lc.. 22, 19-20). Históricamente dentro del cristianismo protestante el "adventismo de reforma" realiza una interpretación vegetariana de los textos bíblicos, apreciándose dentro del catolicismo la presencia de santos vegetarianos como San Francisco de Asís, Santa Rosa de Lima y la madre Teresa de Calcuta entre otros.

96 El Bharata es el poema épico hindú que relata los antecedentes, génesis y desarrollo de la batalla de Kuruksetra, en cuyo interior se encuentra el texto sagrado del Bhagavad Gita, que es la palabra revelada por Krishna, suprema personalidad de Dios, dirigida a su primo Arjuna, hijo de Pandú, quien conjuntamente con sus cuatro hermanos entra en guerra con sus primos los hijos de su tío Dhrtasastrsa.

97 Bhaktivedanta, 1992:p.282. El texto citado pertenece al Capítulo 5, versículo 18 del Bhagavad Gita. Kirpal afirma: "El cuerpo es el Templo del Dios viviente, por lo que debe conservarse escrupulosamente puro./ Cualquier candidato que desea recibir la iniciación, debería someterse a una dieta vegetariana, por lo menos durante tres o seis meses para asegurarse de que continuará con ella cuando se le haya puesto en el Sendero./ El mantenerse en las estrictas reglas dietéticas es muy esencial para poder progresar con firmeza en el Sendero Sagrado, y

3) Aun cuando Occidente predique un Estado Constitucional secularizado y en gran parte las sociedades occidentales manifiesten esta secularidad en la vida diaria, cuando no una manifiesta cultura agnóstica, habita en ellas una fuerte presencia de reflejo de la referida premisa judeo-cristiana, en el sentido que además de cuerpo se perciba que todo ser humano posee algo –su dignidad- que lo hace de naturaleza distinta a todo animal. Como reflejo cultural secular, las sociedades complejas del Estado Constitucional infieren de ello[98] que aun cuando los animales puedan manifestar un nivel de razonamiento mayor que algunos seres humanos, al no tener alma, no merecen el reconocimiento de dignidad alguna.

4) Es tradicional en Occidente, la presencia de una cultura de consumos carnívoros muy arraigada. Existen múltiples industrias gastronómicas donde la carne de animal es un ingrediente básico. También abundan las industrias médicas o farmacéuticas donde el animal es objeto de experimentación o proveedor de sustancias. Como se puede inferir, reconocer dignidad al animal o incluso a ciertos animales, llevaría a contradecir esta tradición cultural, lo cual solo puede convertirse históricamente viable con una crítica y superación radical valorativa[99].

5) Es posible que la tradición judeo-cristiana, sustentadora de un humanismo de especie tácito, pueda históricamente ser dejada de lado. Notemos, en este sentido, la polémica abierta en torno a los casos de los óvulos fecundados desde el día siguiente al periodo de tres meses, y los casos de eutanasia y distanasia en situaciones terminales.

La vigencia en estados constitucionales de ordenamientos permisivos obliga a relativizar o mejor dicho precisar el contenido humanista del Estado Constitucional, en el sentido de advertir que el elemento central en el reconocimiento de sujetos con dignidad si bien en principio se identifica con todos los miembros de la especie humana, en los casos dudosos, por ser iniciales o terminales, son definidos por los seres humanos en ejercicio de las libertades comunicativas. Es decir, son decididos por los ciudadanos del Estado Constitucional (suerte de

cualquier violación está sujeta a afectar el progreso espiritual." (Kirpal, 2004: p. 218).

98 Es decir de la ausencia en los textos de los Evangelios Sinópticos de precepto alguno prohibitivo del consumo carnívoro o de la afirmación del alma en las especies animales y la tradicional interpretación permisiva.

99 Derrida agrega la vinculación entre sacrificio carnívoro y "sujeto intencional" propio de nuestra cultura: "En nuestra cultura, el sacrificio carnívoro es fundamental, dominante, regulado sobre la base de la más alta tecnología industrial, de la misma forma que la experimentación biológica sobre el animal tan vital para nuestra modernidad. Como ya he tratado de mostrar en otro lugar[1], el sacrificio carnívoro es esencial para la estructura de la subjetividad, es decir, también para el fundamento del sujeto intencional, y, si no de la ley, si al menos del derecho, quedando la diferencia entre ley y derecho, justicia y derecho, justicia y ley, abierta sobre un abismo" (Derrida, 1992:p.144).

grupo de élite humanista). De tal manera que si bien la "dignidad" de todo integrante de la especie humana es en principio premisa del Estado Constitucional, no por ello en sus contornos menos precisos, su reconocimiento, es específicamente determinado por los sujetos con capacidad comunicativa.

6) La respuesta a la pregunta sobre la existencia de un "núcleo" de la dignidad humana, independiente del ámbito cultural, define una posición iusnaturalista del Estado Constitucional y la aleja de otra culturalista. Así, mientras Jacques Maritain ha resaltado el carácter de derecho natural de los derechos humanos[100] a tal punto que «solamente en virtud del derecho natural adquieren fuerza de ley el derecho positivo y la ley de las naciones.»[101] Peter Häberle ante la referencia específica de la posición de la mujer en el Islam, ante la pregunta de si ello es contrario a un contenido universal e irrenunciable de dignidad humana[102] afirma: "Esta pregunta solamente puede responderse en forma específica respecto de los derechos fundamentales. Hay que partir de la tesis de que el conjunto de los derechos de tipo personal, por un lado y los deberes, por el otro deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo."[103]**.**

7) Dentro del fundamento filosófico de derechos primordiales, distinto a todo iusnaturalismo objetivista, Habermas, coincidiendo con Dworkin, reitera el argumento de que la existencia de los derechos cuenta con una razón práctica, históricamente encarnada, que se hace valer en el punto de vista moral y se articula en una "norma fundamental". Esto exige que se tenga a todos la misma consideración y respeto, lo que coincide con el "Principio del Derecho" de Kant y con el primer "Principio de Justicia" de Rawls, conforme a los que a todos y cada uno asiste un derecho a iguales libertades subjetivas de acción[104]. No obstante, se advierte entre ambos autores, una relevante discrepancia en torno a la pretensión de predictibilidad de las decisiones judiciales. Dworkin fundamenta la "integridad" del ordenamiento jurídico determinante de la única respuesta correcta, desentrañable en base a articulaciones lógicas realizadas por un hipotético "Juez Hércules". Habermas niega esta idea por considerarla irreal. Fundamenta en su lugar, una legitimidad procedimental que asegure el ejercicio de las libertades comunicativas en el proceso judicial.

100 Véase Maritain, 1966:p. 117.
101 Véase Maritain, Ob. Cit.:p. 119.
102 Häberle, 2003:p.169.
103 Häberle, Ob. Cit.:p.169-170.
104 Habermas, 2005: p.273.

3. Concepción del Pluralismo y la Democracia en el Estado Constitucional

El pluralismo es un hecho y un valor. Como hecho contemporáneo[105], el pluralismo alude a la interculturalidad de la especie humana dentro de todo Estado en la circunstancia de la globalización. Hace referencia a la heterogeneidad, donde conviven ciudadanos y seres humanos[106] que profesan pluralidad de religiones (cristianos en sus diversas variantes, ateos, agnósticos, judíos, musulmanes, budistas, hinduistas, etc.)[107], pluralidad de lenguas[108], pluralidad de costumbres y de concepciones fundamentales sobre el propósito del hombre, la familia, la moral sexual, el rol de la tecnología, la naturaleza, etc.

Jacques Maritain, desde una perspectiva iusnaturalista objetivista neotomista, propuso al mundo cristiano, después de Auschwitz, la concreción de una "nueva cristiandad". Esta propuesta reconocía el pluralismo como la primera nota característica presentada como nuevo régimen temporal. En tal perspectiva, realizó una dura crítica al concepto de "soberanía", en términos de la filosofía política, la cual era concebida como "carácter supremo de independencia". A esto lo consideró como "intrínsecamente erróneo"[109], en el entendido de que ello sitúa al soberano separado y trascendente del pueblo[110]. Lo sitúa no como vicario, sino como titular que adquiere poder por transferencia. Con esto convierte toda esencia de poder en monádico e indivisible como la persona misma del monarca.

Esta idea se mantuvo en la teoría política del siglo XX como herencia rousseauniana, que por medio del mito de la "voluntad

105 Toda comunidad política históricamente ha tenido cierto nivel de pluriculturidad. Durante la modernidad sin embargo al consolidarse el concepto de "soberanía" con las monarquías absolutas y luego con las democracias decimonónicas que sustituyeron la soberanía del monarca por la soberanía del Pueblo, se configuró una conceptuación política jurídica del Estado -Nación, como separada de sus ciudadanos conformantes.

106 El hecho que los medios de transporte en la actualidad hayan facilitado la migración de la circunscripción territorial de un Estado a otro, así como la presencia de Estados de mayor bienestar, con baja tasa de natalidad (como los países europeos) o con demanda de trabajo que no está dispuesta a ser asumida por los nacionales (Estados Unidos) ha condicionado la presencia de una numerosa población migratoria mundial, que como tal no alcanza la ciudadanía, proveniente en su mayoría de los "países pobres", que a noviembre del año 2008 alcanzaba a los 200 millones (Véase Organización Mundial de Migraciones, 2008:p.2).

107 Maritain expresó ello en los siguientes términos: "En la ciudad de los tiempos modernos, fieles e infieles están mezclados" (Maritain, 1952: p.127) .

108 En el Perú es manifiesto el castellano, quechua, aimara, cauqui (lengua que se habla en Tupe Yauyos) y lenguas de comunidades nativas.

109 Maritain, 1952:p.44.

110 Maritain menciona en primer lugar a Jean Bodin, a quien lo considera como el padre de la teoría moderna de la soberanía, según la cual la soberanía del monarca era de carácter humana y significaba que el pueblo se había desprendido y despojado de su poder soberano para investirlo de modo que "le Monarqueest divisé du peuple" (Maritain, 1952:p.48).

general", prepararía la vigencia de concepciones totalitarias, al continuar utilizando el concepto de soberanía[111]. Tal crítica ha continuado con el desarrollo del Estado Constitucional[112]. No obstante, pese a todo, quizá Maritain, por su carácter objetivista al colocar la ética cristiana en el ideal de eticidad y el fundamento del pluralismo como valor en su concepción, ha sido extremadamente débil al no constituirse en un valor primario, sino solo en un "mal menor" necesario para permitir la convivencia en paz social y pretender satisfacer la necesidad de establecer una práctica social, cuyo fin es la paz y el bien común de un pueblo dado[113]. De esta manera, la fundamentación más satisfactoria del "pluralismo constitucional" se ha desarrollado en aquellas visiones que predican el abandono de las teorías de la correspondencia de la verdad asumiendo una teoría coherentista consensualista.

En Rawls, por ejemplo, si bien no se niega la existencia de una moral objetiva, la circunscribe como propia del estudio de las doctrinas morales de carácter integral. Conceptúa que ello no es el propósito de una concepción política de la justicia, donde debe de partirse del hecho

111 Maritain resalta lo paradójico de la concepción Rousseauniana donde el Pueblo al mismo tiempo que titular del poder se encuentra separado, independiente y trascendente "de sí mismo y por encima de sí mismo" (Maritain, 1952:p.60). Y afirma que lejos de defender una posición democrática "inyectó en las nacientes democracias una noción de soberanía destructora para las mismas y apuntaba hacia el estado totalitario; porque en lugar de desembarazarse del poder absoluto y trascendente de los reyes, por el contrario, llevó aquel poder espúreo de los monarcas absolutos al punto de un absolutismo inconcebible" (Maritain, 1952:p.61).

112 Así por ejemplo Häberle advierte una dinámica en el Constitucionalismo que va de las constituciones más viejas en donde el Pueblo es el elemento primario de los tres elementos de las teorías generales del Estado, degradando ocasionalmente al ciudadano "a la calidad de "objeto" del poder estatal de manera textual"; y donde se postula al pueblo como unidad nacional frente a las minorías étnicas; a otra concepción más reciente donde se modifica la cláusula de la soberanía popular o se construye la parte de derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana (Léase Häberle, 2003:p.174) .

113 "Claro que, para una sana filosofía, sólo una moral es la verdadera moral, mas el legislador, que debe atender en su acción al bien común y a la paz de un pueblo dado, ¿no habrá de tener en cuenta el estado de tal pueblo y el ideal moral más o menos deficiente, pero existente de hecho, de las diversas familias espirituales que lo componen? ¿Y no habrá de hacer entrar en juego, por lo tanto, el principio del mal menor?(...) para evitar mayores males (que atraerían la ruina de la paz de la comunidad y el endurecimiento –o la relajación- de las conciencias), la ciudad puede y debe tolerar en su ámbito (y tolerar no es aprobar) maneras de adorar que se apartan más o menos profundamente de la verdadera: ritus infidelium sunttolerandi, señalaba Santo Tomás; maneras de adorar y también maneras de concebir el sentido de la vida y maneras de comportarse. La ciudad debe en consecuencia conceder a las diversas familias espirituales que viven en su seno, estructuras jurídicas que ella misma en su prudencia política, adapte por una parte al estado de aquellas y, por otra, a la orientación general de la legislación hacia la vida virtuosa y a las prescripciones de la ley moral, a cuyo cumplimiento dirigen en cuanto es posible esa variedad de formas. La estructura jurídica pluriforme de la ciudad se orientará, pues, aun en sus grados más imperfectos y más alejados del ideal ético cristiano, hacia la perfección del derecho natural y del derecho cristiano; dirigiéndose hacia un polo positivo cristiano integral, del cual se apartan más o menos los diversos escalones de aquella estructura, según una medida determinada por la prudencia política" (Maritain, 1966:p.128).

de que «un pluralismo razonable es una condición permanente de una cultura pública bajo instituciones libres, la idea de lo razonable es más adecuada, como parte de la base de justificación pública de un régimen constitucional, que la idea de verdad moral"[114]. La consecuencia de ello es la construcción de una "objetividad débil" basado en un acuerdo público, donde "Afirmar que una convicción política es objetiva es afirmar que existen razones, especificadas por una concepción política razonable y mutuamente recognocible (que satisface aquellos elementos esenciales), suficientes para convencer a todas las personas razonables que ella es asimismo razonable"[115]. En otras palabras el pluralismo no es un valor objetivo para la conciencia ética individual, sino tiene validez en el ámbito de lo estrictamente político-público. Aquí proporciona las bases mínimas de un acuerdo de convivencia política entre personas provistas de distintas y aún opuestas concepciones morales, donde los principios son producto de un procedimiento de construcción entre sujetos razonables, pluralismo y objetividad débil que limita su validez a lo político-coexistencial, dentro del marco del hecho del pluralismo.

De esta manera, la concepción del pluralismo como valor determina un carácter procedimentalista en la fundamentación de la objetividad de las convicciones o principios. Los principios no están revestidos de una objetividad fuerte sino débil[116] "provista solo por su razonabilidad y aceptabilidad en el marco de un acuerdo público". La razón pública es capaz de generar consenso y con ello también estabilidad en las sociedades actuales marcadas por el hecho del pluralismo. Esto establece la unidad social[117] en torno a la concepción política. Se presenta expresado en un lenguaje político y no comprehensivo convirtiendo en deber moral el ser razonable[118], es decir, en mostrarse capaz y estar dispuesto a proponer, explicar, argumentar y aceptar criterios equitativos de cooperación social, siempre que estos sean iguales para todos. En consecuencia, las

114 Massini, 2004: p. 34, citando a Rawls.

115 Massini, 2004: p. 33, citando a Rawls.

116 Un principio es objetivo cuando son "fundadas realmente en un orden de razones- si las personas razonables y racionales, que son lo suficientemente inteligentes y conscientes al ejercer sus poderes de razón práctica, y cuyos razonamientos no manifiesten ninguno de los conocidos defectos de razonamiento, con el tiempo suscribirían estas convicciones (…)» (Rawls, 1995a: p. 126).

117 "La ventaja de permanecer en el ámbito de lo razonable es que puede haber sólo una doctrina integral verdadera pero, tal como lo hemos visto, varias de ellas razonables" (Massini, 2004: p. 34; citando a Rawls en su obra "Justice as Fairness: Political non Metaphysical").

118 Rawls distingue entre razonable y racional. "Las personas son razonables en un aspecto básico cuando, entre personas iguales, están dispuestos a proponer principios y estándares como términos equitativos de cooperación, y están dispuestos a atenerse a ellos, siempre que los demás hagan lo propio", (Rawls, 1995a: p.49). "La racionalidad es no obstante, una idea distinta de lo razonable y se aplica a un agente singular y unificado (sea una persona individual o corporativa) con poderes de juicio y deliberación para buscar fines e intereses particularmente suyos" (Rawls, 1995a: p.50).

razones son susceptibles de ser presentadas públicamente como válidas como resultado de un "equilibrio reflexivo".

No obstante, en nuestros tiempos, el pluralismo como valor no ha estado exento de críticas. Adviértase las objeciones de quienes estiman en mayor medida una ética objetiva sustancialista en el ámbito jurídico y político en oposición a la fundamentación "procedimentalista" de los principios, calificada de insuficiente para la sustentación de los mandatos normativos. Así por ejemplo, Lenio Luiz Streck, desde la perspectiva de la crítica hermenéutica del Derecho, teniendo como base la filosofía hermenéutica de Gadamer[119], se adhiere a las teorías materiales de la Constitución, "porque trabajan con la perspectiva que la implementación de los derechos fundamentales-sociales (substantivados en el texto democrático de la Constitución)". Señala que con ello se refuerza "la Constitución como norma (fuerza normativa), al poner en evidencia su contenido compromisorio a partir de la concepción de los derechos fundamentales-sociales(…)"[120]. Por su parte, Massini Correas sostiene que la idealidad de un acuerdo intersubjetivo "resulta absolutamente insuficiente para fundamentar o justificar racionalmente la obligación ética y, junto con ella, la política y la jurídica. Esto en razón de que, por una inexcusable exigencia lógica, el carácter –la fuerza deóntica o noética- de las premisas se traslada a las conclusiones. Por lo tanto, de premisas o principios débiles -subjetivos, opinativos o de algún modo relativos- no pueden seguirse sino conclusiones normativas o valorativas débiles, incapaces de obligar, en su sentido más propio, la conciencia de los ciudadanos"[121].

3.1 Concepción de Autoridad y Poder en el Estado Constitucional

3.1.1 Antecedentes al Estado Constitucional

Mientras los conceptos de autoridad y poder se encontraban vinculados a nociones religiosas época metafísica, en términos heideggerianos de interpretación de Nietzsche[122]- la justificación de la

119 Con ello pretende un análisis antimetafísico apartándose de lo que él denomina "paradigma metafísico aristotélico-tomista y de la filosofía de la conciencia" asumiendo la perspectiva que "el lenguaje deja de ser una tercera cosa que se interpone entre un sujeto y un objeto, pasando a ser condición de posibilidad", por consiguiente elabora la tesis que el lenguaje supera el esquema sujeto-objeto y es comandada por la "cosa misma". (Luiz Streck, 2009: p.207).

120 Luiz Streck, 2009: p. 45.

121 Así también Arthur Kaufmann critica el constructivismo procedimentalista de la siguiente forma "es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración, sea dicho esto sin ánimo de reproche, sino a título informativo" (Massini, 2004: p .60, citando a Kaufmann).

122 Hiedegger comentando la visión filosófica de Nietzsche sintetizada en la famosa y dramática frase "Dios ha muerto", contenida en el texto 125 de la Gaya Ciencia escrita en 1882, inter-

autoridad legítima y del poder legítimo se presentaba determinada fuera de la voluntad de los destinatarios del poder en la comunidad política, por lo que su naturaleza era de "súbditos" y no de "ciudadanos".

Tal justificación variaría en la modernidad con el establecimiento de una argumentación secular del poder en la que inicialmente se advertiría el rol de la voluntad de los "súbditos". Es decir, se percibía el consentimiento de los destinatarios del poder, como el aspecto determinante de al menos la génesis de la justificación de la autoridad y del poder. Esta noción se puede apreciar tanto en Hobbes como en Rousseau, el último de los cuales construiría el concepto de "voluntad general", soberanía del Pueblo y sometimiento a la ley como expresión de la "voluntad general".

La concepción de Rousseau era la propia del Estado Legislativo, donde la primacía de la "voluntad general" se podía traducir como primacía de la Ley. Pero percibida como monádica y monopolizadora de la decisión legítima, desdeñaría toda organicidad social no estatal, como representante de intereses privados opuestos a la "voluntad general". La autoridad estatal continuaba así situada de modo externo a cada ciudadano individualmente considerado y, por consiguiente, al mismo Pueblo concreto. Esta visión apreciada de modo absoluto, abstraída de toda organicidad social, permitió la gestación de concepciones autoritarias del poder. Mencionemos aquella que describía como óptima la despolitización total de la sociedad civil y la concentración autoritaria del poder político en una sola persona dotada de poderes dictatoriales como lo sostuvo Schmitt[123].

preta de ello la extinción de todo valor suprasensible en la metafísica occidental, con la consecuente necesidad de construcción de valores en el hombre mismo que en Nietzsche se vincula a la "voluntad de poder". La frase la escribió Nietzsche en el contexto de la parábola del loco que después de gritar busco a Dios en medio de muchos que no creían en Dios exclamó la siguiente revelación: *"Lo hemos matado: ¡vosotros y yo! Todos somos sus asesinos. Pero ¿cómo hemos podido hacerlo? ¿Cómo hemos podido bebernos el mar? ¿Quién nos prestó la esponja para borrar el horizonte? ¿Qué hicimos, cuando desencadenamos la tierra de su sol? ¿Hacia dónde caminará ahora? ¿Hacia dónde iremos nosotros? ¿Lejos de todos los soles? ¿No nos caemos continuamente? ¿Hacia adelante, hacia atrás, hacia los lados, hacia todas partes? ¿Acaso hay todavía un arriba y un abajo? ¿No erramos como a través de una nada infinita? ¿No nos roza el soplo del espacio vacío? ¿No hace más frío? ¿No viene siempre noche y más noche? ¿No tenemos que encender faroles a mediodía? ¿No oímos todavía el ruido de los sepultureros que entierran a Dios? ¿No nos llega todavía ningún olor de la putrefacción divina? ¡También los dioses se descomponen! ¡Dios ha muerto! ¡Dios permanece muerto!, ¡Y nosotros lo hemos matado! ¿Cómo podremos consolarnos, asesinos entre los asesinos? Lo más sagrado y poderoso que poseía hasta ahora el mundo se ha desangrado bajo nuestros cuchillos. ¿Quién nos lavará esa sangre? ¿Con qué agua podremos purificarnos? ¿Qué ritos expiatorios, qué juegos sagrados tendremos que inventar? ¿No es la grandeza de este acto demasiado grande para nosotros? ¿No tendremos que volvernos nosotros mismos dioses para parecer dignos de ellos? Nunca hubo un acto más grande y quien nazca después de nosotros formará parte, por amor de ese acto, de una historia más elevada que todas las historias que hubo nunca hasta ahora. »* Extraído de *La Frase De Nietzsche* «Dios Ha Muerto»(Heidegger, 1996).

123 Léase Cristi, 1991: p. 189-201.

3.1.2 Interdicción de la Arbitrariedad y Concepción Expansiva de Ciudadano

El advenimiento del Estado Constitucional -en la post-segunda guerra, en el contexto de una época post metafísica- al introducir el valor de pluralidad e implicar con ello, si no la superación, al menos la revisión[124] del concepto de soberanía, ha significado una noción de autoridad constitucional, como autoridad sometida a la Constitución, así como no trascendente al pueblo, sino de simple vicario del mismo. De esta manera, el rol de la voluntad del ciudadano del inicial consentimiento genético del poder se ha extendido con el ejercicio de las "libertades comunicativas", concebidas en expansión creciente en la concreción de los principios y reglas en las decisiones administrativas y judiciales. Así, el Estado Constitucional manifiesta el desarrollo de dos principios: la extinción de toda autoridad arbitraria[125], mediante el principio de interdicción de la arbitrariedad, denominado también criterio de *reasonableness*. Y la configuración de "libertades públicas" o "autonomía pública", en una noción expansiva constitucional del ciudadano.

En relación al "Principio de Interdicción de la Arbitrariedad" hay que tener presente que, desde la perspectiva hermenéutica, Gadamer

124 Así por ejemplo Häberle luego de puntualizar que el fundamento del Estado Constitucional es doble radicando tanto en la soberanía del Pueblo, como en la dignidad humana; señala una vocación de corrección de las doctrinas "absolutas" de la soberanía popular, como el postulado de la división de poderes, del Estado de Derecho, la fragmentación pluralista de la voluntad del Pueblo; agregando "sigue siendo una tarea pendiente la de desprender a la soberanía popular de su origen histórico-polémico para verla en vinculación con la dignidad humana." (Häberle, 2003: p.173).

125 Este logro valorativo ocupa un lugar distintivo de los ordenamientos jurídicos occidentales del siglo XX pertenecientes al Estado Constitucional, y puede resumirse en un parafraseo de la frase máxima de Nietzsche de "Dios ha muerto" por la "autoridad arbitraria ha muerto", expresión que alude al principio de prohibición de la arbitrariedad, propia de todo Estado Constitucional. En la misma orientación pero en el ámbito interpretativo del derecho Trazegnies describe "La Muerte del Legislador", resaltando la actitud creativa de los operadores del derecho frente al texto de la ley donde siendo inexistente, resulta inútil indagar sobre su intención. De otro lado una alegoría de la génesis del Estado Constitucional se presenta en el film de Bernardo Bertolucci *Mil Novecientos* producida en 1976 donde reiteradamente, en diversos escenas, se repite la expresión central *"El patrón ha muerto"* ; la última de las cuales, contexto de la génesis del Estado Constitucional, la circunstancia es la siguiente: Luego de la caída del fascismo en Italia los campesinos partisanos toman la justicia por su propia mano y matan a los fascistas, el patrón (Alfredo Berlinguieri) sin embargo es sólo sometido a un juicio popular donde Olmo, líder natural de los campesinos promueve y declara la siguiente sentencia "El patrón ha muerto", sin embargo, Alfredo Berlinguieri, es dejado con vida "es la prueba viva que el patrón ha muerto" dice un campesino, sucediendo que al entregar las armas los campesinos al ejército de liberación nacional (alianza representativa de todos los partidos políticos: liberal, demócrata cristiano, socialista y comunista), Alfredo Berlinguieri en voz baja y sarcástica se acerca a Olmo diciéndole "El patrón vive", lo siguiente es una constante lucha física de jalonazos entre Olmo y Alfredo, las frases "El patrón ha muerto" y "El patrón vive" gráfica y metafóricamente se repiten cómica y numerosamente hasta el momento de la ancianidad y muerte de ambos.

señala que aun cuando es equivocado el prejuicio consolidado de la ilustración contra la autoridad, apreciada como usurpadora del propio juicio, "la autoridad de las personas no tiene su fundamento último en un acto de sumisión y de abdicación de la razón, sino en un acto de reconocimiento y conocimiento: se reconoce que el otro está por encima de uno en juicio y perspectiva y que en consecuencia su juicio es preferente o tiene primacía respecto al propio"**126**, y concluye en que "el reconocimiento de la autoridad está siempre relacionado con la idea de que lo que dice la autoridad no es irracional ni arbitrario, sino que en principio puede ser reconocido como cierto"**127**. Mientras que como principio del Estado Constitucional, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad es entendido como el sometimiento de las decisiones de toda autoridad administrativa y judicial a la Constitución y la razón**128**.

Lo anterior se entiende no como simple articulación lógica, sino en el sentido de "razón pública", vinculada a un pluralismo de valores (no solo el valor de igualdad[129]) y dentro del marco del acuerdo público, donde se rechaza toda injusticia ostensible. De este modo, la autoridad que actúa arbitrariamente contraria a la que opera razonablemente. Esto significa que el Estado Constitucional, al extender los conceptos de libertad e igualdad a todo el género humano, sin distinción de razas, género, clases sociales, etc., en términos habermasianos, reconoceel ejercicio de libertades comunicativas a todo ser humano con capacidad de habla. Convierte entonces en exigencia a toda actuación de autoridad, incluida su propia designación, la presencia de un discurso justificativo, no solo secularizado, sino fundamentado en razonamientos tendientes a ser aceptados como manifestaciones del acuerdo público. Transforma de esta manera cada decisión de la autoridad en punto de llegada permanente del ejercicio de las libertades comunicativas y, por consiguiente, en realización de la Constitución. De esta manera, los detentadores del poder político**130** justifican su actuación, discursivamente, con decisiones imparciales**131**, vinculadas a los valores de bien común, justicia o predictibilidad, las cuales son además ciertamente susceptibles de revisión por otra autoridad, como resultado del derecho a la impugnación y a la "pluralidad de instancias".

126 Gadamer, 2007:p.347.

127 Gadamer, Ob. Cit.:p.348.

128 Al respecto véanse las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Números 00728-2008-PHC/TC Lima y Número 0090-2004-AA/TC Lima.

129 Véase García de Enterría, replicando la crítica de Rubio de Llorente al principio de interdicción de la arbitrariedad (García de Enterría, 1991).

130 En el sentido de poder de la "polis", de la comunidad política, donde el individuo como ciudadano establece relaciones con otros.

131 Deliberadamente hemos evitado el término neutral por cuanto "La idea del discurso no es una idea neutral. Ella encierra la universalidad y la autonomía de la argumentación, lo mismo que una concepción de la imparcialidad apoyada en éstas" (Alexy, 2004:p.70).

De esto se desprende que las decisiones de la autoridad administrativa en última instancia son revisables por un órgano imparcial especialmente creado con el objeto de administrar justicia[132], mientras que las decisiones judiciales también son susceptibles de ser revisadas en sede constitucional. Entonces se concluye que toda decisión de poder en el Estado Constitucional ha de ser una decisión fundamentada en un discurso racional, razón por la cual no es gratuito que el modelo más representativo actual de interpretación judicial sea el modelo discursivo racional de Robert Alexy.

En relación a la configuración de libertades públicas en una noción expansiva constitucional de ciudadano, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1) Es consenso dentro del Estado Constitucional la percepción de los derechos fundamentales como derechos en expansión.

2) La denominada "tríada de los ámbitos republicanos", integrada por los ámbitos privado, público[133] y estatal, encuentra, dentro del foro del Estado Constitucional, el espacio para satisfacer la pretensión de vincularlos, al mismo tiempo que permite su actuación en lo que le es propio[134]. Particularmente, lo público alude a un espacio intermedio entre lo privado y lo estatal, donde actúan diversas fuerzas sociales (partidos políticos, prensa, sindicatos, iglesias, gremios, etc.).

3) En este contexto, concebidos los derechos fundamentales como derechos en expansión, resulta ciertamente enriquecedor para la dogmática constitucional la idea de dignidad desarrollada por Arendt, que incluye dentro de ella la necesidad de reconocer la participación de todo ser humano en los temas de la polis[135], es decir las libertades públicas. Arendt reconoce que a nivel histórico las experiencias son escasas. Refiere así que la génesis de una praxis y de una noción libertaria del ciudadano en la actividad pública se encontraría en la experiencia de la revolución americana, que en buena medida retomó el antecedente de la democracia ateniense y de la misma Roma republicana. Mientras que Europa continental establecería una democracia propia del Estado

132 Nos referimos a la jurisdicción contenciosa administrativa convertido en una herramienta poderosa del estado democrático.

133 Hay que señalar que "El ciudadano también toma parte de lo público, tanto en lo espacial como en lo valorativo, cuando ejerce el lado público de sus derechos fundamentales, por ejemplo, a través de la libertad de manifestación como 'libertad de expresión del hombre común' o cuando ejerce su libertad religiosa al tomar parte en una procesión"(Häberle, 2003: p.19).

134 Häberle, 2003: p.16.

135 Léase nuestro desarrollo de la dignidad en el acápite 2.2 denominado "La dignidad como bien jurídico central de todo el ordenamiento jurídico" particularmente la cita a Arendt, 1993:p.221-222.

Legislativo, concepción que pretende la fundamentación filosófica e histórica del concepto republicano –no liberal- de la política como democracia que es "práctica de la autodeterminación de ciudadanos orientados al bien común(…)"[136] porque "Solo en esta práctica ciudadana puede realizar el hombre el *telos* de su especie"[137].

4) Desde la perspectiva neo kantiana de la ética discursiva de los derechos humanos en el Estado Constitucional, Alexy encuentra la fundamentación de los derechos humanos (núcleo justificativo del poder político constitucional) en los principios de universalidad (vinculado al derecho de igualdad) y autonomía (vinculado al derecho de libertad). Comprende dentro de este último la "autonomía pública", entendida como "elección en común con otros, y la realización de una concepción política de lo justo y lo bueno"[138]. Desde su perspectiva discursiva, pretende la fundamentación de la autonomía a partir de las reglas del discurso. Aceptando el hecho que no puede ser desprendido directamente de las "reglas del habla", las cuales solo alcanzan a que a los otros han de darse el trato de interlocutores con los mismos derechos, en materia del discurso jurídico, se adhiere a la norma consistente en que, quien toma seriamente parte en discursos presupone la aceptación de su interlocutor como otro autónomo[139]. Con esta concepción ha llegado a sostener que: "Quien a lo largo de toda su vida no ha hecho una aserción(….) ni ninguna fundamentación,(…) no ha tomado parte en la forma de vida humana más elemental"[140], con lo cual es inferible una concepción expansiva del derecho de autonomía pública en el Estado Constitucional.

3.1.3 Noción Arendtiana y Comunicativa de Autoridad y Poder

En la necesidad de revisar las nociones más fundamentales de la filosofía política como consecuencia de Auschwitz, se ha sustentado[141] una redefinición sustancial del significado de *autoridad* y *poder*. Arendt no solo distingue *poder* de *violencia*, sino que lo conceptúa como su opuesto[142]. De este modo, mientras concibe al segundo

136 Habermas, 2005:p.341.

137 Habermas, 2005:p.341, citando a J. Ritter.

138 Alexy, 2004:p.62.

139 Esta norma es denominada por el mismo Alexy "norma fundamental del discurso de Nino" o "principio de autonomía" (Alexy, 2004:p.101).

140 Alexy, 2004:p.83.

141 En gran medida el concepto Weberiano de poder como "oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra los que se resisten a ella" es aún la empleada, de esta manera por ejemplo Maritain al distinguir entre poder y autoridad señaló "*Poder* es la fuerza por medio de la cual se puede obligar a obedecer a otros. *Autoridad* es el *derecho* a dirigir y mandar, a ser escuchado y obedecido por los demás. La autoridad pide poder. El poder sin autoridad es tiranía" (Maritain, 1952:p.148).

142 "El poder y la violencia son opuestos; donde uno domina absolutamente falta el otro. La violencia aparece donde el poder está en peligro pero, confiada a su propio impulso acaba por hacer desaparecer al poder. Esto implica que no es correcto pensar que lo opuesto de la

como instrumental, define al primero señalando que siendo atribuida a la persona como a entidades "su característica es el indiscutible reconocimiento por aquellos a quienes se les pide obedecer; no precisa de la coacción ni de la persuasión (Un padre puede perder su autoridad, bien por golpear a un hijo o bien por ponerse a discutir con él. Es decir, bien por comportarse con él como un tirano o bien por tratarle como un igual.

Permanecer investido de la autoridad exige respeto para la persona o para la entidad. El mayor enemigo de la autoridad es por ende el desprecio, y el más seguro medio de minarla es la risa."[143] De esta manera, la relación de poder no es una relación de mandato-obediencia, sino de cooperación y consentimiento[144]. Arendt identifica el concepto de *poder* con "Poder Comunicativo" en cuanto «[el] Poder corresponde a la capacidad humana, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente. El poder nunca es propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras el grupo se mantenga unido. Cuando decimos de alguien que está 'en el poder' nos referimos realmente a que tiene un poder de cierto número de personas para actuar en su nombre. En el momento en que el grupo, del que el poder se ha originado (*potestas in populo*, sin un pueblo o un grupo no hay poder) desaparece, 'su poder' también desaparece. En su acepción corriente, cuando hablamos de un 'hombre poderoso' o de una 'poderosa personalidad', empleamos la palabra 'poder' metafóricamente; a lo que nos referimos sin metáfora es a 'potencia'».[145]

Habermas desarrolla las ideas de poder de Arendt como "potencial de una *voluntad común* formada en una comunicación exenta de coerción(…)" [que] "(…) solo puede formarse en los espacios públicos no deformados(…)"[146]. Resalta su carácter de fuerza autorizadora que se manifiesta en la creación del derecho legítimo y el surgimiento del poder político. De esta manera se coloca al *poder* del lado del Derecho,

violencia es la no violencia; hablar de un poder no violento constituye en realidad en una redundancia". (Arendt, 1999:p.157-158).

143 Arendt, 1999:p.147-148.

144 Arendt, sostiene esta posición no como enteramente nueva sino como continuadora del pensamiento ateniense de las Ciudades Estados y de la república romana así como de los "padres fundadores" de los Estados Unidos de América: "Cuando la Ciudad-Estado ateniense llamó a su constitución una isonomía o cuando los romanos hablaban de la *civitas* como de su forma de gobierno, pensaban en un concepto de poder y de la ley cuya esencia no se basaba en la relación mandato-obediencia. Hacia estos conceptos se volvieron los hombres de las revoluciones del siglo XVIII cuando escudriñaron los archivos de la antigüedad y constituyeron una forma de gobierno, una república, en la que el dominio de la ley, basándose en el poder del pueblo, podría fin al dominio del hombre sobre el hombre, al que consideraron un *'gobierno adecuado para esclavos'*. También ellos desgraciadamente, continuaron hablando de obediencia: obediencia a las leyes en vez de a los hombres; pero lo que querían significar realmente era el apoyo a las leyes a las que la ciudadanía había otorgado su consentimiento." (Arendt, 1999:p.143).

145 Arendt, 1999:p.146.

146 Habermas, 2005:p.215.

superando la tradición del derecho natural racional, el cual en el tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad caracterizó el pacto social por la renuncia de las partes contratantes a las libertades que se basan en la fuerza física de cada uno, correspondiente delegación de las ilimitadas libertades en un poder estatal que recoge los anárquicos potenciales y los utiliza para una disciplinadora imposición de libertades subjetivas restringidas mediante ley. Y poniendo en relieve lo limitado de la argumentación de Arendt de no explicar suficientemente sobre el empleo administrativo del poder ya constituido (ejercicio de poder), ni sobre la lucha por posiciones que faculten para hacer uso del poder administrativo, ha propuesto al derecho como el medio por el cual el poder comunicativo se transforma en administrativo[147]. Tiene el sentido de una autorización, conceder poder en la jerarquía de cargos establecidas por las leyes.

Téngase presente que el concepto expansivo de ciudadano, propio del "republicanismo" ha sido tomada en cuenta por Habermas para tipologizar tres modelos de democracias: liberal, republicana y deliberativa. La concepción de democracia liberal, entiende que el status de ciudadano viene definido "por los derechos negativos que tienen frente al Estado y frente a los demás sujetos.(…) Los derechos políticos no solamente tienen la misma estructura, sino que también tienen el mismo sentido de los derechos subjetivos privados(…)[de tal modo que con el derecho al voto, la composición de los organismos parlamentarios y la formación del gobierno se pretende garantizar que](…)en su papel de ciudadanos, los sujetos puedan controlar si el poder del Estado se ejerce en interés de los ciudadanos como personas privadas"[148] en una economía de mercado. En la concepción republicana de la democracia, "los derechos de participación política y de comunicación son libertades positivas. Garantizan, no la libertad respecto de coerciones externas, sino la posibilidad de participar en una praxis común, cuyo ejercicio es lo que permite a los ciudadanos convertirse en aquellos que quieren ser, en autores políticamente autónomos de una comunidad de libres e iguales"[149].

Pero Habermas opta por la concepción deliberativa de la democracia, la cual reconociendo como ventaja del republicanismo su visión demócrata radical, precisa para su concreción real, el establecimiento de procedimientos orientados a la configuración de "condiciones de comunicación" de un "procedimiento ideal para la deliberación". Esta perspectiva habermasiana del Estado Constitucional pretende satisfacer la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código

147 Habermas, Ob. Cit.:p.217.
148 Habermas, Ob. Cit.:p.343.
149 Habermas, Ob. Cit.:p.344.

"poder", al poder comunicativo creador del derecho y mantenerlo libre de las interferencias del poder social. Es decir, preservarlo de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados. El poder administrativo no se reproduce, se regenera a través de la metamorfosis del poder comunicativo.

3.2 Los Principios en el Estado Constitucional

3.2.1 El Derecho como Conjunto de Reglas en el Estado Legislativo

Por regla se entiende a la norma estructurada por un supuesto de hecho (prótasis) y una consecuencia jurídica (apódosis). Ambos son de carácter cerrado. Zagrebelsky las caracteriza por su agotabilidad en sí mismas, en tanto no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan[150]. De esta manera, la ciencia del Derecho los trata aplicándoles los métodos de interpretación jurídica. Estas tienen por objeto el lenguaje del legislador. Se concluye en una labor subsuntiva del supuesto de hecho concreto al supuesto de hecho abstracto previsto en la regla normativa. De esta manera, se configura un modelo de motivación de la decisión judicial de carácter "deductivo" con presencia de la lógica de la premisa mayor a la premisa menor y conclusión.

Se debe tener presente que la regla fue el elemento básico del Derecho del Estado Legislativo. Este era susceptible de definirse como conjunto de reglas. Es propia de esta concepción la famosa expresión de Bugnet: "no conozco el derecho civil, solo enseño el Código de Napoleón".

3.2.2 La Herencia Cultural Cristiana.

El peso de la herencia cultural cristiana en occidente es un hecho innegable. Atendiendo a ello, en materia de la reciente gran mutación de paradigma en los ordenamientos jurídicos occidentales, hay que tener presente que,aun cuando la actitud antifetichista frente al carácter reglamentario de la ley está perfilada desde épocas muy remotas, probablemente desde el momento en que apareció el fetichismo, simultáneo a la norma escrita, quizás nunca antes había sido tan inequívoca y claramente planteada como en las enseñanzas de Jesús de Nazareth en relación a la Ley Mosaica. Jesús resumió los mandamientos mosaicos a solo dos[151]. Relativizó el precepto del sábado con la frase:

---

150 Zagrebelsky, 1997: p.110.

151 En una oportunidad le preguntaron a Jesús "*36. «Maestro, ¿cuál es el mandamiento más importante de la Ley? 37. Jesús le dijo: «Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, con toda*

"El sábado ha sido hecho para el hombre y no el hombre para el sábado"[152]. Algo similar se aprecia en la inicial expansión de las iglesias cristianas primitivas, cuando en el contexto de conversión cristiana de gentiles no circuncidados, ni seguidores de la Ley israelita, tuvieron ellas que resolver, en el primer concilio de Jerusalén, en medio de la inicial controversia de Pedro y Pablo[153], el hecho de si las leyes hebreas debían aplicarse o no a los cristianos conversos no judíos. Finalmente se optó por un predominio del principio del amor y la fe cristiana sobre los ritos y reglas judías, como de modo enfático lo sostuvo San Pablo en sus diversas epístolas[154].

De esta manera, la circunstancia contemporánea, ubicada dentro del proceso de establecimiento y desarrollo del Estado Constitucional, de positivización de principios al ordenamiento jurídico -en desmedro de la exclusividad de las reglas propias del Estado Legislativo- puede ser apreciada como el desarrollo de cierta herencia cultural cristiana

tu alma y con toda tu mente. 38. Este es el gran mandamiento, el primero. 39. Pero hay otro muy parecido: Amarás a tu prójimo como a ti mismo. 40. Toda la Ley y los Profetas se fundamentan en estos dos mandamientos.» (Mateo 22:36-40, Biblia Latinoamericana). Por lo tanto **el cumplimiento de la ley es el amor**. Más tarde el mismo Pablo se haría eco de esta idea cuando escribe en Romanos: *"8.No tengan deuda alguna con nadie, fuera del amor mutuo que se deben, pues el que ama a su prójimo ya ha cumplido con la Ley. 9.Pues los mandamientos: no cometas adulterio, no mates, no robes, no tengas envidia. y todos los demás, se resumen en estas palabras: Amarás a tu prójimo como a ti mismo. 10.El amor no hace nada malo al prójimo; el amor, pues, es la manera de cumplir la Ley."* (Romanos 13:8-10, Biblia Latinoamericana).

152 Véase Mr. 2, 23-28 (Biblia Latinoamericana). ***"****23. Un sábado Jesús pasaba por unos sembrados con sus discípulos. Mientras caminaban, los discípulos empezaron a desgranar espigas en sus manos.24. Los fariseos dijeron a Jesús: 'Mira lo que están haciendo; esto está prohibido en día sábado.'25. Él les dijo: '¿Nunca han leído ustedes lo que hizo David cuando sintió necesidad y hambre, y también su gente? 26. Entró en la Casa de Dios, siendo sumo sacerdote Abiatar, y comió los panes de la ofrenda, que sólo pueden comer los sacerdotes; y les dio también a los que estaban con él.'; 27. Y Jesús concluyó: 'El sábado ha sido hecho para el hombre, y no el hombre para el sábado. 28. Sepan, pues, que el Hijo del Hombre, también es dueño del sábado'*».

153 En el segundo capítulo de su carta a los Gálatas Pablo confronta a Pedro que había estado forzando a los gentiles a observar la ley judía (Gálatas 2:14) llegando al punto de decir: *"15.Nosotros somos judíos de nacimiento; no pertenecemos a esos pueblos pecadores. 16.Sin embargo hemos reconocido que las personas no son justas como Dios las quiere por haber observado la Ley, sino por la fe en Cristo Jesús. Por eso hemos creído en Cristo Jesús, para ser hechos justos a partir de la fe en Cristo Jesús, y no por las prácticas de la Ley. Porque el cumplimiento de la Ley no hará nunca de ningún mortal una persona justa según Dios.» (Gálatas 2:15-16, Biblia latinoamericana)*.

154 Como cuando señaló: *"Con la Ley nadie llega a ser justo a los ojos de Dios; la cosa es cierta, pues el justo vivirá por la fe" (Gálatas 3:11, Biblia Latinoamericana)*. O más adelante: *"**4.** Lo mismo pasa con ustedes, hermanos, pues han muerto a la Ley en la persona de Cristo, y han pasado a pertenecer a otro, al que resucitó de entre los muertos, a fin de que diéramos fruto para Dios. **5.** Cuando no éramos más que «carne», la Ley estimulaba las pasiones propias del pecado, que actuaban en nuestro cuerpo produciendo frutos de muerte. **6.** Pero ahora hemos muerto a lo que nos tenía aprisionados, y la Ley ya no vale para nosotros. Ya no estamos sirviendo a una ley escrita, cosa propia del pasado, sino al Espíritu: esto es lo nuevo."* (Romanos 7:4-6, Biblia Latinoamericana).Léase también *Gálatas 3:23-26; 2Corintios 3:6; Colosenses 2:13-15; Romanos 19:1-4 y Hebreos 8:8-13 (*Biblia latinoamericana*)*.

en Occidente[155]. Esa misma corriente cultural cristiana que, a decir de Vattimo[156], ha anticipado la reflexión post metafísica actual, ya que el "amor" como sentido último de la revelación carece de verdadera ultimidad.

3.2.3 La génesis en el establecimiento de Principios en el Estado Constitucional.

El carácter normativo de los principios en el ordenamiento jurídico aparece en el desarrollo del Estado de Derecho a inicios del siglo XX con la formulación de preceptos dogmáticos incorporados en las Cartas Constitucionales, aunado al hecho de la creación del primer órgano contralor de la Constitución -el Tribunal Constitucional Europeo- en Austria, en el año de 1919.

Zagrebelsky trae a colación las dificultades intelectivas que en la comunidad jurídica se generó, a propósito de la comprensión de la instauración de las normas-principio en el ordenamiento constitucional, al advertirse en ellas la carencia de supuesto de hecho, y, por consiguiente, la incapacidad de la operación lógico jurídico de subsunción para fundamentar la decisión jurisdiccional. Decisión que, según la tradición del Estado Legislativo y el positivismo jurídico, era la única forma a la que podría referirse el término aplicación propia de los organismos judiciales no políticos.[157] De este modo, incluso Kelsen, que en buena medida ideó y formó parte del primer Tribunal Constitucionalen la historia -pese a haber subrayado que la concepción Schmittiana de la jurisdicción era totalmente errada al ser limitada a la mera aplicación no controvertida de la regla al supuesto de hecho-[158] tuvo una visión gradualista de las fuentes, como progresiva reducción de la discrecionalidad del intérprete a medida que se desciende de las fuentes más generales a las más específicas. Y concluye en una diferencia meramente "cuantitativa" entre principios (constitucionales) y reglas (legislativas). De este modo, su construcción conceptual no concebía a los principios constitucionales en sus elementos más característicos del constitucionalismo actual, por lo que, no es casual que Kelsen expresara

155 Véase Roberto Mac Lean: 2004:p.45 y ss.

156 Véase Vattimo, 1996: p. 14.

157 "Se sostenía, de un lado, que el control de constitucionalidad de la actividad estatal no podía consistir propiamente en una 'aplicación' –en el sentido judicial de la palabra- de las normas constitucionales a los contenidos de dicha actividad. Por ello, a menos que se incurriera en un evidente 'abuso de las formas' (…) Debería concebirse, por el contrario, en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente." (Zagrebelsky, 1997: p.111-112).

158 Zagrebelsky agrega que para Kelsen tal percepción de la jurisdicción "parecía creada adrede (…) para facilitar su función polémica específica: la destrucción de las premisas de un posible control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes". (Zagrebelsky, 1997: p.127).

la conveniencia de reducir al mínimo los principios constitucionales a fin de evitar el exceso de discrecionalidad del juez constitucional[159].

3.2.4 Principios en el Estado Constitucional.

Es consenso el establecimiento de un cambio estructural del Derecho, una revolución copernicana, un cambio de paradigma en los ordenamientos jurídicos Occidentales. Este fenómenoha transcurrido en los últimos sesenta años, cada vez con mayor intensidad. Su elemento más significativo lo constituye la referencia central a los principios[160], concebidos como normas positivizadas sin supuesto de hecho, al interior del Estado Constitucional. Aquí los derechos humanos alcanzan la forma de derechos fundamentales de la Constitución, de tal modo que tienen fuerza constitutiva del ordenamiento jurídico. Esto produce una alteración en los modelos de interpretación judicial donde, apartándose del modelo deductivo que comprende la subsunción para la fundamentación de la decisión judicial propio del Estado Legislativo[161], se han hecho presentes diversos modelos de interpretación judicial, donde sobresalen las teorías discursivas de la argumentación jurídica y la hermenéutica jurídica.

En palabras de Zagrebelsky[162], las normas-principios más que "interpretadas", a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. Más que obedecidas han de prestárseles adhesión "y por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión"[163].

159 Zagrebelsky comenta: "como si se tratase simplemente de un problema de técnica de redacción de los textos constitucionales y no, en cambio, de profundas transformaciones determinadas por exigencias fundamentales objetivas." (Zagrebelsky, 1997: p.127, Nota 8).

160 En palabras de Zagrebelsky se trata del paso de un "derecho por reglas" del Estado de derecho decimonónico a un "derecho por principios" del Estado constitucional contemporáneo. (Zagrebelsky, 1997: Capítulo 6. p.109-126).

161 En la introducción de la "Teoría de la argumentación jurídica", Alexy inicia su discurso sobre el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas con la siguiente cita a Kart Larenz "Ya nadie puede… afirmar en serio que la aplicación de normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente" (Alexy, 2007:p.27).

162 Ferrajo le describe como uno de los tres cambios medulares en el desarrollo del Estado Constitucional, el hecho que en la validez de la norma derive de su significación constitucional, aspecto alude a los principios contenidos en el texto constitucional (Véase Gonzáles Mantilla, 2009, p.70).

163 Zagrebelsky, 1997: p.110.

3.2.5 Principios en el Estado Constitucional según el Modelo del discurso racional de Robert Alexy

Para el modelo discursivo racional de Robert Alexy, a diferencia de las reglas que son "mandatos definitivos", los principios son "mandatos de optimización" que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas "se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario"[164]. Mediante su empleo, se dificulta o imposibilita la labor de subsunción y se determina como estilo argumentativo la labor de "ponderación", que es la otra operación fundamental de aplicación del derecho. Se advierte el problema de su estructura, racionalidad y legitimidad. Por esto se hace necesario, en el núcleo de su estructura, concretar el principio de proporcionalidad con sus tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, bajo la fórmula: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"[165]. Tengamos presente que el procedimiento del discurso es un procedimiento de argumentación. Y el fundamento de los principios jurídicos se encuentra en los derechos humanos, cuyo núcleo son los principios de universalidad y autonomía, los cuales encuentran su fundamentación última en la ética discursiva. De este modo, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

3.2.6 Comprensión Hermenéutica de los Principios en el Estado Constitucional

La hermenéutica jurídica contemporánea desarrolla en el ámbito del Derecho una línea filosófica post-metafísica, cuya génesis y desarrollo se encuentra en el pensamiento de Nietzsche, Heidegger y Gadamer.

Kaufmann resalta el hecho de que la ciencia jurídica no puede limitarse a la lógica deductiva y la correspondiente subsunción, sino que -como todo comprender- a efectos de acercarse a la esencia, debe apoyarse en la "tradición", en cuya aplicación se introduce la "abducción" (conclusión insegura provisional que canaliza la reflexión), la analogía y la inducción. De esta forma, la consideración a los "principios" se introduce dentro del proceso hermenéutico de realización del derecho. Esto se desarrolla en un escenario amplio de identidad de la relación de sentido entre la interpretación y la argumentación, donde los principios se ubican dentro del ámbito de la idea de derecho configurante del sentido del texto.

164 Alexy, 2007:p.459.
165 Alexy, 2007:p.460, citando su obra *Theorie der Grundrechte.*

Por su parte, Luiz Streck, partiendo de un reconocimiento de la relevancia de los "principios" en la "revolución copernicana" del Estado Constitucional, afirma que en el constitucionalismo contemporáneo "los principios, en cuanto a mundo práctico, ingresan en el derecho buscando sobrepasar las insuficiencias del positivismo, representado por el déficit de democracia y derechos fundamentales(…)"[166]. Y, particularizando la concepción hermenéutica, frente a las teorías de la argumentación jurídica, resalta la perspectiva según la cual los principios o, dicho de otra manera, la materialidad principiológica constitucional, constituyen un existencial que revelan el ser del hombre en el mundo. Ello se caracteriza por su profunda raíz ontológica abocada hacia el hombre, por lo que no puede reducírseles a un simple postulado o mandato de optimización. Esta es una posición conceptualista no liberada aún del paradigma metafísico de los "universales"[167]que transformando los principios en "reglas" o "proto-reglas" sacrifica la singularidad del caso concreto y con ello el carácter del derecho como saber práctico. Los principios así entendidos hacen posible sustentar la respuesta adecuada para el caso concreto cerrando el ámbito discrecional del intérprete[168]. Por consiguiente, "la respuesta dada a través de los principios es un problema hermenéutico (comprensión) y no analítico-procedimental (fundamentación)"[169].

166 Luiz Streck, 2009:p.342.

167 "Definitivamente, una hermenéutica jurídica que se pretenda crítica, hoy, no puede prescindir de los dos teoremas fundamentales formulados por Heidegger: el círculo hermenéutico, de donde es posible extraer la conclusión de que el método (o el procedimiento que pretenda controlar el proceso interpretativo) siempre llega tarde, porque el *Dasein* ya se pronunció hace mucho, y la diferencia ontológica, por la cual el ser es siempre el ser de un ente, rompiéndose la posibilidad de subsunciones y deducciones, toda vez que, para Heidegger, el sentido es un existencial de lo *Dasein*, y no una propiedad 'pegada' sobre el ente, colocado detrás de este o de que plantea no se sabe dónde, en una especie de 'reino intermedio'. A menos que se entienda que los sentidos y los entes (que así estarían a la espera del 'acoplamiento significativo') existan independientemente uno del otro; a menos que sea posible argumentar a partir de 'categorías metafísicas' (significantes primordiales-profundos, especie de 'universales') o que se acredite en la existencia de proposiciones que puedan representar el mundo. *Finalmente, la diferencia ontológica heideggeriana funciona como contrapunto a los dualismos metafísicos que pueblan el imaginario de los juristas, como esencia y apariencia, teoría y práctica, cuestión de hecho y cuestión de derecho, texto y norma, por citar sólo algunas que asumen una relevancia inconmensurable en la aplicación del derecho*" (Luiz Streck, 2009:p.274).

168 Llega a decir: "los principios introducen el mundo práctico en el derecho, 'cerrando' la interpretación, es decir, disminuyendo, en vez de aumentar, el espacio de la discrecionalidad del intérprete. Claro que, para ello, la hermenéutica salta al frente para decir que, primero, no son escindibles los actos de interpretación y aplicación (con lo que se supera el método) y segundo, no hay diferencia estructural *entre hard cases y easy cases*."(Luiz Streck, 2009:p.222).

169 Véase Luiz Streck, 2009:p.215.

3.2.7 Transformación de la Función Jurisdiccional en el Estado Constitucional

La superación del llamado modelo deductivo, subsuntivo -propio del "derecho por reglas" del Estado Legislativo- por otro modelo principista constitucional ponderativo o abductivo, de significaciones de ser del hombre en el mundo, ha tenido como consecuencia una transformación de la función jurisdiccional. Lo revalora como órgano capaz de controlar la validez, el alcance y contenido de los preceptos de los poderes Legislativo y Ejecutivo en su concreción, por su contrastación con el texto constitucional. De esta manera se le concede al Magistrado una función más que "aplicativa" de las normas constitucionales[170], por cuanto la naturaleza de estas de "principios" gozan de vaguedad e indeterminación, configurándose en su actividad una labor de realización y re-creación del texto constitucional.

Ferrajoli describe la transformación del rol de la jurisdicción, configurado como consecuencia de la incorporación de los principios y derechos fundamentales en el texto constitucional, como el segundo cambio medular del Estado Constitucional. Esto trae consigo la vinculación del Magistrado no con el texto legal, sino con la Constitución, al admitirse la hipótesis de la eventual invalidez de una norma legal por su carácter inconstitucional[171].

170 En la década del treinta cierto sector polemizaba afirmando "que el control de la constitucionalidad de la actividad estatal no podía consistir propiamente en una 'aplicación' –en el sentido judicial de la palabra- de las normas constitucionales a los contenidos de dicha actividad. Por ello, a menos que se incurriera en un evidente 'abuso de las formas', la garantía de constitucionalidad de la actuación del Estado no podía configurarse como actividad jurídica y, más específicamente judicial"(Véase Zagrebelsky, 1997: p.111-112), la consecuencia era que ello debería concebirse en términos políticos debiendo "atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente" no sólo por la discrecionalidad advertida sino por "su pretensión de generar adhesión y participación en la concepción 'política' de la que son expresión"(Véase Zagrebelsky, 1997: p.112). Zagrebelsky resalta el carácter de fundada de esta objeción como observación pero errada en sus consecuencias "La cuestión no era –y no es- eliminar los principios del horizonte jurídico y judicial por no tener cabida en una determinada concepción del derecho, por lo demás proveniente de una época conclusa» (Véase Zagrebelsky, 1997: p.112). El Constitucionalismo de la segunda pos guerra al introducir principios en las Constituciones europeas fue con la crítica de quienes defendían la noción de derecho del Estado Legislativo conforme a la cual la vaguedad de los principios incorporados en la Constitución "esconderían un vacío jurídico y producirían una 'contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad'. Dichas normas tendríanuna importancia exclusivamente política y virtual. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente" (Zagrebelsky, 1997: p.112-113).

171 Gonzáles Mantilla, 2009:p.70.

En palabras de Esser: "el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios"[172]. Por consiguiente, la función jurisdiccional, en un cambio estructural del derecho, es replanteada. Se configura una relación no jerárquica entre la legislación y la jurisprudencia. El legislador no es el depositario exclusivo de todo poder, "como postulara el Estado de derecho legislativo de otro tiempo"[173], sino el depositario de un poder que define solo el texto de la ley sin alcanzar a determinar el derecho, el cual solamente se concreta en las decisiones judiciales, ámbito de producción jurídica donde las reglas determinadas por el legislador son necesariamente "concordadas" con los principios contenidos en la Constitución, labor que pasa a ser competencia de la jurisdicción. Esta situación ha significado, en palabras de LuizStreck, un "efectivo crecimiento en el grado de desplazamiento del centro de tensión entre los poderes del Estado en dirección a la jurisdicción (constitucional)"[174] disolviéndose en cierta medida la diferencia cualitativa entre producción normativa y administración de justicia al grado de sostenerse que tal diferencia"tiende a quedar neutralizada. Lo que ambas partes hacen es crear derecho en forma de concretización de él, y compiten en tal tarea. En esta relación de competencia, el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía."[175].

Desde esta perspectiva se advierte una indefinición o una crisis e incertidumbre en relación a la clara limitación de funciones del Estado Legislativo entre la administración de justicia, organizado en los países de Europa continental por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, llegando a extrañarse una comprensión liberal de los derechos fundamentales, caracterizada por el rechazo al reconocimiento de normas principios objetivos obligatorios para todos los ámbitos del derecho, que sin embargo permitiría mantener una separación funcional clara entre legislativo y administración de justicia[176].

La consecuencia de todo ello, en relación a la afectación, a modo de corolario de la concreción del valor "predictibilidad" y "seguridad jurídica" en el ciudadano, producida por el incremento del "poder

---

172 García Figueroa, 1998: p.122; citando a Esser, J.

173 Zagrebelsky, 1997: p.114.

174 Luiz Streck, 2009:p.17.

175 Habermas, 2005:p.322.

176 La idea resumida es de Böckenförde, la que citada por Habermas, 2005:p.322-323, es criticada bajo el argumento que ella solo tiene sentido si se da "un primado normativo al modelo liberal de la separación entre Estado y sociedad" agregando que "A la luz de una comprensión de los derechos articulada en términos de teoría del discurso queda de manifiesto el carácter derivado que tienen los derechos de defensa referidos al Estado» (Habermas, 2005:p.323).

hermenéutico de los jueces", Esta situación que para Zagrebelsky si bien puede reconocerse al tenerse presente la naturaleza del derecho actual de "principios" como su característica esencial de la situación histórica de transformación, tal afectación resulta insustraíble[177]. Este reconocimiento ha servido para fundamentar la necesidad de establecer medidas destinadas a colocar límites al poder hermenéutico de los jueces[178] y para que en nuestro país, en los últimos años -como desarrollaremos oportunamente- ha llevado al Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) a proponer la destitución de Magistrados, sosteniendo la relación entre independencia y responsabilidad disciplinaria.

3.2.8 Aproximaciones a los Conceptos de independencia judicial e imparcialidad en el Estado Constitucional.

El empleo del término *independencia judicial* así como el de *imparcialidad* en la función jurisdiccional tienen diversas acepciones e involucran principios, derechos, garantías[179] y mecanismos institucionales orientados a su concreción. Por tal motivo es preciso distinguir estas diferentes acepciones a efectos de comprender el alcance del significado que cada término tiene en la literatura especializada. Esto nos permitirá posteriormente abordar el tema específico, objeto de nuestro estudio. Emplearemos un vocabulario más riguroso que permita, desde y para su comprensión, un diálogo más cristalino con la tradición y el estado actual de la cuestión.

Se debe tener presente que en la literatura especializada, así como en diversos documentos normativos, se aprecia no pocas veces un empleo conjuntivo del concepto de *independencia judicial* con el de *imparcialidad*, sin hacer una clara diferenciación entre ambas.

---

177 Aludiendo a las críticas al establecimiento de normas principio en la génesis del Estado Constitucional señala que "Podrá decirse que no siempre se trata de consecuencias tranquilizadoras, por lo que se refiere a ciertas exigencias que en otro tiempo se consideraban irrenunciables – por ejemplo la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales y quizás también la posición no *engagée* de los jueces-. Pero no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos" (Zagrebelsky, 1997: p.112).

178 "En la medida en que aumentan las demandas por derechos fundamentales y en la medida que el constitucionalismo, a partir de preceptos y principios, invade cada vez más el espacio reservado a la reglamentación legislativa (libertad de conformación del legislador) crece la necesidad de colocarse límites al 'poder hermenéutico' de los jueces (…) se hace necesario construir las condiciones para un control democrático de la aplicación (judicial) de la ley" (Luiz Streck, 2009:p.17-18).

179 La independencia como garantía involucra cualquiera de las acciones constitucionales, desde el amparo hasta la acción de inconstitucionalidad de la Ley.

Esta orientación es más perceptible cuando se advierte el uso de diferentes acepciones del término *independencia judicial*. Pareciera que, desde una primera aproximación, al menos desde una acepción determinada del término, específicamente cuando se predica del sujeto Juez y no del órgano poder del Estado, se presenta una identificación parcial, si es que no total, con el alcance del concepto *imparcialidad*.

En este sentido y advirtiendo una menor diversidad de acepciones en el contenido del concepto *imparcialidad*, al mismo tiempo que una tradición inmemorial de la expectativa del actuar con "justicia" de la autoridad en la solución de conflictos, análoga a la *imparcialidad* que supera largamente el momento de la modernidad -a diferencia del término *independencia*- una presentación ordenada en la comprensión de ambos conceptos nos sugiere aproximarnos, en primer lugar, al término *imparcialidad*, históricamente anterior y de menor complejidad. Esto con la intención de desarrollar después las diversas acepciones del término *independencia* y concluir con una delimitación de la acepción del concepto de *independencia* e *imparcialidad* que será objeto de estudio en la presente investigación.

3.3 La imparcialidad de la función jurisdiccional

La Real Academia de la Lengua Española define el término *imparcialidad* como la "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud"[180]. Esta cualidad estimada de la función jurisdiccional se ha encontrado presente en diferentes momentos históricos. Se encuentra desde las antiguas sociedades tradicionales hasta nuestros días, donde ha adoptado un cariz de mayor racionalidad. Por esta razón es menester presentarlas sucintamente con el objetivo de comprender su continuidad y particularidad en el actual contexto histórico de vigencia del Estado Constitucional.

3.4 La imparcialidad como Derecho Deber del Magistrado

3.4.1 Contexto en la Problemática de su definición

La imparcialidad no solo ha sido elevada a principio supremo del proceso[181], sino también ha sido normativamente conceptuada como deber en diferentes cartas internacionales (Bangalore, Iberoamericana).

Dentro de la filosofía política ocupa un lugar de cimiento del poder político en general de las sociedades actuales (modernas, en

180 http://lema.rae.es/drae/?val=imparcialidad.

181 Léase a Meroi, 2007; citando a Werner Goldschmidt.

el sentido de vigencia de los ideales pacticios del fundamento de la convivencia social de libertad e igualdad o postmodernas en el sentido de posteriores al credo de la razón por la crisis ecológica y desconfianza en la evolución lineal de la historia) y no solo de la Magistratura en el entendido que desde que se secularizó el fundamento del poder político (el hombre ciudadano a diferencia del súbdito ha dejado de creer que los detentadores del poder sean dioses o hijos de Dios), la imparcialidad se convirtió en el único fundamento razonable del poder político en general. Constituye entonces un concepto sumamente relevante y trascendental, que es necesario aclarar, más aún cuando su definición en lo esencial resulta amorfa en sí misma al circunscribirse al propósito de la subjetividad del detentador del poder. No resulta tampoco nada pacífica, sino por el contrario despierta encendidos debates entre "garantistas" y "publicistas", más aún cuando los efectos prácticos de la casuística de transgresión al deber de imparcialidad por el detentador del poder, el Magistrado, ha determinado en nuestro país la separación provisional del cargo a través de medidas provisionales de "abstención" o "suspensión", inclusive la destitución de jueces. Se advierte asimismo que en materia de Nombramiento de Magistrados así como de Ratificaciones de los mismos, la apreciación de la eticidad de la persona bajo estos conceptos se produce en contornos no menos imprecisos.

3.4.2 Concepto en los Principios de Bangalore y el Estatuto Universal del Juez

En los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial del año 2002, que fuera aprobado por el grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y que ha sido reconocido por la comunidad mundial como un documento valioso para fortalecer los valores de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, competencia y diligencia de los jueces[182], se establece la *imparcialidad* como un principio (valor 2) al lado de los otros cinco. No se define el término, pero se adjetiva como "esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales" y se precisa que su extensión "se refiere no solo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión". Seguidamente establece cinco incisos referidos a su aplicación, donde se resalta que las tareas judiciales se realizan "sin favoritismo, predisposición o prejuicio":

182 Véase Informe de la Oficina de las Naciones Unidades contra las drogas y delitos, en Organización de las Naciones Unidas, 2013.

(Inciso 1) La conducta del juez, fuera y dentro de los tribunales, "mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura".

(Inciso 2) Compromete al juez para que dentro de lo razonable se comporte "de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos".

(Inciso 3) "El juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte el resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto".

(Inciso 4) "Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable".

(Inciso 5). Como se puede apreciar, el concepto de *imparcialidad,* al mismo tiempo que es sobre estimado, es abordado en sus manifestaciones negativas de no favoritismo, no comentario anticipado de su decisión, no participación cuando hay duda razonable de su imparcialidad. Cuando es abordado positivamente se presenta demasiado impreciso (inciso 2), de modo que solo se manifiesta por sus efectos indirectos y genéricos (mantenimiento y aumento de confianza del público, la abogacía y los litigantes) o se refiere a la conducta positiva de minimizar las ocasiones de su descalificación (inciso 3). Es decir, es en el fondo un desarrollo positivo de una conducta negativa consistente en descalificarse cuando hay duda razonable de su imparcialidad (inciso 5).

En el Estatuto Universal del Juez, elaborado por la Unión Internacional de Magistrados, en el año 1999, además de establecer la relación medio-fin entre *independencia* e *imparcialidad* (artículo 1°, segundo párrafo), explícitamente extiende el deber de imparcialidad al ser y al parecer: "El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional"[183]. El Tribunal Constitucional peruano en suSTC N° 003-2003 ha señalado: "34. Mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al Juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad –estrechamente ligado al principio de independencia funcional- se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo".

183 Artículo 5° del Estatuto Universal del Juez.

3.4.3 Presentación de los tipos ideales weberianos en el Derecho

Max Weber, a comienzos del siglo XX, desde una sociología comprensiva de "tipos ideales", distinguió cuatro de ellos en el Derecho: **i)** El derecho tradicional, "que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad"[184];**ii)** El derecho de tipo carismático, "que descansa en la entrega extraordinaria a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas"[185]; **iii)** El derecho racional formal, "que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer autoridad (autoridad legal)"[186] como en la actual dominación racional; y **iv)** El derecho sustantivo racional, que atribuye "la preeminencia no a la congruencia lógica, sino a consideraciones éticas, utilidad, rapidez y política pública"[187].

Reparemos en que los "tipos ideales" weberianos fueron concebidos como construcción conceptual que encuentra su material paradigmático, esencialmente, en las realidades de la acción social, a partir de las cuales crea conceptos generalizantes puros. Esto con el propósito de utilidad para la imputación causal histórica de los fenómenos culturalmente importantes[188], sin que coincida plenamente con una realidad histórica determinada, sino que permita comprenderla empleando eventualmente para su comprensión más de un tipo ideal. De esta manera, la clasificación mencionada de cuatro "tipos ideales" de derecho la recogemos en esta investigación con una actitud liberada del prejuicio lineal historicista. Ello nos permite un acercamiento enriquecedor del concepto de *imparcialidad* en la función de solucionar conflictos intersubjetivos de derecho, función jurisdiccional, para la moderna visión especializada de organización de poderes, al introducir elementos conceptuales que permiten liberarnos del acercamiento prejuicioso que identifica *imparcialidad* con modernidad. Se atiende así a la especial presencia de este valor predicable de las decisiones de la autoridad dentro de situaciones históricas determinadas pertenecientes a sociedades tradicionales, las cuales son susceptibles de comprensión mediante la estructuración compositiva de "tipos ideales" distintos a la racionalidad formal. Esto nos permitirá, en su momento, recoger y valorar críticamente la experiencia humana de las sociedades tradicionales en

184 Weber, 1984:p.172.

185 Weber, loc. Cit.

186 Weber, loc. Cit.

187 Berman, 1996: 576

188 Esto es un parafraseo, casi textual de Weber, 1984:p.16.

el tema objeto de esta investigación. Particularmente, en el tema de la decisión de poder de una autoridad subordinada o susceptible de rendir cuentas contra la tradición, tema sensible cuyo efecto ha oscilado desde siempre en la historia humana entre su legitimidad o sanción.

3.4.4 Imparcialidad en la función de solucionar conflictos intersubjetivos bajo los tipos ideales de derecho irracional, racional sustantivo y carismático

Si reducimos el concepto de *imparcialidad* a su nivel más esencial como preliminarmente lo hemos recogido del diccionario de la Real Academia de la Lengua,tenemos que lo fundamental de este significado radica en la carencia de decisión previa y en la formación de la voluntad decisoria de la autoridad determinada por lo percibido como lo justo. Lo primero es condicionante de lo segundo y lo segundo es lo estimado, pero no garantizado en su plenitud: "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud".

En tal sentido, la imparcialidad de la función jurisdiccional constituye una cualidad estimada que se predica en la persona que asume la función de resolver conflictos intersubjetivos, con rectitud, esto último entendido como lo "justo". De esto se desprende que *imparcialidad* y *justicia* han estado siempre vinculadas, presentándose la *imparcialidad* como la concreción circunstancial de lo justo. Y si la justicia ha sido siempre una aspiración humana ya integrada a un concepto religioso, moral o de "derecho natural", encontramos que la *imparcialidad,* inmemorialmente, se ha encontrado siempre como aspiración, estimada. A la vez ha sido motivante de cuestionamientos a decisiones de la autoridad, presentándose inclusive en sociedades que no distinguieron entre derecho con moral o religión, es decir, las sociedades tradicionales.

De esta manera, los ejemplos históricos paradigmáticos de tipos ideales irracionales de derecho donde existen "primitivas decisiones que se obtienen por medios mágicos de revelación jurídica"[189] como el

189 Weber 1984: p.516, ilustra ello con ejemplos provenientes de los textos sagrados. Así "Mahoma rechaza muchas veces en las *suras* las indicaciones dadas en otras ocasiones, aunque eran de presunto origen divino, y Jehová 'se arrepiente' de sus decisiones. También sucede esto tratándose de decisiones de índole jurídica. Un oráculo de Jehová ordena que se instituya herederas a las hijas (Núm., 27). Pero debido a las protestas de los interesados el oráculo es corregido (Núm., 36). También ocurre que las formulaciones consuetudinarias de normas jurídicas generales son algunas veces oscilantes. Cuando el caso singular debe ser exclusivamente resuelto por la suerte (*Urin* y *Thummin* entre los judíos) o por duelo, o por otros juicios de Dios, o por recurso a un determinado oráculo, no puede hablarse de 'regulación' del conflicto, ni en el sentido de aplicación, ni en el de creación de reglas". (Weber, 1984:p.516-517).

uso de la germánica ordalía medieval, como principal prueba -ya sea como prueba del fuego[190] para personas de alto rango o prueba del agua para el pueblo común[191]- no resultaban ajenos al valor *imparcialidad*, en la medida que aún allí, pese a ser carente de racionalidad ,la decisión, en cuanto a la fundamentación de su contenido, no había sido previamente tomada por la autoridad, sino que se determinaba conforme a reglas tradicionales procedimentales de la construcción de la prueba, que debido a su carácter mágico o religioso, eran de resultado impredecible, consecuencia de actos promotores de un suceso natural incierto que al determinarse en el acaecer histórico era percibido ya como la voluntad de los dioses o de Dios Todopoderoso, es decir justa y por lo tanto imparcial. Por consiguiente, para la conciencia de los actores, en rigor, no era la decisión de la autoridad, sino de los dioses o de Dios, quienes como tal(es) actuaba(n) de modo incomprensible, pero a los que había(n) que someterse por ser lo "justo". La función de la autoridad se reducía simplemente a la de un testigo.

Como se aprecia, la imparcialidad manifestada en el tipo ideal de derecho irracional se caracteriza por presentar no solo una decisión determinada en ausencia de una fundamentación racional en sí misma, sino también por no proceder del juicio propio, entendido como capacidad mental específica de la autoridad, quien no al no determinar el contenido de la decisión con su voluntad, quedaba reducido a ejercer solo una función de testigo. En ese sentido, es asimilable a la tipología de derecho irracional formal la denominada por Foucault "verdad de juego de prueba".

Esta "verdad de fuego de prueba" era entendida como aquella forma en la que para la determinación de la verdad empírica "no se pasa por el testigo sino por una especie de juego, prueba, por una suerte de desafío lanzado por un adversario al otro. Uno lanza un desafío, el otro debe aceptar el riesgo o renunciar a él. Si lo hubiese aceptado, si hubiese jugado realmente, la responsabilidad de lo que sucedería, el descubrimiento final de la verdad quedaría inmediatamente en manos de los dioses y sería Zeus castigando el falso juramento, si fuese el

190 "Quienes se sometían a la prueba del fuego pasaban con los ojos vendados, o descalzos, sobre arados puestos al rojo vivo, o bien sujetaban burros candentes con las manos, y si las quemaduras se curaban debidamente, quedaban exoneradas" (Berman, 1996:p.67).

191 Consistente en que "el sospechoso era declarado culpable si su cuerpo era llevado por las aguas contra su curso natural, mostrando así que el agua no lo aceptaba" o con el agua caliente en la que 'se le declaraba inocente si, después de meter brazos y piernas desnudos en agua hirviendo, salía ileso". "Una prueba posterior, más sutil y empleada principalmente por el clero, fue la del bocado: se comía una onza de pan o de queso, diciendo estas palabras: ´'Cierra, oh Señor, el estómago de ese hombre, para que no pueda tragar este pan (o queso) si ha jurado en vano' Si no podía tragar o conservar en el estómago el pan o el queso, era culpable. Estos primitivos detentadores de mentiras acaso funcionaran muy bien. Sea como fuere, hubo una considerable resistencia a la abolición de estas pruebas en el siglo XIII". (Berman, 1996:p.67)

caso, quien manifestaría con su rayo la verdad"[192], la cual la ubica históricamente, a modo de ejemplo, en la experiencia griega de los relatos de Homero[193], así como en ciertas referencias de la tragedia *Edipo rey* de Sófocles[194] y en el derecho germánico de la Edad Media.

Se aprecia en todos estos ejemplos una decisión de la autoridad que se determina en carencia de fundamentación racional en sí misma, así como por no proceder del juicio propio entendido como capacidad mental específica de la autoridad, por lo que se asimila su función a la testimonial. A diferencia de los ejemplos precedentes, en estos casos de "verdad de juego de prueba" la decisión no se origina en la voluntad impredecible de los dioses, sino en la actitud y el obrar de las partes en juego, pero no en relación al ejercicio de la capacidad racional o volitiva de la autoridad, cuya función se limita a cuidar que las partes en conflicto sigan las reglas del juego a las cuales se someten.

Téngase presente que situación muy distinta se presenta en otros contextos, aún en sociedades tradicionales que integran a una cosmovisión religiosa o mágica del mundo, incluido el poder, una racionalidad sustantiva. Foucault opone a la forma de verdad de juego de prueba, la forma de verdad indagatoria asimilable a la racionalidad substantiva weberiana a nivel de procedimiento de búsqueda de la verdad, y lo hace comentando diversos pasajes de la obra *Edipo rey* de

192 Foucault, 1983:p. 40-41.

193 Trayendo a colación el relato dela Ilíada dice: "Se trata de la historia de la disputa de Antíloco y Menelao durante los juegos que se realizaron con ocasión de la muerte de Patroclo. En aquellos hubo una carrera de carros que, como de costumbre, se desarrollaba en un circuito con ida y vuelta, pasando por una baliza que debía rodearse tratando que los carros pasaran lo más cerca posible. Los organizadores de los juegos habían colocado en este sitio a alguien que se hacía responsable de la regularidad de la carrera. Homero llama a este personaje, sin nombrarlo personalmente, testigo, aquél que está allí para ver. La carrera comienza y los dos primeros competidores que se colocan al frente a la altura de la curva son Antíloco y Menelao. Se produce una irregularidad y cuando Antíloco llega primero Menelao eleva una queja y dice al Juez o al jurado que ha de dar el premio que Antíloco ha cometido una irregularidad. Cuestionamiento, litigio, ¿cómo establecer la verdad? Curiosamente en ese texto de Homero no se apela a quien observó el hecho, el famoso testigo que estaba junto a la baliza y debía de atestiguar qué había ocurrido. Su testimonio no se cita y no se le hace pregunta alguna. Solamente se plantea la querella entre los adversarios Menelao y Antíloco, de la siguiente manera: después de la acusación de Menéalo –"tú cometiste una irregularidad"- y de la defensa de Antíloco –"yo no cometí irregularidad"- Menelao lanza un desafío: "Pon tu mano derecha sobre la cabeza del caballo; sujeta con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste irregularidad". En ese instante, Antíloco, frente a ese desafío, que es una prueba (épreuve), renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió irregularidad". (Foucault, 1983: p. 39-40)

194 Como cuando Creonte ante la acusación de Edipo de haber inventado todo sólo con la intención de quitarle todo y sustituirle "Bien juremos. Yo juraré que no he conspirado contra ti", En la misma obra está el sistema de desafío ante la peste de Tebas consecuencia de la maldición de los dioses "se compromete a enviar al exilio al autor del crimen sin saber, naturalmente, que es él mismo quien lo había cometido. Queda así implicado por su propio juramento, como ocurría en los litigios entre guerreros arcaicos en los que los adversarios se incluían mutuamente en los juramentos de promesa y maldición." (Foucault, 1983:p. 41-42).

Sófocles[195]. En esta tragedia, el protagonista, a través de la indagación al oráculo de Apolo y al adivino Tiresias, y debido a sus recuerdos y a la evocación que hace Yocasta. Así como apoyado en el testimonio del mensajero que viene de Corinto y la del esclavo de Citerón, Edipo llega a la convicción de la verdad: fue él quien asesinó al rey Layo.

Otros casos presentes en las grandes tragedias griegas, el *Ramayana* o *Mahabharata* hindú y la *Biblia* vetero-testamentaria manifiestan una imparcialidad que se integra a la racionalidad de la decisión y motivación de la autoridad, no desprovistas de elementos carismáticos[196]. Así por ejemplo en *Las euménides*, tragedia de Esquilo perteneciente a la trilogía titulada *La orestía*, se percibe la presencia de un Tribunal Humano-Divino, que bajo la instauración y dirección de la diosa Atenea, luego de escuchar los argumentos en todo razonables de ambas partes[197], absuelve a Orestes de la condena por matricidio.Lo absuelve bajo el argumento personal y psicológico, mas no lógico deductivo de la diosa, quien inclina la balanza por la absolución, ante el empate de la votación humana y la limitación de la lógica deductiva: "No tengo madre que me pusiera en el mundo. Siempre mi corazón, cuando menos hasta el himeneo, se ha inclinado hacia los hombres. Así en este caso estoy sin reservas al lado de mi padre. No puede inspirarme ningún respeto la mujer que dio muerte a su esposo, el guardián de su hogar"[198].

195 Léase Foucault, 1983.:p. 42-46.

196 En realidad encontrar una experiencia histórica de dominación carismática pura o al menos predominante es difícil, el mismo Weber la mencionó como "de carácter específicamente *extraordinario* y *fuera de lo cotidiano*, representando una relación social rigurosamente personal, unida a la validez carismática de cualidades personales y a su *corroboración* (…) [advirtiéndose que muchas veces se presenta unida a la racionalidad sustantiva como el caso del Rey Salomón]. En el caso que no sea puramente efímera sino que tome el carácter de una relación *duradera*–'congregación' de creyentes, comunidad de guerreros o de discípulos, o asociación de partido, o asociación política o hierocrática- la dominación carismática que, por decirlo así, sólo existió en *statu nascendi*, tiene que variar esencialmente su carácter: se racionaliza (legaliza) o tradicionaliza o ambas cosas en varios aspectos" (Weber, 1984:p.197). La continuidad trasciende a la persona del líder inicial, quien por el transcurso del tiempo debe ser sucedido, así la dominación carismática que pretende perdurar introduce elementos de racionalidad formal como en el caso del sucesor del Dalai Lama seleccionado desde niño por "señales" de reencarnación, por sorteo, por sucesión de sangre

197 Los argumentos se sitúan en el siguiente contexto: Trasuna sucesión de venganzas iniciada por el filicidio cometido por Agamenón contra Ifigenia; Orestes, hijo de Agamenón asesina a Clitemnestra (su madre) quien mató a su esposo y padre de Orestes (Agamenón). La lucha se presentará entre las Euménides; quienes distinguiendo entre el matricidio de Orestes (asesino de una que tenía su sangre) con el crimen de Clitemnestra quien mató por venganza a alguien que no era de su sangre, acosan a Orestes por solicitud de Clitemnestra; y Apolo quien ante las súplicas de Orestes se convierte en su protector, asumiendo el argumento contra las Euménides que no es poca cosa el pacto de matrimonio "del cual son garantes Zeus y Hera(…) El lecho nupcial, donde el Destino une al hombre y la mujer, está bajo la protección de un derecho mucho más poderoso que un simple juramento" (Esquilo, 1965:p.156).

198 Esquilo, 1965:p.171.

Por otro lado, en el *Ramayana* se aprecia a un carismático rey Rama que no por ello deja de ser cuestionado por Vali, rey de los Monos. Este último, al agonizar herido por una flecha disparada a su espalda por Rama, le increpa por su hipocresía y su falsa religiosidad por hacer algo que no debía: disparar mortalmente a su espalda cuando peleaba a duelo con otro. El cuestionamiento de Vali acude también a un argumento no lógico sino de consenso, de auditorio universal: "¿Qué podrías decir en la asamblea de gentes de bien tras este acto censurable?"[199]. Esta interrogante será respondida con un discurso justificativo basado en el delito de Vali, quien habitaba con su nuera, con su subsecuente impacto de desorden en la sociedad. Se resalta las cualidades carismáticas religiosas de Rama en contraste con la naturaleza voluptuosa y simiesca de Vali y además se enfatiza el dominio de Rama sobre la tierra de los Igshvakus[200].

En similar orientación de justificación racional de las decisiones de poder, el Viejo Testamento bíblico presenta un único Dios sorprendente e incognoscible, que, no obstante ello, acepta dialogar y ser interrogado

199 "Habiéndome alcanzado por la espalda ¿qué méritos conseguirás con ello, tú que me has herido de muerte, mientras yo he estado combatiendo con otro? Está lleno de nobleza, de generosidad de valentía, el virtuoso Rama; es compasivo y se complace en el bien de los demás; es indulgente, todopoderoso, instruido, en las reglas del deber, de costumbres austeras. Tal es el elogio que todos los seres te otorgan en el Mundo. El imperio sobre sí mismo, la longanimidad, la lealtad, la firmeza, la bondad, el heroísmo, son las virtudes de los reyes, ¡oh príncipe!, así como la represión de los crímenes. Era pensando en estas virtudes que yo creía tuyas, y en tu elevado origen, por lo que a despecho de Tará he venido a las manos con Sugriva. Mientras que, furioso yo estaba enzarzado con otro, tú no podías herirme. He aquí la opinión que yo tenía de ti, antes de conocerte. Ahora veo que tienes el alma perversa, que con la religión por (662-663) estandarte, practicas la iniquidad; que tu conductas es la de un malvado y que te asemejas a un pozo oculto por la hierba… ¿por qué matarme; yo que soy inofensivo, que me he alimentado siempre de frutas y raíces… que ahora no te combatía sino que luchaba con otro?.... ¿Qué podrías decir en la asamblea de gentes de bien tras este acto censurable?" (Valmiki, 1963: p.662-663).

200 El discurso justificativo de Rama dice: "El deber, el interés, el placer, las prescripciones del Mundo, tú que las ignoras (…) ¿cómo te atreves a invectivarme? Sin haber consultado a los sabios, estimados de los brahmanes, con tu frivolidad simiesca has querido hablarme así, ¡a mí, que estoy lleno de mansedumbre! Esta tierra pertenece a los Igshvakus (…) Cuando el tigre de los reyes,t Bharata, que mima a la equidad, gobierna todo el universo, ¿quién osaría cometer la injusticia? Añanzados en el deber supremo que es el nuestro, dóciles a la voluntad de Bharata, nosotros reprimimos los delitos según las leyes. Ahora bien: tu violas la equidad, tu conducta desaprobada es por todos; la voluptuosidad: he aquí tu única regla; tú no sigues la vía real (…) Mono inconsiderado, tú tienes como consejeros monos inconsiderados que no pueden dominarse ellos mismos; cual un ciego se deja conducir por ciegos de nacimiento; y entonces, ¿qué sabes? Te hablo con toda claridad; tú no tenías, en verdad, ningún derecho a censurarme, empujado por la cólera. Aprende la causa por la cual te he herido: Obras respecto a la mujer de tu hermano con desprecio del deber eterno. Vivo el magnánimo Sugriva, habitas maritalmente con Rumá, que es, en realidad, tu nuera."(p.665-666) "Yo no he obedecido ni al capricho, ni a la vivacidad, ni a la cólera" "en tu ignorancia de la ley, no escuchando sino tu furor, me ultrajas, a mí, que me conformo a las tradiciones legales de los antepasados" (Valmiki, 1963:p.667)..

sobre la justicia de sus decisiones por su criatura: el hombre. Abraham le cuestiona, desde la razón,[201] sobre su decisión de destruir Sodoma y Gomorra. Abraham cuestiona con argumentos que obligan a Dios ampliar su discurso justificativo afirmando que «Tampoco haría destrucción, en gracia de los diez». Empero pese a tal atributo de justicia de la divinidad, que habilita al hombre a participar como sujeto dialogante en la toma de las decisiones de poder, los mismos textos sagrados testimonian un fondo de incognoscibilidad en la justicia de la trascendencia, impenetrable a la razón humana, como en el caso del sufrimiento del hombre justo en Job o en el mismo Abraham cuando recibe la incomprensible orden de sacrificar a su propio hijo, que por lo demás era el hijo de la promesa. Incluso el mismo acto central de la fe y pascua judía: la liberación de Egipto, si bien presenta una fuerte dosis de razonabilidad, en su gradual íter de realización progresiva con la presión no sustitutiva a la voluntad endurecida y resistente del Faraón[202], se inicia con una decisión divina por la liberación de Israel configurada sin el pedido expreso del Pueblo elegido, quien solo se limitó a gritar[203].

201 « *¿Es cierto que vas a exterminar al justo junto con el malvado?* 24. (...) *Tal vez haya cincuenta justos dentro de la ciudad: ¿es cierto que vas a acabar con todos y no perdonar el lugar en atención a esos cincuenta justos?* 25. (...) ¡Tú no vas a hacer algo semejante, permitir que el bueno sea tratado igual que el malvado! ¿O es que el juez de toda la tierra no aceptará lo que es justo?»(Génesis 18, 20-33, Biblia Latinoamericana).

202 El relato Bíblico describe el siguiente proceso que se inicia con el mandato de Dios a Moisés: "*16. Le dirás esto: "Yavé, el Dios de los hebreos, me ha mandado decirte que dejes salir a su pueblo, para que le rindan culto en el desierto. Pero hasta ahora no has escuchado. 17. Ahora, pues, Yavé dice: En esto conocerás que yo soy Yavé: voy a golpear el Nilo con mi bastón y las aguas se convertirán en sangre."* (Éxodo 7: 16-17, Biblia Latinoamericana*).* [Sin embargo al ver el Faraón que se le daba alivio, y tomar ante ello una actitud obstinada, sucedieron progresivamente las plagas, de ranas, mosquitos, tábanos, peste, úlceras, granizo, langostas, tinieblas y muerte de los *primogénitos*] hasta que *"Aquella misma noche Faraón llamó a Moisés y Aarón y les dijo: 'Levántense y salgan de este pueblo, ustedes y los hijos de Israel. Vayan para servir a Yavé, como ustedes dicen (...)." (*Éxodo 12: 31, Biblia Latinoamericana). Como se puede apreciar el relato Bíblico, resume un proceso coercitivo con una elevada dosis de razonabilidad que ciertamente puede ser explicada con las modernas categorías de "ejecución indirecta", "tutela de derechos", "medidas coercitivas", "razonabilidad", "gradualidad", "incoercibilidad del hacer" propias del discurso jurídico actual en la problemática de la ejecución indirecta, advirtiéndose a modo de ejemplo que la primera demostración del Poder de Dios consistente en la conversión del bastón de Moisés en Serpiente, no provoca una lesión en los derechos del Faraón significando sólo un anuncio del Poder de Dios, lo que se ajusta a un íter razonable del empleo de las medidas coercitivas, luego de lo cual verificado el incumplimiento de la orden siguen anuncios y ejecuciones de Plagas con la respectiva renuencia del Faraón a cumplirla revelándose una progresividad en las medidas que pasa por la conversión del Nilo en río de sangre, la plaga de las langostas y concluye con la muerte de los primogénitos. Se presenta así también un Dios que respeta la libertad del "resistente" al no sustituirse al corazón del Faraón sino limitarse a presionar progresivamente para que acate la orden establecida.

203 La participación de Dios en la historia de la liberación de Israel de Egipto surge a raíz de un clamor y no de un pedido expreso de liberación*: "Yavé dijo: 'He visto la humillación de mi pueblo en Egipto, y he escuchado sus gritos cuando lo maltrataban sus mayordomos. Yo conozco sus sufrimientos' " (*Éxodo, 3:7, Biblia Latinoamericana).

Entonces resulta manifiesto que el texto sagrado propone un "Plan de Dios", ajeno al conocimiento y voluntad del hombre, que en todo caso solo alcanza a ser comprensible en el transcurrir de la historia. Esta propuesta se confirma y se vuelve aún más radical con el Nuevo Testamento, donde de manera inesperada el Mesías nace en un pesebre reconocido por animales, pastores y extranjeros no judíos. Y lo más incomprensible a la razón humana, muere clavado en una cruz[204].

Ciertamente,los ejemplos bíblicos descritos son decisiones percibidas como provenientes de la divinidad y no humanas. Estas decisiones no surgen del poder político ni conciernen a la función judicial en la solución de conflictos, pero tal revelación de la voluntad divina, definida en buena medida por una racionalidad sustantiva, no ajustada al tipo de derecho irracional y racional formal, al ser congruente a la razón natural del hombre, naturalmente permitió que fuera asumida como capaz de desentrañar los justos motivos de la voluntad divina. De este modo, la racionalidad sustantiva, ciertamente coexistiendo con elementos mágicos se convertiría, en el contexto de las sociedades de gran contenido religioso hasta teocrático, en el elemento legitimador de las decisiones de la función judicial. Esto se puede apreciar en el conocido caso del rey Salomón, las decisiones contra el profeta Jeremías, la condena a Jesús por el Sanedrín e incluso la condena a los primeros discípulos cristianos.

Asimismo, experiencias más seculares que combinan elementos de racionalidad sustantiva con irracionalidad se encuentran tanto en el desarrollo de los procesos judiciales en Roma como en el inicio y desarrollo de la institución del jurado en el *common law*[205].

Particularmente, el inicio del derecho procesal romano presenta un formalismo mágico religioso verbal a partir del cual se desarrollarían diversos procesos racionalizados (formularios). Estos, albergando simultáneamente una conceptualización profesional del derecho, desarrollada a través de las magistraturas, permitieron la distinción racional entre derecho adjetivo y sustantivo así como la sistematización

204 Ello por lo demás ha dado origen toda una doctrina de la fe (fideísmo), que descarta la razón como factor para encontrar la verdad. Frases como "Creo porque es absurdo" atribuida a Tertuliano, o los Pensamientos de Pascal como "Hay sin duda leyes naturales pero esta hermosa razón corrompida la ha corrompido todo", son manifestaciones de corrientes teológicas y filosóficas en esa orientación.

205 El origen del jurado en el *common law* es desarrollada por Berman, describiendo como antecedente el sometimiento de disputas a un grupo de vecinos en el derecho local germánico, mientras que su establecimiento como tal obedecería a las reformas de Enrique II consistente en "combinar el uso de la investigación con su nuevo sistema 'judicializado' de escritos, poniendo así el juicio por investigación, como cosa regular al alcance de todo el público en ciertos tipos de casos civiles dentro de la jurisdicción real." (Véase Berman, 1996: p.470).

conceptual sumamente compleja del derecho civil y procesal civil en general. Todo esto sirvió posteriormente al desarrollo de la modernidad jurídica occidental. De otro lado, el inicio y desarrollo de la institución del jurado en el *common law* también presenta esta mixtura, donde simultánea al parecer, intuición o sentimiento de sus miembros se interactúan argumentos racionales entrecruzados entre sus miembros pero siempre de modo verbal, sin constar de modo escrito para sustentar el resultado del veredicto. Ellas reproducen, además del elemento de la racionalidad humana (ética o utilitaria), una relevante dosis de incognoscibilidad e impredictibilidad de la decisión, características resaltadas por Weber, quien puntualizó su inadecuación a las necesidades de las sociedades de mercado modernas, las cuales requieren un derecho predecible de tal modo que se pueda contar con él al igual que con una máquina[206].

De este modo se puede definir los siguientes caracteres de la imparcialidad en el derecho del tipo ideal racional sustantivo:

1) La razón en sí misma, ajena a intereses particulares de la autoridad decisoria, es determinante del contenido de la decisión a través de un discurso justificativo racional.

2) La racionalidad sustantiva significa así protagonismo de la autoridad, quien ejercita sustancialmente su capacidad cognitiva y volitiva mediante argumentos que se determinan parcialmente por la tradición y por los hechos fácticos acaecidos, que son de su conocimiento pero solo en cuanto corresponden a su comprensión propia.

3) El protagonismo de la autoridad no significa, necesariamente, pasividad de las partes. Estas pueden integrarse al proceso donde participan aportando discursos, medios de prueba, información, No obstante, la forma del principio inquisitivo es naturalmente compatible con la racionalidad sustantiva. De este modo, la *verdad indagatoria* como ley de las mitades, desarrollada por Foucault al analizar tanto la obra de Sófocles, *Edipo rey*, así como en el derecho occidental europeo

206 De tal modo que compara el formalismo predecible del derecho romano con las reglas del derecho chino basadas en componentes éticos sustantivos: "El derecho romano fue aquí (lo mismo que en el resto) el medio que sirvió a la erradicación del derecho material en beneficio del formal. / Pero ese derecho formalista es estable. En China puede, por ejemplo, suceder que un hombre que ha vendido a otro una casa vuelva algún tiempo después al comprador y le pida asilo, por haber caído entre tanto en la pobreza. Y si el comprador hace caso omiso del antiguo mandamiento chino de la ayuda fraternal, entonces los espíritus se agitan; resulta, pues, que el vendedor empobrecido vuelve a instalarse en la casa en calidad de inquilino forzoso, sin pago alguno de renta. Con semejante derecho, el capitalismo no puede operar; lo que necesita es un derecho con el que pueda contar lo mismo que con una máquina; los puntos di vista religioso-rituales no han de jugar en él papel alguno". (Weber, 1984:p.1050).

del siglo XII, XIII inspirado en la experiencia eclesiástica, es una forma de verdad foucaultiana que corresponde a este tipo ideal weberiano.

4) El protagonismo de la autoridad vincula la racionalidad sustantiva con un tipo ideal de derecho carismático por cuanto, naturalmente, se identifica el empleo de la racionalidad sustantiva con un carácter especial de la persona, cuya legitimidad se determina por su carisma o por su selección procedimental ligada a factores aristocráticos.

5) La decisión, al sostenerse en justificaciones racionales que responden al criterio o juicio propio como capacidad mental específica de la autoridad, se construye a partir de premisas éticas y/ o utilitarias desarrolladas por aquella, conforme a su comprensión de una tradición (derecho tradicional) calificada como "justicia" o "verdad" que, pese a ser racional y enmarcarse dentro de la tradición[207], goza de un grado más o menos relevante de impredictibilidad; al determinarse por una comprensión que entrecruza combinada y libremente tales elementos con razonamientos ponderativos e inductivos en relación a hechos no previstos en la tradición, con argumentos lógico deductivos, basados en premisas, más o menos inciertas, más o menos predecibles.

6) La justificación de la decisión era manifestada normalmente de manera verbal y, a veces, solo cuando era requerida, lo cual no quiere decir que no existiera. La justificación escrita posibilitó el desarrollo de una profesionalización en la argumentación y con ello, una mayor rigurosidad lógico analítica de la misma.

3.4.5 Imparcialidad de la función jurisdiccional en el derecho racional formal weberiano

La racionalidad formal tiene su antecedente en el derecho irracional mágico. Presentándose como juego, significó lucha de partes, sujetas a la racionalidad procesal de la lucha, del juego. Significó un atenerse a reglas ya determinadas de modo mágico religioso por la tradición. Esto no significaba que el acto de la autoridad constituyera un juicio propio sobre el contenido o sentido de la decisión.

A este antecedente lejano sucedió, históricamente, como otro más próximo de la racionalidad formal, la argumentación profesional

---

207 "En la medida en que el soberano procede según principios son estos los de la justicia y de la equidad, con un contenido ético *material*, o los de la conveniencia utilitaria, pero no- como en la dominación legal- principios formales. De *hecho* el ejercicio de la dominación se orienta por lo que, *de acuerdo con la costumbre*, está permitido al señor (y a su cuadro administrativo) frente a la obediencia tradicional de los súbditos, de modo que no provoque su resistencia". (Weber, 1984: p.181).

de decisiones casuísticas seculares de los jurisconsultos romanos, tendientes a abstraerse de significados éticos religiosos, pero ligados aún a la casuística carentede empleo de conceptos abstractos universales.

Weber describe la configuración histórica de la racionalidad formal en la tradición jurídica occidental dentro de un proceso que abarca desde fines de la Edad Media hasta la codificación civil napoleónica. Esta se produjo teniendo como contexto no solo las condiciones materiales para su desarrollo -como la producción masiva de papel e imprenta-, sino también el surgimiento de una clase burguesa interesada en la predictibilidad en las decisiones de poder y que toma como factor no menos importante la racionalidad deductiva[208] surgida a partir de una sistematización del derecho material y la recepción del derecho romano,[209] que encuentra un punto culminante de desarrollo en la emisión de un cuerpo normativo escrito, concebido como totalidad: el Código Civil de Napoleón[210].

208 Weber ve en ella una predominancia de la lógica y del método deductivo, describiendo en el proceso de racionalización formal de la tradición jurídica occidental: "sistematización y creciente racionalidad especializada y por tanto lógica y, con ello –primeramente desde un punto de vista puramente exterior- hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacía una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico". (Weber, Ob. Cit.: p.650). Y más adelante resalta la vinculación de ello con la posibilidad de cálculo característica tendiente a satisfacer los intereses de la clase capitalista: "la formación de los rasgos específicamente modernos del actual derecho occidental, la dirección de su influencia consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó para los intereses del mercado, con la reserva de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la 'seguridad del tráfico' " (Weber, Ob. Cit.:p.650-651).

209 "Para poder ser recibidas, las instituciones jurídicas romanas tenían que ser despojadas –como lo ha subrayado certeramente Ehrlich-, de todos los restos de nacionalismo y elevadas a la esfera abstracta de la lógica, siendo el derecho romano absolutizado como el derecho 'lógicamente recto'. De hecho, esto ocurrió en el decurso de más de seiscientos años de trabajo de la jurisprudencia sobre el derecho común. El tipo de pensamiento jurídico desvióse al mismo tiempo hacia el lado lógico formal. Los vislumbres ocasionalmente muy certeros de los juristas romanos, fueron arrancados de su conexión con el caso concreto, en que se hallaban en las *Pandectas*, para ser elevados a la categoría de últimos principios jurídicos, sobre la base de los cuales se argumentaba después deductivamente. Lo que en gran medida había faltado a los juristas romanos, las categorías puramente sistemáticas, fue creado entonces. Se construyeron conceptos como el de 'negocio jurídico' o el de 'declaración de voluntad', para los cuales la misma antigua jurisprudencia no tenía la designación unitaria" (Weber, Ob. Cit.:p.634-635).

210 Weber lo coloca al lado "del derecho anglosajón, producto de la *práctica jurídica*, y el derecho común romano, producto de la educación jurídica *teórica-literaria* (sobre el cual descansan en gran medida las codificaciones del este y el centro de Europa), el derecho del *Code* ha llegado a ser, producto de la *legislación racional*, el tercer gran derecho mundial, la causa de ello reside precisamente en esas *cualidades formales* que en parte implican una extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus determinaciones y en parte producen tal apariencia." (Weber, Ob. Cit.:p.639).

De este modo, la experiencia histórica más emblemática de una racionalidad formal se desenvolvió en Europa continental, donde se caracterizó una función judicial más burocrática. Es decir, el ejercicio de la función entendida como técnica especializada, cuyo honor estribaba en su adhesión estricta a las premisas jurídicas y no a su propio pensar extrajurídico, de carácter ético o valorativo. Esta característica aparece ajustada al tipo de Estado Legislativo desarrollado por Zagrebelsky, experiencia de modernización que se presenta junto al *common law* de los países anglosajones, quienes desarrollaron una lógica inductiva en el proceso de formación y transformación continua del derecho, a través de los precedentes con la subsecuente labor más protagónica del Juez y conservando rasgos de racionalidad sustantiva.

En tal perspectiva, podemos caracterizar la imparcialidad de la función judicial, dentro de un tipo ideal de derecho racional formal, señalando las siguientes apreciaciones.

1) La racionalización formal desprovista de postulados no solo religiosos, sino también éticos y políticos abstrae de su alcance y contenido las condiciones de desigualdad económica y, por definición, los objetivos éticos y políticos como materias ajenas al razonamiento: los califica como extrajurídicos.

2) La imparcialidad en el tipo ideal de racionalidad formal es comprendida como la actitud de la autoridad ajustada al empleo de una lógica jurídica deductiva que parte de premisas del razonamiento estrictamente jurídica. La autoridad con función jurisdiccional se convierte en un profesional de tendencia fuertemente burocrática que no responde por su propio juicio, sino que reduce su labor a la simple técnica de desarrollar las consecuencias lógicas de premisas abstractas del ordenamiento vigente.

3) El burocratismo de la autoridad significa necesariamente actividad de las partes, que en medio de una lucha de intereses se convierte en actividad estratégica, por lo que se integran al proceso aportando discursos, medios de prueba e información. Se configura así el principio dispositivo del proceso como naturalmente compatible con la racionalidad formal, en desmedro de los postulados materiales de la ética religiosa o también de la razón política[211].

211 Weber después de describir históricamente el tipo de la racionalidad formal que se legitima en la invocación de poderes mágicos o divinos para alcanzar una sentencia justa desde el punto de vista material agrega: "Pero cuando la autoridad y la creencia en estos poderes irracionales se desvanecen y en su lugar tienen que aparecer los medios racionales de prueba y la fundación lógica del fallo, a la administración formal de la justicia sólo le resta el carácter de una lucha de interés entre las partes, orientada en la dirección de una probabilidad relativamente grande

4) El desarrollo histórico de la racionalidad formal en la tradición jurídica occidental se manifiesta como compatible al Estado Legislativo de primacía del Poder Legislativo, quien tiene la titularidad en el establecimiento de las premisas abstractas.

5) Luego de la experiencia de Auschwitz y de los totalitarismos, la *imparcialidad,* con una perspectiva racional formal, ha sido sostenidadesde el "garantismo"[212]. Esdecir, no precisamente como un retorno al Estado Legislativo, sino con una lógica que, reconociendo como premisa la primacía de la Constitución, entiende esta -en lo fundamental- desde una axiología liberal de preeminencia de los valores de libertad e igualdad. Se abstrae de todo contenido ético y político, que relega toda norma de contenido ético sustantivo o político general y abstracto, emanados de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el proceso como inválido y, por consiguiente, susceptible de control judicial.

De este modo, curiosamente, a diferencia de un retorno al Estado Legislativo, el "*self restraint*" o ascesis judicial del "garantismo" es fundamento de control judicial de constitucionalidad de normas procesales, que facultan un "activismo judicial" contra el "autoritarismo", "publicismo", "solidarismo" procesal, establecido por el Ejecutivo y Legislativo. Se presenta no solo como congruente con el principio dispositivo del proceso, sino que hace de este una crítica a toda concepción "publicista" del proceso, a toda concepción de racionalidad sustantiva por "autoritaria", identificándose su concepto de imparcialidad a "*impartialidad*" y concluyendo con una redefinición del principio de congruencia en la inconstitucionalidad de las pruebas de oficio o de las pruebas dinámicas.

En síntesis, se puede afirmar que el "garantismo" corresponde al tipo ideal racional formal weberiano con la particularidad que se introduce en él el control constitucional reservado a los principios de libertad e igualdad de las partes en el proceso, revitalizando el principio dispositivo, el contradictorio en paridad y la posición de "*impartialidad*" del juzgador.

---

de descubrir la verdad. Los asuntos de las partes no el poder público, determinan el curso del proceso (…)esa libertad de las partes garantizada en grado máximo por la justicia formal relativamente a la defensa de intereses legales también formales, tiene que producir siempre, en virtud de la desigualdad con que se halla dividido el poder económico legalizado por ella, la consecuencia de que los postulados materiales de la ética religiosa o también de la razón política, aparezcan vulnerados" (Weber, Ob. Cit.:p.606).

212 Nos referimos al "garantismo" (Ver Alvarado Velloso, 2006) que en la actualidad tiene fuerte presencia en el Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

3.4.6 Imparcialidad de la función jurisdiccional en el derecho racional formal burgués con presencia de "materialización"

La reserva de la función de solución de conflictos a un órgano especializado de profesionales es ciertamente una construcción moderna[213], proceso histórico compartido tanto en Europa Continental como en Inglaterra[214]. Sin embargo, como el propio Weber lo reconoce, no resulta identificable modernidad con racionalidad formal. Esto solo se produce en los países de la tradición romano-germánica de Europa Continental. Por el contrario, Inglaterra, el país más moderno de Europa, desarrolló una modernidad desde una racionalidad sustantiva cada vez más secular y distinta a la herencia del derecho romano.

Precisamente, la carencia de una racionalidad formal sólida en la tradición anglosajona motivó el desarrollo de la racionalidad sustantiva, a partir de una atención empirista a la casuística inductiva.

La razón sustantiva en búsqueda de predictibilidad podría haber llegado a un callejón sin salida, al estilo escéptico de *Sextus Empirricus*. Pero esto no pudo suceder en el contexto del desarrollo simultáneo de una comunidad de especialistas en Derecho, cuya opinión pretendía alcanzar conocimiento de validez justificándose en la validez de precedentes (normas universales y necesarias). Así, la racionalidad sustantiva se ha desarrollado de manera inductiva en el *common law*, partiendo del caso concreto al precedente. Se establece una regla universal y necesaria, introduciéndose, por consiguiente, otro nivel de racionalidad formal, diferente a la del derecho civil romano germánico. Este otro nivel de racionalidad formal se muestra abierto a la casuística, aunque unido a cierta tradición concebida como la doctrina del precedente. Se desarrolla así la finalidad de concretar la seguridad en la realidad de las decisiones judiciales. En este sentido,

213 Este es un elemento diferenciador con las sociedades tradicionales en las cuales la solución de conflictos al interior de la comunidad política se solucionaba por autoridades no especializadas, investidas de poder y honor, "Esta tendencia hacia una racionalidad *material* encuentra apoyo por parte de aquellos dominados que no pertenecen a la capa de los interesados en la "garantía" de las probabilidades poseídas a que hace referencia el número 1. La problemática enraizada en lo anterior pertenece a la teoría de la 'democracia'". (Weber, Ob. Cit.:p.180).

214 Weber describe el contexto que posibilitó el camino del *common law* de la siguiente manera: "la elaboración práctica del derecho se hallaba efectivamente entre las manos de abogados, los cuales, en interés de sus clientes, esto es, de elementos capitalistas, ideaban las formas adecuadas de los negocios, y de cuyo gremio salían luego los jueces; ligados estrictamente a los 'precedentes' o sea a esquemas calculables (…) [distinguiéndole con el de Europa continental](…) donde el juez, como en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es más o menos un autómata de párrafos, al que se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, para que emita hacia abajo la sentencia con sus fundamentos más o menos concluyentes, es decir, en todo caso, un funcionamiento que en conjunto puede calcularse". (Weber, Ob. Cit.:p.1062).

no es que a pesar dela doctrina del precedente en Inglaterra y los países del *common law* se haya promovido el desarrollo de las economías de mercado, sino que la incorporación de la racionalidad sustantiva con sus características propias y a partir de ella la creación de la regla universal inductiva y débil siempre sujeta a modificación por nuevas casuísticas o mejores razonamientos, se ha presentado, a largo plazo, como igual o más eficaz para tal propósito, en una realidad cada vez más dinámica que la regla codificada. Esto convierte al juzgador en un mero aplicador, al legitimarse, de manera renovada, en el cuerpo viviente de una "comunidad de argumentantes" lo que se construye decisoriamente en la creación inductiva, mediante un debido proceso.

Repárese en que aún en la experiencia histórica de los sistemas de racionalidad formal moderno romano germánico, presente en el contexto que vivió Weber -período entre las dos guerras mundiales del siglo XX-, este reconoció ciertos elementos de racionalidad substantiva señalando que *"el desarrollo jurídico moderno encierra (como también en cierta medida el antiguo derecho romano) tendencias favorables a la desaparición del formalismo jurídico. La desaparición del derecho probatorio de tipo formal a favor de la 'libre apreciación de la prueba' parece a primera vista tener un carácter esencialmente técnico. Vimos como la supresión del primitivo carácter estrictamente formal, mágicamente condicionado, de los medios de prueba fue, en parte, obra del racionalismo teocrático y en parte producto del racionalismo patrimonialista, que postulaban el 'descubrimiento material de la verdad', es decir un producto de una racionalización material. Pero la extensión y límites de la libre apreciación de la prueba se hallan condicionados primordialmente en la actualidad por los 'interesados en el tráfico', es decir por razones económicas"*[215]. Weber interpretó estas transformaciones del derecho moderno tardío, que testimonió de la siguiente manera: *"Su creciente sublimación lógica significa en todo caso la sustitución de la sujeción a características sensibles puramente externas por una creciente interpretación lógica del sentido, tanto en el caso de las normas jurídicas mismas, como especialmente tratándose de la interpretación de los negocios jurídicos"*[216]. De modo similar, evaluó la aparición de principios, percibidos por él, como "patéticos postulados morales" en las relaciones laborales[217], sustentadas por la

215 Weber,Ob. Cit.: p. 651.

216 Weber, Ob. Cit.: p. 651.

217 "A pesar de la *bona fides* valía también el principio *cave atemptor*. Pero con la aparición de los modernos problemas de clase surgen diversas exigencias materiales dirigidas al derecho de parte de un sector de los particulares (principalmente la clase trabajadora) y de parte de los ideólogos juristas que repudiaban la vigencia exclusiva de tales criterio de pura moralidad mercantil y exigían un derecho social sobre la base de patéticos postulados morales ('justicia', 'dignidad humana', etc.). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho, pues la aplicación de conceptos como el de 'la explotación del estado de necesidad' (en la ley sobre la usura), o los ensayos tendientes a repudiar, considerándolos como inexistentes, los

doctrina que afirma la existencia de lagunas en el Derecho y reconoce una labor creativa en el juzgador[218]. Weber advierte ya, en una época anterior a Auschwitz, una creciente materialización del Derecho, tendencia que como ya hemos explicado se ha robustecido.

Caracterizando la imparcialidad en la función jurisdiccional, en el derecho racional formal burgués con presencia de "materialización", podemos señalar lo siguiente:

1) La "materialización" en el derecho racional formal siempre ha tenido presencia en el *common law*, algo que no se ha producido en el derecho romano germánico, aun cuando tuvo inicial presencia en el periodo tardío del Estado Legislativo anterior a Auschwitz, habiendo sucedido su mayor expansión de modo coetáneo al desarrollo del Estado Constitucional.

2) Esta "materialización" ha significado el reconocimiento dentro del razonamiento jurídico de postulados éticos y políticos, mas no religiosos. Así también ha significado otorgarle un alcance y contenido a las circunstancias especiales, como las condiciones de desigualdad económica o aquellas circunstancias sensibles a efectos de evaluar el impacto de las decisiones como elementos integrados al razonamiento jurídico.

3) La *imparcialidad* en el tipo ideal de racionalidad formal con elementos de "materialización" es controvertida. Esto se debe a que puede ser entendida de modo extenso en su aceptación, como reconocimiento al contenido material de los principios constitucionales que otorgan legitimidad a las decisiones judiciales, a los cuales está vinculado, de un modo muy abierto, el operador jurisdiccional. Para este, el ordenamiento jurídico puede reducirse al valor dignidad de la persona con aplicación de su "sentido común" o puede ser reducida al mínimo (a la libertad e igualdad para el "garantismo"), la cual debe defender en contra de las normas legales, absteniéndose de su propio criterio valorativo de contenido, a riesgo de atacar seriamente la predictibilidad del ordenamiento jurídico.

contratos leoninos, fundamentalmente descansan, desde el punto de vista jurídico, sobre normas antiformales, que no tienen carácter jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal." (Weber, Ob. Cit.:p.653).

218 Véase Weber, Ob. Cit.:p.653: "Al lado de la doctrina de la existencia inevitable de lagunas y de la lucha contra la ficción de la plenitud hermética del derecho, ha aparecido la afirmación que va mucho más lejos, de que la función concreto (o al menos no debería serlo) – del mismo modo que la expresión verbal no es 'aplicación' de reglas gramaticales- sino más bien el 'precepto jurídico' es lo secundario, lo obtenido por abstracción partiendo de las decisiones concretas, las cuales representan el producto de la actividad de los juristas y constituyen la verdadera base del derecho 'vigente' ".

4) La función jurisdiccional, en el derecho racional formal moderno tardío, con presencia de "materialización",revierte la tendencia fuertemente *burocrática*del Juez, adicionando el elemento del propio criterio creador sustentado en principios abiertos. La imparcialidad del Juez se fundamenta así en la adhesión excluyente del Juzgador a estos principios abiertos más que a la adhesión de las reglas cerradas vigentes del ordenamiento jurídico.

5) La *imparcialidad* no es un rechazo a las reglas sustituidas por principios éticos o políticos, sino una integración de ellas a las que se agrega como fundamento los principios constitucionales.

De lo expuesto se puede concluir que la razón predicable en las sociedades modernas tardías complejas es una razón que,pretendiendo optimizar la predictibilidad, no se limita a una lógica deductiva surgida del contraste entre la premisa mayor delimitada, ciertamente en textos normativos, y la premisa menor, extraída del caso concreto.

3.4.7 El concepto de Independencia

En el propósito de definir la *independencia,*apreciamos tres orientaciones que la clasifican de modo diverso. Una clasificación dual en función del origen de la afectación al valor de la independencia distinguiéndose entre externa e interna. Otra tripartita asumida por el Tribunal Constitucional peruano[219], que distingue entre la independencia: "a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al Principio de Separación de Poderes./ b) Como garantía operativa para la actuación del Juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción ./ c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia."[220] Y, finalmente, otra dual que distingue entre independencia institucional y personal.

4. La clasificación negativa dual externa e interna

El Estatuto del Juez Iberoamericano[221] distingue entre independencia externa dirigida a los otros Poderes del Estado y en general, a todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como a diferentes grupos y organizaciones sociales,

219 Siles, ha distinguido sólo dos acepciones como independencia del órgano judicial y como independencia del juez en particular (Véase, Álvarez/Ardito…, 2003:p.202).

220 Véase Sentencia de Expediente N° 0023-2003-AI/TC-Lima -Código de Justicia Militar y Ley Orgánica de Justicia Militar. En Defensoría del Pueblo, 2004: p.314 y 315. (FJ 31).

221 Elaborada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001, en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

económicas y políticas[222]- y la independencia interna -dirigida a las autoridades judiciales superiores[223]. Igual distinción ha sido asumida por la Defensoría del Pueblo, quien recogiendo cierta doctrina especializada así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que "el contenido de la independencia se proyecta en dos dimensiones: una externa y otra interna"[224].

DevisEcheandía, resaltando el aspecto negativo de la independencia propia de esta clasificación, habla de rechazo a "toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones".[225] Se entiende así por *independencia*,a aquella consistente en el imperativo negativo de no recibir interferencia de algún poder público nide otros poderes privados (independencia externa) o de los otros órganos del Poder Judicial, en especial aquellos que tienen mayor jerarquía (independencia interna). Como garantía, está establecida a favor de la función, la cual puede derivar tanto en una actuación del Magistrado particular como de cualquiera de los justiciables.

En nuestro país, dentro de un sistema mixto de control de la constitucionalidad, que es concentrada y difusa a nivel del Tribunal Constitucional y, sustancialmente, difusa[226] para los jueces integrantes del Poder Judicial, en el escenario establecido con el texto del Código Procesal Constitucional[227], se ha producido una discusión sobre la comprensión del alcance de la naturaleza de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional[228] . Esto se produce en el sentido de si ellos

222 Véase artículo 2 del Estatuto del Juez Iberoamericano: "Los otros poderes del Estado y en general todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura"

223 Léase artículo 4 del Estatuto del Juez Iberoamericano: "En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos".

224 Véase Informe Defensorial N° 109 p.116. Como ejemplo de la doctrina especializada cita a González Granda, Binder, Balaguer Callejón y Martínez Alarcón; mientras que como jurisprudencia refiere a las Sentencias: Expediente N° 23-2003-AI, N° 2465-2004-AA/TC, N° 3361-2004-AA/TC y N° 0004-2006-PI/TC.

225 Devis Echeandía, 2004:p.56.

226 Decimos sustancialmente porque el control es concentrado a nivel de los reglamentos en la vía procedimental de la acción popular corresponde exclusivamente al Poder Judicial, la cual no llega a conocimiento del Tribunal Constitucional (No se encuentra comprendido dentro de la enumeración del artículo 202 de la Constitución).

227 El artículo VII del Código Procesal Constitucional peruano del año 2004 señala: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisándose el extremo de su efecto normativo (…)".

228 "La Corte Suprema de la República solo ha emitido, durante los 15 años de vigencia del Código Procesal Civil, dos plenos casatorios; resulta evidente la escasa presencia de doctrina jurisprudencial vinculante, unificadora de la jurisprudencia civil en nuestro medio." LAMA

de alguna manera permiten relativizar el principio de independencia externa de los jueces, reconocida constitucionalmente de manera expresa. En esta línea, el Tribunal Constitucional- en algunas de sus decisiones- ha manifestado una práctica contra independencia del Poder Judicial, que no solo ha reafirmado la naturaleza del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución, sino que ha concebido sus precedentes como fuente de derecho vinculante sin posibilidad de apartamiento a los jueces. Se entiende a las decisiones judiciales discrepantes como configurantes de inconductas funcionales de magistrados[229].

Se debe tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico, pese a estar reconocida la jurisprudencia de la Corte Suprema del propio Poder Judicial como fuente de derecho con carácter vinculante a nivel al como pleno casatorio[230] o principios jurisprudenciales[231], y pese

MORE, Héctor Enrique, La usucapión del coposeedor. En: SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL. 18 de setiembre del 2008. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, Perú. 2012, pág. 35 Luego, con ocasión de la clausura del taller "Control Preventivo de la OCMA para el Mejoramiento del Servicio de Justicia" realizado el 04 de junio del 2012, sostuvo que el escaso impacto de los precedentes judiciales se debía también a que si bien en los últimos años la Corte Suprema se preocupa por establecer precedentes judiciales todavía no revela la misma preocupación por difundirlos adoptando estrategias efectivas, ya que en algunas cortes superiores de justicia, inclusive Lima, no son remitidos ejemplares del Diario Oficial El Peruano y cuando lo son los precedentes están impresas con un tamaño de letras que hace difícil su lectura.

229 Como en la controversial sentencia del 12.02.07 STC-006-2006-PC/TC, producida en un proceso competencial donde concluye en el numeral 3 de su parte resolutiva, "Poner en conocimiento de la Oficina de control de la Magistratura del Poder Judicial", además de calificar el apartamiento del precedente como defecto sustancial de invalidez de la sentencia aún en el caso que haya adquirido la calidad de cosa juzgada. Sobre la crítica a esta práctica véase Monroy, 2008:p.157.

230 El texto originario del Código Procesal Civil Peruano de 1993 decía en su Artículo 400.- Doctrina jurisprudencial.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo./ La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio./ Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio./ El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado./ El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad." Lo cual ha sido modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, en el sentido de limitar su generación al pleno de los magistrados civiles supremos, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 400.- Precedente judicial. La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial./ La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente./ Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio./ El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad."

231 Esta es la denominación del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (DS 013-2008-JUS), mientras que su artículo 34 texto originario

a que su reconocimiento como tal sea de mayor antigüedad que los precedentes del Tribunal Constitucional, su impacto y dramatismo ha sido escaso y quizás nulo en el sentido que no se conoce procedimiento disciplinario abierto por haber contravenido el criterio del precedente casatorio o jurisprudencial de la Corte Suprema. Ello, sin embargo, no es obstáculo a efectos de advertir también una tensión latente entre los alcances de la independencia interna y los plenos casatorios o doctrina jurisprudencial.

5. La Clasificación Tripartita del Tribunal Constitucional Peruano

En la clasificación tripartita de independencia del Tribunal Constitucional Peruano se distingue entre independencia orgánica, funcional y otra como capacidad subjetiva. En esta perspectiva, las dos primeras aluden al término "garantía" como el "mecanismo jurídico dirigido a hacer realidad el cumplimiento efectivo de toda la Constitución"[232]. Esto involucra no solo su reconocimiento normativo de la independencia orgánica y funcional, sino también una organización que asegure su cumplimiento, lo cual comprende desde luego a los tribunales de justicia[233].

5.1 Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica)

La comprensión de la independencia orgánica de la judicatura nos remite al concepto de órgano judicial como Poder del Estado, lo que históricamente se configuró en la denominada teoría de "Separación de los Poderes"[234]. De esta manera, su alcance, sentido y significado dentro

decía: "Las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contenciosa administrativa./ Los órganos jurisdiccionales inferiores podrán apartarse de lo establecido por la doctrina jurisprudencial, siempre que se presente circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial./ El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedida."

232 Castillo Córdova, 2005: p. 477.

233 De manera genérica se dice que "toda norma de Derecho positivo realmente existente necesita de los tribunales de justicia, para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero". (Véase Peces Barba, 1980: p. 168). Por el proceso de amparo la norma de independencia se presenta como una situación jurídica subjetiva al dar la posibilidad al individuo para pretender ante la jurisdicción constitucional el cumplimiento de dicha norma para asegurar la preservación de sus intereses. La posibilidad se ha abierto desde que una interpretación en contrario de la norma constitucional según la cual no procede el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional reconoce que "el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso".

234 Esta apreciación es compartida por Enrique Álvarez Conde para quien "La consagración de la independencia del Poder Judicial se entronca históricamente con la propia doctrina de la

del Estado Constitucional exige el desarrollo de su vinculación con la mencionada teoría política, lo que desarrollándolo brevemente permite abordar con mejor comprensión la independencia orgánica.

5.1.1 Origen de la Teoría de la Separación de los Poderes y Desarrollo dentro del Estado Legislativo

Aun cuando la Teoría de la División del Poder Político en órganos con frenos y contrapesos tenga antecedentes en la República romana, mediante la figura de las Magistraturas y particularmente la del Tribuno[235], la conceptualización de la separación de Poderes del Estado en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como principio político y técnico es una construcción moderna, que se inició con la continua reflexión de la experiencia de pactos de poder al interior de las monarquías absolutistas europeas.

En Inglaterra, en el siglo XIII, la lucha política que originó la Carta Magna albergaba ya el conflicto entre el rey (Juan Sin Tierra) y los barones nobles. Se delimitaba el poder del rey frente a sus súbditos con el establecimiento del *due process of law*[236]. Cuatro siglos después, posterior a la experiencia absolutista del rey Carlos I, el protectorado de Cromwell ensayó a través del *Instrument of Goverment* de 1653 "el primer ejemplo de un intento práctico de tal división"[237], mientras que en 1689 la Declaración de Derechos o *Bill of Rigths* estableció, en materia tributaria, la reserva de la imposición tributaria al Parlamento[238].

La doctrina de la separación de poderes se esboza como tal,originariamente en Inglaterra, con Locke, en su Tratado de Gobierno. Este sostenía la presencia del Poder Legislativo, Ejecutivo y

separación de poderes". (Citado por STC N° 0023-2003-AI/TC-Lima, Fundamento 27).

235 El establecimiento del mismo Senado con facultades consultivas ya desde la original monarquía revelaba cierto propósito estimado de limitar la concentración del poder, la cual se aprecia con mayor claridad en la república, con la aparición de la magistratura consular en número de dos, como la máxima magistratura en sustitución del monarca. El tribunado, originariamente conformado por dos representantes, establecido al poco tiempo de inaugurada la república, daría forma institucional al conflicto social romano concediendo a las familias plebeyas facultades de carácter negativo como el poder de veto sobre cualquier ley o propuesta de cualquier Magistrado.

236 "39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino" (Alvarado Velloso, 2006:p.114) Más adelante en relación a la selección de los Magistrados se dice: "45.No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni bailíos sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente". (Alvarado Velloso, 2006:p.115-116).

237 Véase Schmitt, 1934:p.212.

238 "4) Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un periodo de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es *ilegal*"(Velloso, 2006:p.125).

Federativo. En Francia, con Montesquieu, recogiéndose la experiencia inglesa y bajo el influjo Bolingeroke[239], alcanzaría su configuración clásica al relacionarse ella con claridad con la búsqueda de la seguridad del ciudadano, premisa necesaria para alcanzar la libertad política con la separación al interior del Estado[240], separación tripartita: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esto no significa autarquía ni aislamiento, sino determinación de competencias[241] no jerárquicas que involucra la idea de "equilibrio", es decir, actividades plurales conexas, no subordinadas de peso y contrapeso.

No obstante, se debe tener presente la escasa importancia que durante la vigencia del Estado Legislativo, en general atribuyó la doctrina de la separación de poderes al Poder Judicial. Por ejemplo, en Montesquieu, el equilibrio se daba entre el Ejecutivo y el Legislativo, reduciendo al Poder Judicial a la "Boca de la Ley" y, por lo tanto, a una actividad casi nula[242]. Se advierte, mayoritariamente, una concepción de primacía del Parlamento, donde la labor del Juez se limitaba al control de la legalidad y no de la constitucionalidad[243], sin abandonar el ideal de "equilibrio". Resulta necesario precisar, particularmente, que en Estados

239 "El autor efectivo de la doctrina teorético-constitucional del equilibrio de poderes es BOLINGEROKE, que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco" (Schmitt, 1934:p.213).

240 "La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro. / Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. / Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor". (Montesquieu, 1984: p. 169).

241 Kelsen resalta la apreciación que es un error que el poder estatal se pueda dividir cuantitativamente pero ello no ha sido obstáculo para que se sustenten postulados políticos admisibles: "Tras la idea, completamente errónea, del poder estatal como substancia divisible cuantitativamente, se oculta una serie de puntos de vista divergentes, pero admisibles como postulados políticos" (Kelsen, 1959:p.335).

242 "De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo. No quedan más que dos que necesiten de un poder regulador para atemperarlos." (Montesquieu, 1984: p.173). Esta idea la expresó reconociendo incluso la poderosa particularidad del poder de juzgar: "De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados." (Montesquieu, 1984: p.170).

243 Kelsen por ejemplo al describir el principio de separación de los poderes en la jurisdicción dentro de la Monarquía Constitucional señala: "La actividad judicial está ligada a las leyes, no a las prescripciones generales o individuales de autoridades superiores, por lo que la constitución priva a los jueces del derecho de examinar la constitucionalidad de las leyes. El juez tiene que aplicar lo que ha sido publicado como ley, dejando a un lado si se observan o no los preceptos constitucionales." (Kelsen, 1959:p.433).

Unidos[244], quizás por su pre-revolucionaria práctica deliberativa del ejercicio de libertad en los asuntos públicos -a diferencia de Francia- tal ideal comprendió a los tres poderes[245] y se extendió a la configuración del Estado Federal ante la necesidad de establecer una naciente unión libre entre trece repúblicas[246].

En el aspecto técnico, se ha indicado el peligro de la concentración, consistente en la tendencia del creador de la norma que conoce un caso concreto a resolver en función de su arbitrio y subestimando el texto. De esta manera afecta tanto a la legalidad de la ejecución como a la seguridad jurídica[247].

Así, alrededor de la idea de separación de los poderes subyace el ideal político de la seguridad del ciudadano. Esto exige no solo la creación de organismos diferenciados al interior del Estado en los detentadores del poder, sino al establecimiento de un "equilibrio", término extraído de las ciencias naturales entre los órganos para lo cual se establecen frenos y contrapesos.

5.1.2 Vigencia de la Teoría de la Separación de los Poderes en el Estado Constitucional

La Teoría de la Separación de los Poderes encontró su crisis más fuerte durante las primeras décadas del siglo XX, pues en este periodo se dio origen, expansión y práctica a ideas críticas sobre esta teoría. No solo en el sentido de reformarla, sino inclusive de cancelarla como se apreciaba en el derecho socialista, ante la imposición del principio "Dictadura del Proletariado". Esto percibido como instrumentalmente

244 Schmitt por ello clasificaba a los Estados Unidos dentro de su tipología como "Estado Judicial".

245 Jefferson: "el gobierno por el que luchamos (…) no debe basarse únicamente sobre principios libres (…) sino sobre un gobierno cuyos poderes estén tan divididos y equilibrados entre los diversos cuerpos de la magistratura que ninguno pueda traspasar sus límites legales sin que sea limitado y frenado por los demás" *Nottes on the State of Virginia*, cuestión XIII. Citado por Arendt, 1967:p. 309.

246 Como por ejemplo John Adams quien volcó su pensamiento político al equilibrio de poderes "Debe oponerse el poder al poder, la fuerza a la fuerza, la fortaleza a la fortaleza, el interés al interés, así como la razón a la razón, la elocuencia a la elocuencia, la pasión a la pasión", no hay duda de que creía haber encontrado en esta serie de oposiciones un instrumento para engendrar más poder, más fuerza, más razón no para abolirlos" (Arendt, 1967: p. 163). Asimismo Madison opone poder entre Gobierno Federal y los gobiernos estatales la necesidad de afrontar establecer una unión entre trece repúblicas.

247 Kelsen indica: "Si la creación de las normas de ambos grados está concentra en una sola mano (…) , existe el peligro de que el órgano no se atenga demasiado estrictamente a la norma general por el mismo creada al resolver un caso concreto, y piense que puede modificarla en todo tiempo a su arbitrio. De ese modo peligran la legalidad de la ejecución, y por relación a la seguridad jurídica, la previsibilidad de la misma". (Kelsen, 1959: p.336).

óptimo a la necesidad histórica de la "causa revolucionaria", que exigía sustituir el orden burgués por otro socialista[248]. Se develaba así el espejismo de la neutralidad del Estado de Derecho[249] como en el "Principio del Jefe"[250], nacido de una concepción que pretendía originariamente corresponder de manera más real a la soberanía popular, entendida como monádica y no plural, que en el nacionalsocialismo estuvo al servicio de una concepción racial dentro de un biologismo histórico.

La conciencia y reflexión de la criminal y dolorosa experiencia totalitaria del siglo XX ha reivindicado el concepto de equilibrio entre los órganos conformantes del poder político estatal, y con ella la

248 No es que idealmente se haya argumentado una incompatibilidad entre "dictadura del proletariado" con "separación de poderes", sino que la práctica de tal régimen percibido como la prioridad institucional para logar los fines de la socialización llevó a la supresión concreta de la división de los poderes y a la concentración del poder en un dictador carismático. De esta manera Weber como observador de la revolución Rusa aún en el momento no estalinista de la revolución soviética hizo el siguiente comentario: "En los estados de masas no es posible dirigir colegiadamente de un modo *efectivo* ni una política exterior homogénea y enérgica ni tampoco la política interna. La 'dictadura del proletariado' mostró que para los fines de la socialización se requería un 'dictador' mantenido por la confianza de las masas. Ahora bien, este tipo de dirigente es el que no puede soportar, no ya esas 'masas' que le prestan confianza y apoyo, sino los miembros del parlamentos y 'consejos' (en esto no hay la menor diferencia) que proviniendo de las masas, benefician, sin embargo, de esa situación. El 'dictador' apareció en Rusia apoyado por el *poder militar* y por los intereses solidarios de los nuevos campesinos favorecidos por la expropiación." (Weber, 1984:p.223).

249 Véase Pashukanis, 1976: "El Estado de derecho es un espejismo, pero un espejismo que es muy conveniente para la burguesía (…) conviene aún más que la ideología religiosa porque no refleja completamente la realidad objetiva, a pesar de que se apoya sobre ella. La autoridad como 'voluntad general', como 'autoridad del derecho', se realiza en la sociedad burguesa en la medida que esta se estructura como mercado" (p.124) y más adelante "La burguesía (…) no ha perdido nunca de vista, en nombre de la pureza teórica, el otro aspecto de la cuestión; a saber, que la sociedad de clases no es solamente un mercado donde se encuentran poseedores de mercancías independientes, sino también, al mismo tiempo, el campo de batalla de una guerra de clases encarnizada en la que el aparato del Estado representa un arma muy poderosa" (p.126).

250 Arendt describe en el Estado totalitario del nacionalsocialismo alemán el "principio del jefe" donde había una continua competencia entre organismos que duplicaban funciones, concentrando el poder de la autoridad como directa y real: "Una continua competencia entre organismos que no sólo tienen funciones superpuestas, sino que se hallan encargados de idénticas tareas, no deja casi ninguna posibilidad de ser efectivos a la oposición o al sabotaje; un rápido desplazamiento en el énfasis que relegue a un organismo a la sombra y eleve a otro a la autoridad puede resolver todos los problemas sin que nadie llegue a ser consciente del cambio o del hecho del que haya existido oposición" (Arendt,, 2003: p.608) y más adelante explica su sentido: "la multiplicación infinita de organismos y la confusión de la autoridad conducen a una situación en la que cada ciudadano se siente directamente enfrentado con la voluntad del jefe, que arbitrariamente escoge el órgano ejecutante de sus decisiones, así el millón y medio de Führers en todo el III Reich, sabían muy bien que su autoridad se derivaba principalmente de Hitler, sin intervención de los sucesivos niveles de una jerarquía operante. La dependencia directa era real, y la jerarquía operante, desde luego de importancia social, era una imitación ostensible y espuria de un Estado autoritario". (Arendt, 2003: p.610)

tradición de la filosofía política que la ha sustentado[251]. De esta manera, dentro del Estado Constitucional,[252] se la percibe con las siguientes particularidades:

1) A modo de "pieza central (…) [como] una de las más felices 'invenciones' de la historia del espíritu y la cultura y (…) equivalente a los diez mandamientos de la Biblia, junto con la dignidad humana y la democracia, los derechos humanos y el Estado social y ecológico de derecho(…) podría hablarse incluso de un 'derecho fundamental a la división de poderes', ya que en última instancia esta se encuentra al servicio de los derechos humanos, de la protección de la "libertad del individuo"[253].

2) Al interior de un escenario que supera la trilogía clásica de poderes. En este sentido, a los tres poderes clásicos se les suman otros órganos constitucionales, a modo de satélites, por lo que "hay múltiples traslapes y fecundaciones mutuas"[254]. Un eje lo constituye el fortalecimiento de la jurisdiccional constitucional y se llega a afirmar, en un sentido amplio, que la misma competencia económica encuentra su sustento en la idea de equilibrio de poder.

3) Como «*principio relativamente abierto*», por cuanto permite una visión crítica contra "nuevas zonas de peligro del abuso de poder"[255].

4) Desde el punto de vista teleológico, aun cuando se resalte su utilidad como mecanismo protector negativo contra el abuso del poder -lo que lleva implícito una mayor concreción de los derechos fundamentales- se advierte la presencia de un aspecto positivo consistente en constituir un elemento de optimización funcional y de responsabilidad de los poderes del Estado[256].

---

251 Por ejemplo Häberle reconoce el carácter inspirador del pensamiento de Montesquieu en el Estado Constitucional, señalando que "La experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él" (Citado por Häberle, 2003:p.203).

252 Debe tenerse presente que en el Estado Constitucional el principio de división de los poderes "viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales" (Häberle, 2003: p.203).

253 La cita pertenece a Häberle, Ob. Cit.: p. 208.

254 La cita pertenece a Häberle, Ob. Cit.: p.203.

255 La cita pertenece a Häberle, Ob. Cit.: p.203.

256 Refiriendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán Häberle señala que "argumenta de modo teleológico, al referirse al fin de la división de poderes, a saber 'el control mutuo de los órganos del Estado y con ello la moderación del gobierno del Estado' (…)[agregando como argumento funcional] 'las decisiones estatales deben ser correctas en lo posible, es decir ser adoptadas por los órganos que por su organización, composición, función y modo de proceder cuenten con las mejores condiciones' (…)[reconoce la existencia de un núcleo esencial en la configuración de cada poder] al declarar como inmodificable un núcleo de cada poder y que protege las 'funciones que típicamente' le confiere la LF(…). Por lo tanto (…) considera a la división de poderes no sólo como un mecanismo protector negativo contra el abuso de poder,

5) El principio opera como un corrector de la doctrina absoluta de la soberanía popular, errada por monádica, al introducir el elemento de pluralidad como diversidad de órganos en equilibrio de peso y contrapeso. De esta manera, "la división de poderes" abre una perspectiva de encontrar una vinculación entre el Principio de Soberanía Popular con dignidad humana[257].

6) La concepción constitucional de separación de poderes no se identifica con la concepción clásica de la misma que delimita el ámbito de actuación del Poder Judicial exclusivamente a la función de juzgar, en el sentido de estar restringido a la mera aplicación de la Ley, sino que resalta la necesidad de evitar la concentración de poder en un solo órgano. De esta forma, el Poder Judicial, que en la teoría originaria de Locke, no había sido percibido como un poder, ha alcanzado como institución y función -en palabras de Häberle- una "*apreciación* incomparable"[258] de reconocimiento a la "función 'pretoriana' del tercer poder"[259].

5.1.3 Alcance, sentido y significado de independencia judicial en sentido orgánico

Como manifestación de la Teoría de la División de los Poderes, dentro de un Estado Constitucional, la expresión "independencia orgánica" del Poder Judicial alude a la calidad que alcanza la potestad jurisdiccional cuando alrededor de tal función se establece un poder que se contrapesa en equilibrio con el resto de poderes públicos para el aseguramiento de las situaciones jurídicas subjetivas que emanan de la norma constitucional y parlamentaria. Se configura, de esta manera, un principio secundario instrumental por cuanto ella permite "garantizar la genuina independencia judicial, como es la independencia personal de cada juez"[260]. Así, se predica la independencia orgánica como adjetivo del Poder Judicial y no de la persona del Juez.

Se debe tener presente la diferencia de esta concepción, propia del Estado Constitucional, con la independencia orgánica concebida en su precedente histórico del Estado Legislativo, donde se partía de concebir

sino también, positivamente, como elemento constitutivo del poder estatal, como elemento de optimización funcional y de 'responsabilidad de los poderes' " (Häberle, Ob. Cit.: p.207).

257 Así por ejemplo Häberle al citar a Dolf Sternberger en el sentido que "no todo el poder del Estado dimana del Pueblo" afirma que "En el postulado de la democracia con división de poderes o del Estado de derecho radica asimismo tanto una corrección de las doctrinas 'absolutas' de la soberanía popular como una indicación de la fragmentación pluralista de la voluntad del pueblo. Sin embargo, sigue siendo una tarea pendiente la de desprender a la soberanía popular de su origen histórico-polémico para verla en vinculación con la dignidad humana." (Häberle, Ob. Cit.: p.173).

258 Véase Häberle, Ob. Cit.:p.221.

259 Véase Häberle, Ob. Cit.:p.222.

260 Siles, en Álvarez/Ardito…, 2003:p.202.

al Poder Judicial en su particularidad de actuar directamente sobre los ciudadanos[261]. Esta percepción coincide con la del Estado Constitucional descrita en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (PBIJ) "de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos y los deberes de los ciudadanos"[262]. Se consideraba su ejercicio de poder como "casi nulo". Se reduce su actuación a una labor exegética del texto legal y con una conformación en cierta medida dependiente de los demás poderes.

Es paradigmático, dentro del Estado Constitucional, apreciar que por ejemplo los (PBIJ) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fines de 1985, en un intento operativo de delimitar el alcance de la independencia orgánica, ha recogido, dentro de lo que es la independencia en general, garantías, derechos y mecanismos considerados básicos para asegurar la independencia de la judicatura. En relación a la independencia orgánica se describe lo siguiente:

1) El establecimiento del deber de toda autoridad pública y de los Estados en general de respetar la independencia judicial[263]. Este aspecto incluye la autonomía ejercida dentro de la Ley[264], así como la definición del estatus de Juez. Dentro de esta se encuentra presente la inamovilidad, permanencia y remuneración[265], aludida expresamente en el ordenamiento peruano a nivel constitucional[266]. Positivamente, se

261 Como cuando Bergasse, en su discurso del 24 de marzo de 1790, que sirvió de base a todos los informes sobre la organización judicial, señaló: El poder judicial (…) es el poder público cuyo ejercicio habitual tendrá más influencia en la felicidad de los particulares, en el progreso del espíritu público, en el mantenimiento del orden político y en la estabilidad de la Constitución. (…) Todos los poderes, hemos dicho en la Declaración de Derechos, emanan esencialmente de la nación y son confiados a ella; no hay ninguno que actúe más directamente sobre los ciudadanos que el poder judicial (…)" Dugüit, León, 1996: p. 87-88.

262 Léase el considerando Séptimo de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (PBIJ).

263 El numeral uno de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura dice: "La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura."

264 Limitación que debe entenderse como equilibrio y no como sumisión, rasgo esencial que permite seguir hablando de "autonomía". En nuestro ordenamiento legal, el artículo 2 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1993 señala que "El Poder Judicial es su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional (…)", por lo que el contenido esencial de autonomía rechaza toda intervención por actos constitucionalmente no autorizados de los otros poderes públicos.

265 Como por ejemplo Schmitt, cuando las menciona como medidas de aseguramiento del mantenimiento de determinada "institución" que no es otro que el Poder Judicial (Schmitt, 1934: p. 183).

266 Nos referimos al tercer párrafo del artículo 146 de la Constitución Política que señala: "El Estado garantiza a los magistrados judiciales: / 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley. 2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. / 3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propia de su función. Y/ 4. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía."

ha establecido límites al Poder Legislativo y Ejecutivo, quienes dentro de las alternativas interpretativas deducibles de la norma constitucional no pueden ejercer sus potestades legislativas o reglamentarias. Esto contraviene el contenido esencial de la independencia, inamovilidad, permanencia y remuneración digna o adecuada, las cuales son establecidas como condiciones de la potestad jurisdiccional[267] para asegurar determinadas situaciones jurídicas en el estatus de los Jueces que pueden resumirse en la primera de ellas [en la independencia] que es la que, finalmente, ha inspirado el fortalecimiento del estatus de quien ostenta la potestad jurisdiccional decretando el establecimiento de las demás. De lo expuesto se infiere que la remoción de un Magistrado solo puede producirse con la garantía de un Debido Proceso[268], contando con mecanismos disciplinarios transparentesque aseguren el debido procedimiento disciplinario a los jueces[269]. Como puede advertirse, la independencia orgánica implica así la "protección de una determinada organización", sin que ello carezca de una dimensión subjetiva que se comprende como inescindible. Esto significa dar una protección al estatus de Juez y significa también una garantía a los magistrados.

2) El asegurar al Poder Judicial los recursos adecuados para el desempeño de sus funciones[270]. Este tema es sensible, pues vincula la independencia de este poder como un precepto que limita las funciones del Poder Legislativo, quien tiene la titularidad de la definición del presupuesto público, en cuyo derredor se configura el Principio

267 Así se conceptúa en los numerales undécimo y décimo segundo de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, que dicen: "11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y jubilación adecuadas. / 12 Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el periodo para el que hayan sido nombrados o elegidos cuando existan normas al respecto". Adviértase que mientras nuestra Constitución habla de remuneración digna, los PBIJ hablan de remuneración adecuada.

268 Montero Aroca cuenta que en la Constitución española de 1812 se instauró la estabilidad del juez ordenándose que "no podían ser depuestos de sus destinos, sea temporales o perpetuos, ni suspendidos, sino por causa legalmente probada y sentenciada" en razón de que, según la exposición de motivos: "su ánimo [el del juez] debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta ni el desagrado del Monarca ni el resentimiento de un ministro han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado. Por ello nada es más a propósito que el que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio" (Montero, 1990: p. 21).

269 Al respecto léase los numerales décimo séptimo al vigésimo de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

270 El numeral séptimo de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura dice: "Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones".

de "Legalidad Presupuestaria" como uno de carácter democrático, excluyendo en ello la participación de otro poder público.

Por esta razón, la autonomía económica del Poder Judicial es relativa, circunscrita al contenido esencial de los "recursos adecuados para el desempeño de sus funciones", determinada por ella solo a manera de proyecto. Por consiguiente, se entiende la autonomía como ejercida dentro de la Ley Presupuestaria por cuanto su estructuración se encuentra en última instancia limitada a la aprobación de las partidas presupuestarias por parte del Poder Legislativo.[271] Dentro de este marco axiológico, este tema originó en nuestro país, el año 2004, en virtud de la activación por parte del Poder Judicial de un proceso constitucional competencial ante el Tribunal Constitucional, que se demandara al Poder Ejecutivo el cumplimiento del artículo 145 de la Constitución, según el cual "el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso".

Se argumenta que tal precepto era contravenido con la acostumbrada remisión del Poder Judicial de un proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, donde, después de ser modificado por este, en ejercicio de su potestad de dirección económica, recién era remitido al Poder Legislativo. El Tribunal Constitucional se pronunció a favor del Poder Judicial reconociendo que la práctica tradicional le obligaba a este a sustentar un proyecto que no era el suyo. Se concluía que la participación del Poder Judicial en el proceso presupuestario debía ser directa sin la mediación del Poder Ejecutivo, dado que por la naturaleza de su intervención gozaría de un factor favorable para un eventual sometimiento del Poder Judicial. De esta manera, "la garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo"[272].

271 El artículo 77° de la Constitución Peruana de 1993 señala: "La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas".

272 STC 004-2004-CC/TC: " (…) En tal sentido, debe quedar establecido que el Poder Judicial, como Poder del Estado, no está sujeto a una determinada política general de un gobierno determinado, sino a las obligaciones que la Constitución le asigna directamente. Por ello, corresponde al Poder Judicial, en cuanto a sus funciones y con base en la independencia que le es consustancial, fijar autónomamente sus objetivos institucionales que, obviamente, tienen un componente presupuestario. La garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo" (FJ 40).

Asimismo, debe tenerse presente la eventual participación legítima que pueda ejercer el Poder Ejecutivo en el aseguramiento al Poder Judicial de los recursos adecuados para el desempeño de sus funciones, en la medida que, constitucionalmente, se prevea como sucede en el Perú. Extraordinariamente, mediante "Decretos de Urgencia", se regula en materia económica – financiera. Por ejemplo, mediante Decreto de Urgencia 114-2001 publicado el 28 de septiembre del 2001, el Presidente de la República incrementó los ingresos de los Jueces en todos sus niveles jerárquicos[273]

3) El establecer procedimientos de selección y ascenso objetivos y no discriminatorios[274]. De esto se deriva que tales mecanismos no puedan ser arbitrarios, sino razonables y definidos por un órgano imparcial que evite la subordinación del Juez a otro poder del Estado determinando una dependencia en relación a ellos.

4) El establecer que la asignación de casos a los jueces es un asunto interno de la institución judicial[275]. Dicho precepto significa que los otros poderes públicos no pueden intervenir en tal aspecto. Se entiende que la asignación de los casos a los jueces se deriva de la aplicación del principio de Juez Natural o Juez Preconstituido por la Ley. Esto determinado en sentido genérico por el legislador, pero que de manera concreta solo es determinado por el Poder Judicial, mediante la interpretación de los jueces a través de sus instancias de las reglas establecidas de manera genérica por la ley y demás normas reglamentarias como las referidas a los turnos, sistema informático aleatorio de asignación judicial, etc.

273 Mientras que también por otro Decreto de Urgencia 34-2006, publicado el 6 de diciembre del 2006, se ordenó la reducción de los ingresos de los Vocales Supremos. Dicha medida estuvo ciertamente transformada con el reconocimiento del derecho de los Vocales Supremos a la homologación automática con los ingresos de los Congresistas de la República realizada mediante la modificación del TUO de la LOPJ de 1993 por Ley 28901, publicada el 10 de noviembre del 2006. Disposición que introduce la idea de la "universalidad" en materia remunerativa al interior de los poderes del Estado como un límite a la eventual arbitrariedad del Legislativo o Ejecutivo.

274 Los numerales Décimo y Décimo Tercero de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura señalan: "10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio. (…)/ 13. El sistema de ascenso de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia."

275 El numeral Décimo Cuarto de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura señala: "14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial."

5.2 Como garantía operativa para la actuación del Juez (independencia funcional) por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción

Por independencia en sentido funcional se alude a la garantía para la actuación del Juez en el ejercicio de su función. No está en referencia al órgano entendido como organización con poder al interior del Estado, sino como garantía del ejercicio de la función en su actuación concreta por parte de un Juez o de un Órgano Colegiado conformado por Magistrados de Salas Superiores o Supremas. Como garantía está establecida a favor de la función, lo cual puede derivar tanto en una actuación del Magistrado involucrado como de cualquiera de los justiciables. En tal orientación, los PBIJ la describe señalando ciertas limitaciones de esta independencia como las establecidas por la institución de la revisión judicial y mitigación o conmutación de las penas: "No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión de las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial, ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura, efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la Ley"[276]. Se dirige así tanto a los poderes públicos -imponiéndoles la limitación a sus potestades de ejercerlas sin afectar la independencia de quienes ejercen la potestad jurisdiccional- como a los particulares involucrados.

Téngase presente que comprendiendo el ámbito de las decisiones de un Juez en actividad funcional, al interior de un proceso judicial, se afecta esta garantía tanto al momento inicial de la definición de la competencia como en cualquier momento posterior del proceso incluyendo el momento postulatorio, cognitivo, decisorio y de ejecución de sentencia[277]:

1) De esta manera, en relación al momento inicial de la competencia, si bien rige el Principio de Legalidad de la Competencia, en virtud de la cual esta es definida por la Ley emanada del Parlamento, ello tiene el límite de que el órgano definido como competente para resolver controversias de carácter jurídico debe ser un órgano perteneciente al Poder Judicial. Se conecta así esta garantía con los Principios de Reserva y Exclusividad de la Jurisdicción establecido en

276 Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, numeral 4.

277 En nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional ha entendido que la independencia funcional se encuentra establecida en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política el cual señala que "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámites, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución."

el inciso 1 del artículo 139 de nuestra Constitución Política. Se concibe, conceptualmente, como "la prohibición constitucional al legislador, de que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial"[278], pudiéndose presentar ello también como desvío de la jurisdicción competente mediante norma legal de un proceso ya iniciado.

2) En relación a la afectación a la independencia en el momento cognitivo, el artículo 139 inciso segundo, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que ninguna autoridad «puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional (…) Tampoco puede (…) cortar procedimientos en trámite (…)". Se entiende, por consiguiente, que el avocamiento en causa pendiente o el impedimento de continuación de procesos jurisdiccionales por otro Poder del Estado o entidad pública configuran la afectación a la independencia judicial. Se percibe que ello también es asimilable a la intromisión atribuible a un particular y en menor medida a la falta de colaboración con la jurisdicción que determine el retardo o prescindencia de la actuación de determinado medio probatorio ordenado judicialmente, estimativa que ciertamente fundamenta el empleo de medidas coercitivas por la jurisdicción.

3) En nuestro ordenamiento, en relación al momento decisorio, se ha producido una discusión encendida sobre el alcance de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional apreciándose otra latente en relación a las decisiones de la Corte Suprema, aspectos que ya hemos referido al abordar el tema de la clasificación negativa dual de la independencia en externa e interna.

278 STC N° 023-2003-AI/TC-Lima, Fundamento 22. Se dice que se conecta por cuanto no se identifica con la "exclusividad" que tiene también un contenido negativo por el cual se "excluye a la potestad jurisdiccional de otros contenidos públicos distintos a la dirimencia de los conflictos jurídicos en sede judicial" (Fundamento 23 de la misma Sentencia), lo cual significa en definitiva la incompatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional con cualquier otra pública o privada, precepto que ha servido de fundamento en la referida Sentencia del Tribunal Constitucional para la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 6, 12 y 31 del Decreto Ley 23201 Ley Orgánica de Justicia Militar sobre composición del Consejo Supremo Militar integrada por Oficiales Generales Almirantes *en situación de actividad* ; así como de la Ley 28665 artículos 16.1 y 31 (STC 0004-2006-AI) donde se establecía la regla que para ser Vocal Superior o Juez Militar Policial, era necesario estar en situación de actividad sin desvincularse completamente del servicio y de los derechos y beneficios que posee dentro de la administración militar y policial. Al respecto, el Tribunal Constitucional literalmente dice: "En efecto, no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es independiente e imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional (como lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665), o que se establezcan disposiciones como la contenida dentro de la Segunda Disposición Transitoria de la aludida ley: 'Los oficiales designados temporalmente para desempeñar funciones en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial*, pueden presentarse al proceso de ascenso al gradoinmediato superior de su respectiva institución* y de obtenerlo, deben continuar desempeñando la misma función para la que fueron designados temporalmente' " (FJ 68).

4) En relación a la afectación de la independencia al momento de ejecución de sentencias judiciales, el mismo artículo 139, inciso 2, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú de 1993 señala, expresamente, que ninguna autoridad "puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución". No obstante, este precepto no fue obstáculo para que el Poder Legislativo y Ejecutivo expidieran normas legales, que motivadas también en el precepto constitucional de Legalidad Presupuestaria, previera el retardo en la ejecución de sentencias que imponen obligaciones de dar suma de dinero al Estado. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto declarando la inconstitucionalidad de normas legales, como la Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 008-1996-I, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 28 del Decreto Legislativo 817, que FJ 36 en 1997 disponía "las sentencias dictadas o que se dicten a favor de los cesantes o servidores públicos serán cumplidos a partir del primero de enero del año siguiente".

En oportunidad anterior a esta resolución, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 1 de la Ley 26599 por razones similares. Esta Ley estableció que el pago de obligaciones dinerarias a cargo del Estado que emanaran de resolución judicial "serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que corresponden". En su sentencia, el Tribunal señaló que "con esta Ley (…) no se deja administrar justicia en forma independiente ¿Cómo hará el Juez para cumplir el fallo si la Ley le prohíbe ejecutarlas en el caso de que el Estado sea el obligado?"[279]. De otro lado, tenemos a la Cosa Juzgada Constitucional[280] respecto de la cual el Tribunal, en la STC 0006-2006-CC/TC, derivada de un proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, específicamente, contra una serie de resoluciones judiciales perteneciente a materia constitucional (proceso de amparo) que por estar ejecutoriadas adquirieron -en nuestra concepción tradicional- la calidad de cosa juzgada, señaló que "una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada" (FJ 69)

En consecuencia se dispuso la "nulidad" de las resoluciones judiciales por las cuales se planteó el proceso competencial.

279 STC 0006-1996-I/TC; FJ 18.

280 El artículo 4 del Código Procesal Constitucional dice: "El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (…)"

Téngase presente el alcance de la independencia funcional del Magistrado. Esta se limita a cuando el Juez realiza su función jurisdiccional, lo que significa que se excluye de ella las actuaciones administrativas no jurisdiccionales del mismo. Al respecto, Mayor Sánchez[281] sostiene que "la independencia y sus correspondientes garantías no se atribuyen al juzgador, sino única y exclusivamente al juzgador en ejercicio de funciones propiamente jurisdiccionales". Ello es así, porque los jueces realizan además actuaciones administrativas como el de informar a la Presidencia su carga y producción. Más aún debe advertirse que en la organización judicial algunos Jueces ejercen potestad jurisdiccional, mientras que otros ejercen potestad administrativa al incorporarse a los órganos de gestión y de control del Poder Judicial.

En tal condición, estos Jueces -que no ejercen función jurisdiccional- están sometidos a instrucciones de sus superiores jerárquicos. El inciso 1 del artículo 96 del TUO de la LOPJ de 1993 hace manifiesta esta situación cuando establece que es deber del Consejo Ejecutivo Distrital "emitir los informes que requiera el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial". Lo es igualmente en relación al Jefe de ODECMA cuando el ROF de OCMA de 2009 establece que es función del Jefe de OCMA "disponer que el Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control respectiva, promueva las investigaciones necesarias cuando tome conocimiento de irregularidades funcionales (…)" (inciso 5 del art. 17).

5.3 Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia

Se debe tener presente que los antecedentes de independencia en el Juez, como requerimiento de la aptitud subjetiva independiente de los intereses personales y dependiente de los valores en las personas detentadores del poder, se encuentra en toda comunidad humana. No resulta en lo sustancial una estimativa moderna de las sociedades complejas secularizadas como lo es la división de los poderes. Esta aspiración de coincidencia del propósito del Juez con el ideal de justicia, limpio de aspiraciones personales, ha estado presente desde las civilizaciones antiguas, incluso como limitación y condena potencial contra el detentador del poder[282].

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de Expediente N° 0023-2003-AI/TC-Lima -Código de Justicia Militar y Ley Orgánica de Justicia Militar, advierte como perspectiva de la independencia

281 Véase Mayor Sánchez, 2007.

282 El desarrollo de estas ideas las veremos más adelante.

su capacidad subjetiva entendida "con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia"[283]. En cierto sentido, se debe resaltar el carácter opuesto de la independencia como capacidad subjetiva en relación a la independencia funcional, en tanto que en el primero es vinculante al propio Magistrado, mientras que en relación al segundo es vinculante a todo otro u ente que pretenda afectar el ejercicio de la función.

6. La Clasificación Dual Institucional Personal

La clasificación dual, que distingue entre independencia institucional y personal, ha sido asumida por Siles. En ella, la independencia institucional comprende "la independencia del órgano judicial como conjunto de órganos encargados de administrar justicia frente a los otros poderes del Estado", mientras que la independencia personal está referida al "juez particular, considerado individualmente como juzgador"[284].

6.1 Independencia Institucional

En esta clasificación, dentro de la independencia institucional, está comprendida "el deber de toda autoridad política y de los Estados en general, de respetar la independencia judicial, de no entrometerse indebida o injustificadamente en los procesos judiciales de brindar a los poderes judiciales recursos adecuados para el desempeño de sus funciones, de asegurar procedimiento de selección y ascenso objetivos y no discriminatorios, y de contar con mecanismos disciplinarios transparentes y que aseguren el debido proceso a los jueces Así mismo, se establece que la asignación de casos a los jueces es un asunto interno de la institución judicial, por lo que los otros poderes públicos no pueden intervenir en este aspecto"[285]. Se identifica así la independencia institucional con la independencia orgánica y funcional de la clasificación tripartita.

283 Véase Fundamento 31 literal c), donde se advierte por parte del Tribunal Constitucional el siguiente comentario como observador de la actitud de la judicatura nacional: "Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.".

284 Estas dos citas pertenece a Siles Vallejos. Véase en Álvarez Yrala/…., 2003:p.202.

285 Siles en Álvarez/…Ob. Cit.: p.206.

6.2 Independencia Personal

En esta clasificación dentro de la independencia personal está comprendida:

• La libertad de expresión y de asociación del Magistrado.

• El contar con una remuneración adecuada y jubilación.

• El estar sujeto a un proceso de selección o ascenso objetivo y no discriminatorio. El no ser removido o separados de sus cargos salvo por razones fundadas.

• El ser sometido a medidas disciplinarias transparentes y de gozar inmunidad por el ejercicio de sus funciones.

• El deber de ser imparcial y guardar la reserva profesional sobre los proceso[286].

En relación a nuestro ordenamiento, Siles ha hecho referencia[287] al artículo 16 de la LOPJ[288] en cuanto "no sólo establece un principio abstracto de independencia sino que faculta expresamente al juez a plantear acciones dirigidas a su propia defensa"[289].

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento,el mismo autor ha resaltado que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha previsto las siguientes medidas como garantía de la independencia personal: el mantenimiento de la especialidad del Magistrado durante el ejercicio de su cargo (artículo 17); el Principio de Legalidad en la aplicación de sanciones por responsabilidad funcional (artículo 20); la estabilidad en el cargo (186 inciso 2); la protección y seguridad de su integridad física y la de sus familias (186 inciso 4); percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía, la que no puede ser disminuida de manera alguna (186 inciso 5)[290]; reconocimiento de tiempo de servicios (186 inciso 6); intangibilidad de derechos y beneficios (193); respeto a la especialidad (190); derecho de establecer asociaciones de magistrados (199); responsabilidad civil y penal limitada a lo establecido por Ley

286 Esto es casi una reproducción literal de Siles, en Álvarez/…Ob. Cit.: p.206.

287 Siles en Álvarez/…Ob. Cit.: p.212.

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

289 Siles en Álvarez/…Ob. Cit.: p.213.

290 El texto actual de la LOPJ producto de la modificatoria del artículo 1 de la Ley 30125 publicado el 13 de Dciembre del 2013 es el siguiente: "Percibir un haber total mensual por todo concepto, acorde con su función, dignidad y jerarquía, el que no puede ser disminuido de manera alguna, y que corresponden a los conceptos que vienen recibiendo".

(192); solicitar rectificaciones a través de los medios de comunicación social, en defensa de la honorabilidad, cuando esta haya sido cuestionada (185-6); guardar reserva sobre los asuntos en los que interviene (184 inciso 6). Así comolas prohibiciones expresas para los jueces de aceptar donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria.

7. La Clasificación Dual Aspectos Internos y Externos

Roberto Mac Lean[291], partiendo de la perspectiva del Juez, abstrayéndose de la independencia orgánica o institucional, distingue entre aspectos internos y externos de la independencia.

7.1. Aspectos Internos

Dentro de los aspectos internos de la independencia distingue entre "la capacidad, con sus destrezas y habilidades desarrolladas correspondientes para identificar con seguridad confiada los valores morales que son símbolo de la comunidad en que trabaja y a la que sirve como Juez" con "tener conciencia plena de que todos sus conocimientos de lo que ocurre dentro o fuera de los expedientes, está determinado por las percepciones que nuestro centro nervioso en el cerebro recibe única y exclusivamente de nuestros sentidos corporales", por lo que no solo debe "percibir con intensidad y plenitud los hechos, viviendo al borde máximo de la vida misma y al límite posible razonable de la percepción sensorial, sino también aprender a examinar, analizar, cotejar, comparar, contrastar, relacionar y organizar los hechos frente al juez, en cada caso, para recién poder interpretarlos tanteando hipótesis de trabajo, tesis incipientes, teorías y conclusiones de hecho que permiten al juez insertarse en una realidad como si fuera una parte normal e íntima de su vida en ese momento, y para siempre"[292]. De este modo, los aspectos internos de la independencia señalada por Mac Lean se identifican con la capacidad subjetiva en la clasificación tripartita, con la distinción de que aquí Mac Lean describe con detalle, positiva y fácticamente, algunos elementos de la capacidad subjetiva que en la clasificación tripartita solo están referidos de modo tácito o genérico y sobre todo defensivo. Esto último, en el sentido de defender dicha independencia.

7.2. Aspectos Externos

Por ellos, entiende Mac Lean, al conjunto de circunstancias que determinan o afectan la independencia del juzgador. Comprende aquí, la inamovilidad del cargo, así como la "intangibilidad del sueldo" o remuneración adecuada.

291 MacLean, 2007:p.275 y siguientes.

292 MacLean, Ob. Cit.:p.276.

8. La Independencia como Principio y como Valor

Habermas hace una distinción entre principios que obligan a sus destinatarios y tienen un sentido deontológico, y valores que, siendo preferencias subjetivas compartidas, tienen un sentido teleológico"[293].

En esta línea, Habermas resalta el carácter normativo de los principios, lo cual significa su carácter de acción sujeta a obligaciones, la codificación binaria de su pretensión de validez, su carácter vinculante absoluto y los criterios referidos al sistema de normas y no de valores a los que tiene que satisfacer[294].El sentido deontológico lo conceptúa a partir de Dworkin y el sentido teleológico a partir del trabajo de Alexy, que concibe la norma-principio como mandato de optimización[295].

En nuestro ordenamiento, el artículo 139° de la Constitución Política establece expresamente como principio de la función jurisdiccional a la *independencia*[296] y la *imparcialidad*, la cual está

293 "Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, lo valores en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas" (Habermas,2005: p. 328)

294 Habermas, Ob. Cit.: p. 328-329. "Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción 'deontológica', es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero por su tipo de carácter vinculante, en absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y,(328-329) cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro."

295 Así: "los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia de interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular. (….) Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico, pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles". (Habermas, Ob. Cit.: p. 329). Debe tenerse presente que normas y valores para Habermas "desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a la *lógica de la argumentación*. Las teorías postmetafísicas de los valores tienen, por tanto en cuenta la particularidad de los valores, la flexibilidad de las relaciones jerárquicas que hay que establecer entre los valores, y la validez simplemente local de las configuraciones de valores. Y hacen derivar los valores, o bien de tradiciones y orientaciones valorativas a las que se está culturalmente habituado, o bien, cuando quieren acentuar el carácter subjetivo y consciente de la elección de valores, de decisiones existenciales acerca de metapreferencias y *higher order volitions*." (Véase Habermas, Ob. Cit.: p.330).

296 Véase incisos 1 y 2, que establecen que: «1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. / No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. / No hay proceso judicial por comisión o delegación. / 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus

contenida en el inciso tercero del mismo artículo 139, referido al Debido Proceso. Retomando el sentido de norma-principio de Zagrebelsky y de los principios con sentido deontológico de Dworkin o como mandatos de optimización de Alexy, se colige que la *independencia* e *imparcialidad* son normas-principios que tienen un sentido deontológico sin negar su carácter valorativo,el cual no se agota en su significación, sino en el que se retroalimenta de manera constante. Específicamente, en términos de la Teoría de la Argumentación Jurídica, diríamos que la independencia constituye también un principio por cuanto no tiene un supuesto de hecho abstracto delimitado, sino un supuesto demasiado abstracto indeterminado con mandato de optimización que,ante una situación concreta cultural, social, histórica, el ordenamiento de su aplicación concreta espera teleológicamente el mayor despliegue de este valor. Mientras que desde la perspectiva de la hermenéutica judicial puede afirmarse que la *independencia* e *imparcialidad*constituye un existencial vinculante de la organización política de la sociedad que aspira a una concreción de los valores de igualdad y libertad. El proceso interno de comprensión judicial, propia para resolver el caso, desde luego, incluye una etapa de prejuicio "contexto de descubrimiento".

8.1 Independencia e imparcialidad como garantía y como derecho deber

La *independencia* e *imparcialidad*también puede ser entendida como garantía a los justiciables y derecho-deber de los Magistrados.

Como garantía de los justiciables, lo enuncia expresamente el artículo 8 de la Convención sobre Derechos Humanos cuando alude a las garantías judiciales[297]. Tiene así el precepto un contenido vinculante en todo el sistema jurídico, un carácter normativo de norma-principio, que significa también que este asegura al ciudadano un sistema de protección suficiente para la concreción del Juez independiente e imparcial. Es decir, ante la presencia de situaciones objetivas de su afectación, le proporciona al ciudadano de las vías, acciones, recursos o actos procesales destinados a salvaguardarlo. En ese sentido, podemos afirmar que sin la garantía de la independencia en el Poder Judicial,

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

297 Artículo 8. Garantías Judiciales: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

se presentaría una situación de permanente alerta e inseguridad en la legitimidad de las decisiones de la autoridad en la solución de conflictos entre ciudadanos. Con esto se determinaría no solo la inseguridad de las situaciones jurídicas subjetivas controvertidas, sino la inestabilidad de todo el sistema jurídico-político.

Tengamos presente que "la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es prácticamente inescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales"[298]. DevisEcheandía entiende por *independencia* la garantía consistente en que los Magistrados "pueden obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión"[299]. El Estatuto del Juez Iberoamericano[300] entiende por *independencia* la garantía establecida para los justiciables. Esto consiste en que "los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la Ley con estricto respeto al Principio de Jerarquía Normativa"[301]. Asimismo, constituye una obligación ética: "El Juez está obligado a mantener y defender su independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional."[302] La STC 0023-2003-AI/TC la define como "aquella capacidad auto-determinativa para proceder a la declaración de derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad se trata de una condición de albedrío funcional".

Los Principios de Bangalore conceptúan la *independencia* e *imparcialidad* como valores. Al primero denomina valor 1 y al segundo, valor 2. Refiere, además, en su parte considerativa, que constituyen "principios".

Entiende por *independencia"un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales"*. Como se aprecia, la *independencia* constituye también un deber que es vinculante al propio Juez, extendiéndose en su articulado aplicativo la obligación, en el caso de la independencia externa a la "apariencia" a un observador razonable:*"1. 3. Un juez no sólo estará*

298 Baño León, 1988: p. 160

299 Devis Echeandía, 2004:p.56.

300 Tomado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Santa Cruz de Tenerife Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de Mayo de 2001.

301 Artículo I, Principio General de Independencia del Estatuto del Juez Iberoamericano.

302 Artículo 38 del Estatuto del Juez Iberoamericano.

libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable", el cual en un lenguaje appeliano es lo razonable para una comunidad real e ideal de comunicación[303]. Jurídica y éticamente es claro que la *independencia* también es un deber frente al mismo Magistrado. Este no solo se extiende al plano del ser, sino también al del parecer en el momento *ex ante* de la actuación judicial. En el momento *ex post* esta exigencia es menos enfática.

En los mismos principios de Bangalore[304], como ya lo hemos resaltado al abordar el acápite 3.4.2, se establece la *imparcialidad* como el segundo valor "esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales"[305]. Se debe resaltar la naturaleza de su carácter vinculante de deber frente al mismo magistrado referido "no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión" detallando, en el mismo, el significado negativo de deber en relación al mismo magistrado, porque "2.1Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio." Y extendiendo su significado a la apariencia inferible de la conducta del Juez no solo dentro, sino también fuera de los Tribunales. Se especifica, en relación a ello, su deber de minimizar las ocasiones de cuestionamientos a lo "razonable" **[306]**como realizar comentarios de un proceso que está o pueda estar sometido a su conocimiento**[307]**. Dicho de manera genérica, el Juez estará descalificado de participar en cualquier proceso en que no pueda participar imparcialmente o pueda parecer ello a un observador razonable.**[308]**

303 Ver Apel, 1991: p.164: "la suposición de *un a priori de la intersubjetividad*, que en Kant estaba prefigurado en el 'reino de los fines' de carácter metafísico, hay que hacerla valer, desde un principio, en el *entrecruzamiento* pragmático-trascendental del *a priori* de la comunidad *ideal* de comunicación, anticipada y la comunidad *real*, históricamente condicionada. Por así decirlo, hay que proceder desde un punto de partida más acá del idealismo y del materialismo metafísicos, en el que hay considerar los *a priori de la idealidad y de la facticidad*, así como su situación histórica".

304 Los Principios De Bangalore Sobre La Conducta Judicial, refrendados en la segunda reunión del Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, celebrada en 2001 en Bangalore (India)

305 Valor 2: Imparcialidad, Ver Principios de Bangalore.

306 "2.3 Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos."

307 "2.4 Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto."

308 "2.5 Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable."

En el Estatuto Universal del Juez, además de establecer la relación medio- fin entre *independencia* e *imparcialidad* (artículo 1° segundo párrafo), se ha extendido el deber de imparcialidad al ser y al parecer: "El Juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional"[309].

El Tribunal Constitucional en la STC 003-2003 ha señalado: "34. Mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al Juez frente a influencias externas, el Principio de Imparcialidad – estrechamente ligado al Principio de Independencia Funcional- se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo". El artículo 3.1 de los Principios de Bangalore referido al valor 3 "integridad" sobre conducta judicial denomina a la imparcialidad de la apariencia "integridad", y señala: "**3.1** Un Juez deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable."

En suma, la *independencia*e *imparcialidad*es una norma-principio que vincula a los Jueces,en el sentido de deber de su actuación, como a los justiciables, quienes tienen la garantía de que solo mediante una autoridad independiente e imparcial sus derechos -que aparecen dudosos- serán válidamente esclarecidos.

Tengamos presenta que la pregunta, cuya respuesta ensayaremos en esta investigación, alcanza a la comprensión de la *independencia* e *imparcialidad* no solo como obligación ética del Magistrado, sino también como jurídica, que fundamenta el control disciplinario ex post de los magistrados, a partir de la lectura de sus resoluciones y actuaciones en el proceso.

8.2 Vinculación entre independencia como capacidad subjetiva e imparcialidad

Desde que tanto la doctrina como diversos documentos internacionales hablan de *independencia* conjuntamente con *imparcialidad*, la definición de las distintas acepciones de estos términos nos permite vincularlos, delimitando de este modo el objeto de nuestra investigación, con un empleo de términos precisos.

Desde esta perspectiva, el análisis del control del valor *imparcialidad* e *independencia* en el Magistrado, involucra por un lado la imparcialidad como la cualidad estimada que se predica de la persona que asume la función de resolver conflictos intersubjetivos,

309 Artículo 5° del Estatuto Universal del Juez.

con rectitud, percibido como lo "justo". Este concepto se identifica, parcialmente, con la noción de independencia funcional y capacidad subjetiva propia de la clasificación tripartita del Tribunal Constitucional peruano e independencia personal de la clasificación dual. Advirtiéndose además de tal identificación parcial, la vinculación instrumental de la independencia orgánica en relación a la funcional y con ello a la imparcialidad, de modo semejante entre la independencia externa e interna de la clasificación dual con la imparcialidad.

8.3 Dificultades en la concepción de independencia interna e imparcialidad

Velloso ha resaltado el carácter negativo de las definiciones de imparcialidad y la ausencia de definiciones positivas señalando lo siguiente: "Esto que se presenta como obvio —y lo es— no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura./ Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos./ En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas[310]." Alvarado Velloso desde su concepto garantista de imparcialidad, que los vincula en extremo al derecho libertad e igualdad, afirma que es un error sostener que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y sean imparciales en los procesos en los cuales actúan[311].

El prefijo "in" que se agrega a la expresión dependencia, o "im" que se agrega a *partialidad* ciertamente denota negación, lo que invita a una definición negativa, pero ello aún no revela la real naturaleza de estos conceptos que como meras sombras se presentan como negativos. Su real contenido, alcance y sentido estriba en su carácter instrumental útil para alcanzar una subjetividad que, ausente de definición doctrinaria positiva, opera como legitimador de la decisión de poder que es la resolución judicial.

Téngase presente que la referencia de la imparcialidad en Bangalore, en cuanto se manifiesta por sus efectos indirectos y genéricos (mantenimiento y aumento de confianza del público, la abogacía y los litigantes); así como la definición de los aspectos internos de la independencia de Mac Lean, que alude a destrezas y habilidades desarrolladas como también a examinar, analizar, cotejar, comparar, contrastar, relacionar y organizar los hechosen cada caso,

310 Alvarado Velloso, 2006: p. 250.

311 Alvarado Velloso, Ob. Cit.: p. 251.

para poder interpretarlos; pese a contener elementos positivos para una conceptualización de la *imparcialidad* no detallan su despliegue en su desenvolvimiento concreto en una posición triangular inter-partes ni señala cuándo se puede afirmar que existe una sentencia no afectada internamente de *independencia* o *imparcialidad*, aspecto que ensayaremos en la tercera parte de la presente investigación al analizar los casos concretos.

8.4 Concepciones expansivas y limitativas de la subjetividad del Juez en la definición del alcance de la independencia e imparcialidad

Bajo un espacio cuantitativo de la subjetividad del Juez, regido por el eje polar: expansivo-restrictivo de posibilidad de decisiones, es factible clasificar en el área polar extrema de mayor expansión cuantitativa de la subjetividad del Juez a las concepciones publicistas de *independencia* e *imparcialidad.* De otro lado, en el extremo restrictivo se ubicarían las concepciones formalistas y garantistas que restringirían la subjetividad del Juez a ámbitos reglados de la decisión. Esto limita la misma a contornos predecibles y únicos.

8.5 La comprensión publicista autoritaria de la *independencia* e *imparcialidad*

En una comprensión publicista se resalta la ausencia de facultades regladas del Juez, quien se posiciona, por el contrario, como un Director del Proceso, facultado discrecionalmente para alcanzar el valor justicia. El Juez, en esta comprensión, está investido de amplias facultades y promueve el "Activismo Judicial", no solo en la interpretación de las normas de fondo del caso en la controversia, sino también de las normas procesales teniendo una interpretación amplia del *iura novit curia*, del Principio *Pro Actione*, de la actuación de la prueba de oficio.

A nuestro entender, a diferencia del garantismo procesal, no toda comprensión publicista será autoritaria. Ello solo sucederá cuando se constituya en un monólogo y no se pregunte sobre los criterios que determinan la forma de limitar el libre albedrío del Juez discrecional, olvidando la naturaleza y sentido de su facultad en la integridad del ordenamiento jurídico, donde coexisten otras normas-principios y donde deberá tener presente el criterio del consenso con la comunidad real e ideal de argumentantes.

8.6 La comprensión publicista democrática de la *independencia* e *imparcialidad*

Un Juez que actúa pruebas de oficio, comprometido con los principios y valores constitucionales y, por consiguiente, no neutral sino activista, es la concepción propia del Código Procesal Civil en la que, por ejemplo, se atribuye al Juez -entre otras cosas- la posibilidad de conceder una medida cautelar distinta a la solicitada por el peticionante.

La dinámica de la comprensión del Debido Proceso o de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, en el actual debate procesal, se ha movido dentro de las concepciones publicistas del proceso con las concepciones privatistas del mismo. El Juez, ciertamente, no es parte, pero tampoco es un tercero, ajeno al interés del proceso, sino que es un tercero comprometido con la axiología y los valores de la comunidad a la que pertenece y en la cual actúa.

En nuestra circunstancia moderna, propia de una sociedad compleja, la actividad del Juez se desarrolla sobre un texto escrito, o mejor dicho sobre una pluralidad de textos redactados en diferentes épocas por múltiples personas que al expresar proposiciones a modo de una selva proposicional -no pocas veces caótica-se asume una unidad, una integridad del mismo, precisamente, para manifestar un valor de la misma colectividad, llámese seguridad jurídica o igualdad en los ciudadanos. El Juez ilumina, acontece los valores y los propósitos de su comunidad con una decisión justificada por un discurso, que integra al caso concreto el sentir y el propósito de la comunidad a la que pertenece, la misma que nunca logra aparecer en su integridad en los textos escritos.

Su actividad no es una labor de sometimiento al texto escrito, sino de acontecer la axiología valorativa de su polis, para lo cual tiene que utilizar el texto escrito como una herramienta que permita descubrir la justicia vigente. Él es por así decirlo la manifestación viviente de la justicia, en su interioridad habita aquella conciencia capaz de discernir lo justo. Por ello, la naturaleza de su actividad es distante del burócrata que solo subsume órdenes establecidas y suprime preguntas y diálogos.

En relación a las partes, la decisión judicial se legitima en el diálogo. Cada parte ha tenido la oportunidad de defenderse, de elaborar un discurso proposicional y lógico a partir de su interés de ofrecer y presentar pruebas, de hacer uso de la palabra ante él. Pero este discurso no va dirigido a un ser distante sordo y enmudecido, sino a un Magistrado, quien para tomar su decisión judicial entra en diálogo con los doctrinarios, que no son sino la comunidad de argumentantes como miembros partícipes de su polis -dentro de un marco de

referencia lingüístico, lógico y axiológico- manifestado en enunciados proposicionales donde acontece la axiología de la comunidad política, de contornos muchas veces imprecisos, contradictorios, donde hay que definir las reglas prevalecientes (sea por su temporalidad, especialidad o constitucionalidad).

Si los abogados de las partes no tienen la calidad de terceros es porque entre ellas y los defensores estriba un acuerdo de representación, así también, entre la posición del Juez y las partes hay un acuerdo derivado del pacto social, que lo coloca en el objetivo de realizar, de concretar en la realidad de la vida los derechos y obligaciones enunciados, abstractamente, en el ordenamiento jurídico dentro del cual los principios constitucionales son el eje y cimiento estructural.

8.7 La comprensión garantista de la *Independencia* e *Imparcialidad* como neutralidad en la Subjetividad del Magistrado

La subjetividad estimada del Magistrado, aspecto interno, al que se dirigen instrumentalmente los deberes de *independencia* e *imparcialidad*, contiene contornos imprecisos. Estos han sido poco tratados y cuando se ha pretendido conocerlos, pareciera imposible delimitar su contenido positivamente, acudiendo para ello a una delimitación negativa.

Al respecto, la comprensión garantista es un ejemplo. Alvarado Velloso tiene el mérito de haber resaltado, en el estudio del derecho procesal, la importancia de la *imparcialidad* y sugerir que su significado es mucho más amplio que el comúnmente mencionado "falta de interés en el resultado del proceso"[312]

Pero cuando pretende delimitar su contenido, se limita a resaltar su diferencia con la posición de parte, identificando la *imparcialidad* con la "*impartialidad*", es decir, la negación de la posición en la que se ubica la subjetividad de la parte, con la subsecuente extracción en la subjetividad estimada del Juez de todo deseo, de todo compromiso con valores. Entonces lo reduce a un técnico con poder, a un burócrata con alma ausente que se complementa con el alma del Estado, de la voluntad del legislador o de la Constitución, a la que se adhiere por obediencia laboral o mecánica sin que sea la suya. Por este motivo, exige para los jueces, más que ajenidad de los resultados del proceso y de una ética standard, la presencia de una subjetividad artificial consistente en una lista detallada de asepsia emocional y valorativa:

---

312 Como cuando dice: "(…) hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez". (Alvarado Velloso, Ob. Cit.: p. 252)

- "Ausencia de todo tipo de prejuicios (particularmente raciales o religiosos).
- Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, oídos sordos ante sugerencias o persuasión de alguna parte interesada que pueda influir en su ánimo.
- No identificación con alguna ideología determinada.
- Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno y a la influencia de la amistad, de odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera.
- También es no involucrarse, personal ni emocionalmente, en el meollo del asunto litigioso.
- Evitar toda participación en la investigación de los hechos y en la formación de los elementos de convicción.
- Fallar según propio conocimiento privado del asunto.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera"[313].

Velloso termina afirmando lo siguiente: *"Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra*"[314].

El ideal garantista en materia procesal civil y otros procesos no penales de un Juez en todo *impartial* es una idea más pura de laboratorio, pero de inconveniente aplicación inmediata en nuestro sistema. Sabemos que la responsabilidad del Estado en la extensión de la defensoría gratuita a procesos civiles, distintos al de los alimentos, no se va a dar a corto plazo[315]. ¿Existiendo desigualdad de armas en la

313 Alvarado Velloso, Ob. Cit.:p. 252-254.

314 Alvarado Velloso, Ob. Cit.:p. 254

315 El mismo Alvarado Velloso es consciente de ello, considera importante abordarla pero afirma vehementemente que no es un tema que deba ser asumido por los jueces en el ejercicio de su función porque la desnaturalizaría al alterarse su imparcialidad: "Estoy convencido de que esta notable *desigualdad real* deba ser paliada. Pero no por el Juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que proceden promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios (…) quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos… y para el sentir del propio juzgador". (Alvarado Velloso, Ob. Cit.:p.251-252).

calidad del abogado, no en el sentido que uno es rico y el otro es pobre -aunque ciertamente no es lo óptimo que el Juez pierda imparcialidad al realizar pruebas de oficio- no es ello preferible a ratificar la conversión de una desigualdad extrajurídica material económica en una desigualdad de armas? La aplicación del modelo garantista tendría en el escenario jurídico el impacto de un shock económico. Su propuesta solo tendría, viabilidad acaso, con un compromiso político del Estado, nacido de un acuerdo nacional de impulsar con fuerza las defensorías gratuitas capacitadas y de calidad, con la extensión del conocimiento de los criterios jurisprudenciales a la comunidad jurídica y la responsabilidad de los abogados por mala asesoría.

8.8 *Independencia* e *imparcialidad* como conceptos instrumentales de la pureza

Téngase presente que la naturaleza instrumental del concepto *independencia* e *imparcialidad* ha sido resaltada por Romboli, quien establece una relación medio-fin entre ellos y el aspecto de la subjetividad del Juez, al cual adjetiva con el significante"pureza".

Romboli, con el propósito de desarrollar el análisis del Juez Natural o Pre Constituido por la Ley, al cual vincula con el control *ex ante* de la *independencia* e *imparcialidad*, elaboró el concepto de "Pureza y Regularidad de la Actividad Judicial" como el objeto de protección del valor *independencia* e *imparcialidad* señalando: *"La Constitución protege la pureza y la regularidad de la actividad jurisdiccional al garantizar la independencia e imparcialidad del Juez"*[316]. Se protege la pureza y la regularidad de la actividad jurisdiccional, garantizando la *independencia* e *imparcialidad* del Juez, "la primera concierne al ente, al órgano juzgador objetivamente entendido; la segunda en cambio, forma en consideración al Juez en el momento del concreto ejercicio de la función jurisdiccional. / Las dos garantías por lo tanto, están estrictamente vinculadas entre sí, y tienden, en conjunto, a perseguir un fin unitario; a su vez, las disposiciones constitucionales que protegen la independencia externa del Juez, especialmente respecto del poder ejecutivo (sujeción únicamente a la Ley, institución del Consejo Superior de la Magistratura, inamovilidad), y la independencia interna distinción de los jueces sólo por funciones, constituye una condición necesaria para la imparcialidad del Juez, que evita presiones e influencias que puedan provenir del exterior o del interior de la magistratura misma./ Dicha condición aunque necesaria, no puede considerase suficiente para garantizar la imparcialidad del Juez, porque si bien es verdad que un juez no independiente será siempre un juez parcial, no es igualmente cierto que el juez independiente sea, por ese sólo hecho, imparcial en

316 Romboli 2005: p.197.

el concreto momento de juzgar, a causa de los múltiples factores que pueden influir o condicionar su decisión"[317].

La Asamblea Constituyente consideró suficiente, ante la experiencia del fascismo, garantizar la *independencia*, "mientras que no ocurrió lo mismo respecto de la imparcialidad del Juez, pues se consideraron suficientes para dicho fin, las reglas previstas por los Códigos de forma en orden a la abstención o a la recusación, y se podría añadir, en orden a la incompatibilidad y a la remisión de procedimientos".

La palabra "autonomía" es afirmativa y parece ser útil para predicar lo estimado como propósito por estos medios. Etimológicamente, alude a reglarse uno mismo (auto) a definirse él mismo, una regla (nomos). Esto se refiere a formarse un criterio, pero no en el sentido de soberanía individual, sino dialogal, en relación con la Constitución y la Ley. La búsqueda de una definición positiva de la *independencia* e *imparcialidad* será desarrollada en la tercera parte de esta investigación, luego de que los conceptos preliminares sean enriquecidos a partir de la casuística que enunciaremos en la segunda parte.

8.9 Comprensión de la imparcialidad como ajena a la neutralidad

8.9.1 Comprensión de Dworkin y Lenio Luiz Streck

Para la concepción de la hermenéutica, que revalora los prejuicios y la tradición como parte de la comprensión, la Constitución no puede ser entendida como una suerte de premisa mayor *"de donde se pueda (simplemente) deducir sentidos. Ahora, no se funda un ente en otro. Como ya explicitado, cosas no son deducibles de cosas. Por eso la noción de co-originariedad, de co-pertenezca. Así como no se procede subsuntivamente cuando se interpreta (y por lo tanto, se aplica) un texto normativo en relación a una situación fáctica, también cuando se interpreta un texto con base en la Constitución, no ocurre ese proceso subsuntivo/deductivo. El sentido del texto se da a partir del modo de ser-en-el-mundo en el cual está insertado el intérprete. No se percibe el texto de entrada en cuanto a "ser objeto". Hay un mundo circundante donde acontece esa manifestación. Al vislumbrar el texto, ya hay un tener-previo, un ver previo y un pre-concepto acerca de la Constitución."*[318]

De este modo, ante la posibilidad de relativismo en la hermenéutica jurídica, Luiz Streck -siguiendo a Dworkin- intenta superarlo con la

317 Romboli, Ob. Cit.: p. 198.
318 Luiz Streck, 2009:p.341.

"integridad"[319] y,a su vez, superando la división de teoría y práctica por cuanto la verdad tiene referencias en el modo práctico de ser en el mundo, "en la facticidad, en que, por eso mismo, no se puede decir "cualquier cosa sobre cualquier cosa"[320].

Luiz Streck señala que hay que partir de pre-juicios verdaderos (legítimos), de los cuales el intérprete se apropia, que en el derecho está conectada a una tradición constitucional[321]. Asimismo, refiere*, "la constitución no es un elemento objetivo, separado del intérprete, fuera de la circularidad hermenéutica; de ella es imposible "deducir" "otro" elemento "objetivado", porque no es una categoría o una hipótesis a partir de la cual se pueda hacer "deducciones", y, al mismo tiempo, aunque siendo el punto de partida (y de llegada) del ordenamiento, frustra esa pretensión de ser ese punto, ya que ese "comienzo" siempre se renueva en la forma de anticipación de sentido y en la circularidad hermenéutica. Es preciso comprender, pues, que la interpretación del texto surgirá a partir de ese lugar originario, producto de la anticipación de sentido (estructura previa de sentido), porque esto, como señala Stein, no hay conocimiento de objetos en el mundo sin que tengamos una relación significativa con el mundo o con el mundo que nos envuelve y nos carga."*[322]

Dworkin pone en duda la suposición de una legitimación del derecho mediante la mera legalidad del procedimiento de la producción del derecho. El discurso jurídico para Dworkin "sólo es independiente de la moral y la política en el sentido que también principios morales y objetivos políticos han de ser traducidos al lenguaje neutral del derecho y puestos así en conexión con el código que es el derecho. Pero tras esta unitariedad del Código se oculta una compleja estructura del sentido de la validez del derecho legítimo, que explica por qué en caso de decisiones importantes se permiten entren en el discurso jurídico, y se incluyan entre los argumentos jurídicos, razones de procedencia extralegal, es decir, convicciones de tipo pragmático, ético y moral"[323]. De esta manera, Habermas señala que Dworkin partiendo de una crítica al positivismo jurídico, en especial su tesis de neutralidad y el de suposición de un sistema jurídico autónomo cerrado, desarrolla su idea metodológica de "interpretación constructiva".

319 Dworkin al respecto señala: "Tenemos dos principios de integridad política: un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el derecho lo más coherentemente posible desde esta perspectiva." (Dworkin, 1992:p.132).

320 Luiz Streck, Ob. Cit.:p.343

321 Luiz Streck, Ob. Cit.:p.344.

322 Luiz Streck, Ob. Cit.:p.345-346.

323 Esta comprensión de Dworkin pertenece a Habermas. Véase Habermas, 2005:p.277.

La interpretación constructiva supone, a diferencia de la antecedente hermenéutica, que los principios "no pueden a su vez tomarse del contexto de tradiciones de una comunidad ética a título de *topoi* históricamente acreditados, la praxis de la interpretación necesita un punto de referencia que apunte más allá de las tradiciones jurídicas en las que se ha crecido. Este punto de referencia que representa la razón práctica lo explica Dworkin, en lo que se refiere a método, recurriendo al procedimiento de la interpretación constructiva, y, en lo que se refiere a contenido, mediante el postulado de una teoría del derecho que efectúe en cada caso una reconstrucción racional del derecho vigente y lo traiga a concepto"[324]. *"Con la ayuda de tal procedimiento de interpretación constructiva todo juez habría de ser por principio capaz de llegar en todos los casos a una decisión idealmente [280-281] válida compensando la supuesta "indeterminación del derecho" por vía de buscar la fundamentación de su sentencia en una "teoría". Esta teoría tendría por finalidad reconstruir el orden jurídico dado en cada caso, de modo que el derecho vigente pudiera mostrarse como justificado a partir de un conjunto ordenado de principios y, por tanto, pudiera mostrarse como una encarnación más o menos ejemplar del derecho en general".*[325]

Desde esta perspectiva, la *independencia* e *imparcialidad* no puede ser entendida como "neutralidad" que signifique una negación total de los prejuicios, sino debe reconocerse su presencia de co-originariedad al sujeto perteneciente a una tradición y que presentándose necesariamente al momento pre-comprensivo es susceptible de ser sometido a crítica desde la integridad del ordenamiento jurídico – interpretación constructiva - percibiéndose al mismo Juez no como un sujeto de conocimiento neutral de todo valor, sino como el ser en el mundo que realiza su función en la manifestación concreta viviente del ordenamiento jurídico que en un Estado Constitucional no puede ser si no la Constitución e integridad del ordenamiento jurídico. Esta concepción hermenéutica establece, así, ciertas bases para una concepción positiva de la *independencia* e *imparcialidad*.

8.9.2 Comprensión de Habermas.

Habermas rechaza la concepción de Dworkin por monológica. Encuentra contradictorio el hecho que fundamentándose en la "integridad" termine sosteniendo la presencia de un Juez "Hércules". Es contradictoria porque la integridad parte de conceptuar al derecho como un medio de integración social, que permite mantener la auto-

324 Habermas, 2005:p.279.

325 Habermas, Ob. Cit.:p.280-281.

comprensión de una comunidad solidaria aun cuando sea en forma abstracta[326] y termine negando valor al procedimiento concentrando todo valor en el juez y olvidando el valor de la pluralidad[327].

Habermas establece una relación entre imparcialidad y la calidad del Juez como representante de los miembros no implicados de la comunidad jurídica. El proceso es descrito como una competición argumentativa entre los involucrados que tienen participación en el colectivo deliberante en la que finalmente el juez decide como representante de los miembros no implicado de la comunidad jurídica. "Las cuestiones relativas a la aplicación de normas afectan a la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, de modo distinto que los discursos de fundamentación. En los discursos de aplicación las normas, cuya validez se da por supuesta, se sigue refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados, pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a un segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. En su lugar pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión que de sí y del mundo tienen los autores de la acción de que se trate y los afectados por ella. De estas distintas interpretaciones de la situación tiene que surgir una descripción del estado de cosas, ya normativamente impregnada, que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes. De nuevo se trata de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, no mediatizador.

Ahora bien, los discursos de aplicación, las perspectivas particulares de los participantes, han de conservar simultáneamente la conexión con aquella estructura general de perspectivas, que en los discursos de fundamentación había estado tras las normas cuya validez se da ahora aquí por supuesta. De ahí que las interpretaciones de los casos particulares, que se hace a la luz de un sistema coherente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socio-ontológicamente está articulado, de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miembros no implicados de la comunidad jurídica, representados por un Juez imparcial, se dejen transformar unas en otras. Esta circunstancia explica también por qué el concepto de coherencia, al que se recurre para las interpretaciones constructivas, escapa a caracterizaciones puramente semánticas y remite a presupuestos pragmáticos de la argumentación"[328].

326 Habermas, 2005:p.294.

327 Habermas, 2005:p.295.

328 Habermas, 2005:p.300-301.

8.9.3 Comprensión de Romboli.

Para Romboli "La imparcialidad no puede ser vista como una institución que implica absoluta desvinculación e indiferencia a la causa a decidir, por parte del Juez, el cual debería configurarse como un simple instrumento *"que opera entre la norma y su concreta aplicación, al cotejar la fattispecie legal con lo real (...) el vehículo que, en aquel procedimiento, pone la ley en contacto con su destinatario"*[329]. De tal forma, el concepto de imparcialidad del Juez debería concretarse en la puntual y escrupulosa observancia de la Ley sin que otras "fuerzas" puedan apartarlo de ello, y debería traducirse en la continua aplicación, en el plano procesal del principio de legalidad"[330].

Agregando que con respecto a la doctrina predominante, el tema de la imparcialidad, vinculándolo al juez natural, se vuelve relevante cuando se advierte que la labor del juzgador de asociar la *fattispecie* abstracta al caso concreto se da dentro de un contexto de pluralismo ideológico que determina respuestas no unívocas, razón por la cual se descubre la vocación garantista de la imparcialidad, específicamente del juez natural, al asegurar que el pluralismo constitucional no sea artificialmente alterado: "Actualmente, puede considerarse pacífico, por lo menos en la doctrina predominante (…) que el Juez al interpretar la *fattispecie* abstracta prevista en la Ley, para asociarla con el caso concreto, no obra como un mecánico aplicador de la Ley, sino que efectúa juicios de valor que lo conducen a escoger una y no otra de las interpretaciones posibles, y sobre las cuales no puede no influir la posición política general, la "visión del mundo", propia del Magistrado en particular"[331] y más adelante "la constatación de la existencia, al interior de la magistratura, de un pluralismo ideológico… y su influencia en las decisiones realizadas por el Juez se descubre la función garantista, que el principio de juez natural desarrolla en el proceso, al impedir que aquel pluralismo… sea artificialmente alterado"[332].

La posibilidad de polivalencia escogencia de la orientación interpretativa del Magistrado pone de relieve el tema del juez natural porque si fuera una única la solución no habría mayor significado entre el Tribunal de Pisa y Savonna.

329 Esto es una cita dentro de la cita que hacemos de Romboli a Pittaro *"La posizione dei vice pretori onorari, la VII disp.. trans della Costituzione ed il principio della "naturalità" del giudice", en Archivo penale.*
330 Romboli, 2005:p.200
331 Romboli, Ob. Cit.:p.201
332 Romboli, Ob. Cit.:p.202.

8.10 Crítica habermasiana a la imparcialidad de la función jurisdiccional en la dominación racional weberiana

Señala Habermas que "lo que Weber describió como materialización del derecho formal burgués es lo que hoy conocemos como el proceso de juridificación característica del Estado social".[333] Habermas habla de un shock en la auto-comprensión liberal del derecho. Se produce una «materialización del derecho» que Weber ve con sentido crítico al apreciar que al producirse "una conexión interna entre derecho y moral, queda destruida la racionalidad que es inmanente al medio que representa el derecho"[334].

Weber, según Habermas, reconoce tres aspectos del término "racional": racionalidad de regla, racionalidad electiva y racionalidad científica[335]. La racionalidad de regla responde a un concepto de técnica que aclara la situación de regularidad para una racionalidad de la acción, lo que da ventaja en la previsibilidad y calculabilidad. En la racionalidad electiva no solo se trata de la utilización reglada de medios, sino de la selección de fines en función de valores. En la racionalidad científica lo racional son los resultados del trabajo intelectual de los expertos que configuran sistemas recibidos de símbolos como el corpus iuris.

Habermas se pregunta "¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?"[336]. Y se responde negativamente: "Basta considerar al movimiento obrero europeo y la lucha de clases del siglo XIX para percatarse de que sistemas políticos que respondían de forma bien aproximada a la idea-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, en modo alguno fueron percibidos *per se* como legítimos (…)"[337]. Habermas cuestiona cada uno de los aspectos de la racionalidad: "Supongamos que se cumplen las condiciones empíricas necesarias para poder garantizar la seguridad jurídica de forma universal y para todos por igual. Pero entonces plantéase la cuestión de que la seguridad jurídica en el sentido de pronosticabilidad en las intervenciones en la vida, la libertad y la propiedad es un 'valor' que compite con otros valores, por ejemplo, con una participación en las decisiones políticas, articulada en términos de igualdad de oportunidades (…) el papel privilegiado de que este valor goza en el derecho formal burgués no puede quedar justificado por solo la razón de que la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de las

333 Habermas, 2005: p. 536
334 Habermas, ob. Cit: p.539
335 Habermas, ob. Cit: p.540
336 Habermas, loc. Cit.
337 Habermas, loc. Cit.

propias acciones resulte funcional para la organización del tráfico social sobre el eje de una economía de mercado. La cuestión, por ejemplo, de si se está dispuesto a introducir políticas con ayuda de conceptos jurídicos más bien imprecisos e indeterminados, aun a costa de sacrificar un cierto grado de calculabilidad de las decisiones judiciales, es una cuestión de ponderación moral entre dos principios diversos. Pero tales colisiones hay que decidirlas entonces desde el punto de vista moral de la susceptibilidad de universalización de intereses"[338]. "La forma clásica de la ley abstracta y general no legitima la dominación ejercida en tales formas (…) de ello sólo podría hablarse si cualquiera tuviese la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades a las *oportunity-structures* de una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos."[339] Al comentar la generalidad de la Ley dice: "en la medida en que las materias reguladas sean, en efecto, de carácter general y no se vean afectadas en su contenido esencial por el cambio de los contextos, responden incluso a un principio de más alcance, a saber, el principio de que lo igual ha de tratarse de forma igual y que lo desigual de forma desigual. Frente a la argumentación funcionalista de Max Weber resulta, entonces, que la forma de leyes abstractas y generales sólo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral. Mas de ello no cabe concluir que un orden jurídico, *sólo* en la forma de leyes públicas, abstractas y generales pueden dar satisfacción a esos dos principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material."[340]

Para Habermas tampoco la cualidad de cientificidad puede explicar considerada en sí misma la eficacia legitimadora de la legalidad, la labor de sistematización de los especialistas ha hecho tomar conciencia que la validez de la norma del derecho no tradicional no es la misma que la costumbre. "Las distintas proposiciones jurídicas tienen, por tanto, que poder ser fundamentadas como ingredientes de un orden jurídico al que en conjunto quepa hacer convincente a partir de principios, pudiendo esos principios entrar en colisión unos con otros y debiendo en ese caso ser sometidos a un examen discursivo. Pero a su vez, lo que en el plano de esas discusiones normativas acaba haciéndose valer es una racionalidad que está más cerca de lo que Kant llamaba razón práctica que de una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es

338 Habermas, ob. Cit: p. 540-541.
339 Habermas, ob. Cit: p. 541.
340 Habermas, ob. Cit: p. 541 – 542.

una racionalidad que no es moralmente neutral."[341] Para Habermas la legitimidad de la legalidad solo hubiera podido presentarse "en la medida en que hubieran podido ser consideradas 'racionales' en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguió entre *preferibilidad* de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resultan, por así decir, *recomendables* frente a otros valores, y la validez deontológica (o *deber-ser*) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios (…) Weber no tomó en serio el formalismo ético."[342]

Habermas fundamenta una legitimación procedimentalista desarrollada en la concepción Rousseauniana y Kantiana, dice: "Rousseau y Kant, con sus modelos de un contrato social, a través del cual los miembros de una comunidad jurídica regulan democráticamente su convivencia como iguales y libres, dan ya plena satisfacción a la exigencia metodológica de una fundamentación procedimental del derecho. En esta tradición moderna expresiones tales como 'naturaleza' y "razón' no se refieren propiamente a contenidos metafísicos, antes bien sirven a la explicación de los presupuestos bajo los que habría de producirse un acuerdo o convenio para poder tener fuerza legitimadora. De tal modelo contractualista puede deducirse condiciones procedimentales para una formación racional de la voluntad."[343] "Weber equipara falsamente las propiedades procedimentales de un nivel post-convencional de fundamentación con orientaciones valorativas materiales. Por eso no se percata de que la figura de pensamiento que representa el contrato social (al igual que el imperativo categórico) puede entenderse como propuesta de un procedimiento cuya racionalidad garantizaría la rectitud (legitimidad) de cualesquiera decisiones que se produjesen conforme a él."[344] "La legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma, a una racionalidad autónoma, a una racionalidad exenta de moralidad, inherente, por así decir, a la forma jurídica; esta legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el derecho y moral."[345] "Si las cualidades formales del derecho –aquende el umbral de una diferenciación del derecho en tipos de derecho más o menos materializados- hay que buscarlas en la dimensión de los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si

341 Habermas, ob. Cit: p. 542
342 Habermas, ob. Cit: p. 542 – 543
343 Habermas, ob. Cit: p. 543
344 Habermas, loc. Cit.
345 Habermas, ob. Cit: p. 543 - 544

estos procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad, a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad práctico – moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental."[346].

El rótulo de desformalización del derecho o peyorativamente "juridificación" comprende para Habermas los siguientes tendencias del derecho actual: i) El derecho reflexivo, generación de cláusulas generales y metas indeterminadas ii) Marginalización; iii) Imperativos funcionales; Moralidad vs. Positividad del derecho. Tendencias sobre las que Habermas distingue tres posiciones:

1) Posición formalista de Forsthoff, las tareas de planificación y configuración social deben canalizarse en la forma clásica del Estado de derecho, ley abstracta pública y general, solo ello asegura la previsibilidad y calculabilidad de una justicia independiente.

2) Posición democrática de Abendroth, "trata de conciliar el principio de Estado social y las garantías del Estado de derecho bajo el techo de la autodeterminación democrática (…) el Estado democrático se considera centro de una sociedad que se determina así misma y se transforma a sí misma (…) El derecho no posee ninguna estructura *propia*, que pudiese ser deformada. En actitud positivista, el concepto de ley queda despojado de toda determinación interna concerniente a racionalidad. El mínimo ético pasa ahora de la forma semántica de la ley a la forma democrática de la producción legislativa."[347] La crítica que se hace es que ello "abre el camino por el que la Justicia y la Administración se sustraen a la supremacía del Poder Legislativo y, por tanto, a la única fuerza legitimadora, a saber, a la que proviene del procedimiento democrático de producción legislativa."[348].

3) Tesis procedimentalista, "Fuente de legitimación sólo puede ser ya el *procedimiento democrático* de la producción legislativa."[349]. Señala tres candidatos serios a la teoría procedimental de la justicia "modelos a que recurren para explicar el procedimiento de formación

346 Habermas, ob. Cit: p. 545
347 Habermas, ob. Cit: p. 549
348 Habermas, ob. Cit: p. 550
349 Habermas, loc. Cit.

imparcial de la voluntad común"[350]. Alude a Rawls "posición original" bajo la cual la elección de principios normativamente correctos: Kohlberg utiliza el modelo de Mead "de la reciprocidad general de las perspectivas entrelazadas unas con otras. En vez de una 'posición original' idealizada, tenemos una asunción ideal de rol (*ideal role-taking*) que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión."[351]

Habermas critica los dos modelos porque no hacen de todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En Rawls las "convicciones morales quedan asimiladas a decisiones atenidas a principios de elección racional, y en el modelo de 'la asunción de rol' a ejercicios empáticos de comprensión del prójimo."[352] En ese sentido refiere lo siguiente: "K.O. Apel y yo hemos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento, porque quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo (y escribiendo en) las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Pues todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos."[353] "K.O. Apel habla a este propósito del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una moral universalista que como tal ha de ser por fuerza una moral bien exigente. Pues incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida que aquellos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo bajo la condición de una observancia de la norma practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos, es decir, con carácter general, las haga efectiva en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (…) si cobran obligatoriedad jurídica"[354].

350 Habermas, ob. Cit: p. 556
351 Habermas, loc. Cit.
352 Habermas, loc. Cit.
353 Habermas, loc. Cit.
354 Habermas, ob. Cit: p. 558

La relación de derecho y moral se manifiesta como de complementariedad, pero "más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo *entrelazamiento* de derecho y moral. Éste se produce porque en las órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalidad vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se cierne por *encima del derecho* (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto supra positivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Pero esa moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza procedimental; se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación y aplicación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente"[355]. La institucionalización jurídica limita el tratamiento argumentativo "en lo que se refiere a método por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo que respecta a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social, en lo que respecta a condiciones de participación, a inmunidades y distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo que respecta a plazos de decisión."[356] La racionalidad de los procedimientos jurídicos es sede de la fuerza legitimadora configurando la dominación legal a través de las normas procedimentales de la administración de justicia, y en mayor grado a través del procedimiento democrático de producción de normas, asumiendo Habermas que el núcleo racional en sentido práctico moral de los procedimientos parlamentarios "no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues en este caso todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida, regulada y controlada por ese poder) de intereses divergentes y contrapuestos, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos conforme al modelo de una formación discursiva de la voluntad común"[357]. Señala que hay teorías de la Constitución que centradas en la idea del proceso político democrático que la constitución regula responden a un planteamiento crítico-reconstructivo se plantean la pregunta: "cómo y hasta qué punto puede asegurarse que en los procesos parlamentarios de decisión se tomen en consideración todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la manera de

355 Habermas, ob. Cit: p. 559
356 Habermas, ob. Cit: p. 560
357 Habermas, ob. Cit: p. 561

que se trate."[358] Crítica estas teorías porque "no desarrollan sus puntos de vista normativos desde una lógica de la argumentación moral, ni los aplican a las condiciones comunicativas para una formación discursiva de la voluntad. Por lo demás la formación intraparlamentaria de la voluntad sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional del proceso de producción legislativa no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías elegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad y nitidez con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate, en una palabra: del carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio de la opinión pública política con sus medios de comunicación y estructuras."[359] Habermas describe la evolución del derecho desde el punto de vista de la racionalización del derecho, el tránsito de la dominación tradicional a la legal como un proceso complejo.

8.11 Presupuesto de la vinculación entre imparcialidad con la libertad e igualdad

Libertad e igualdad son valores que, según Habermas, conforman los elementos del proyecto político inacabado de la modernidad. Este consiste en la autorregulación ciudadana expansiva a la comprensión de todo ser humano. Tal opción valorativa ante la circunstancia de conflicto de dos o más personas (conflicto inter-subjetivo) implica, necesariamente, la exigencia de que en la circunstancia la decisión de la solución, cuando es ya imposible el acuerdo, provenga de una persona distinta a las involucradas, sujeto ajeno al conflicto[360]. Lo contrario sería negar la calidad de iguales entre ambos, otorgando el poder de la definición del conflicto a uno de ellos y excluyendo. Esto significaría el establecimiento de un privilegio, concediendo efectos a la capacidad volitiva de uno de los sujetos de manera excluyente al otro.

8.12 Imparcialidad y discurso en la ética discursiva

La ética discursiva ha comprendido los valores de igualdad (universalidad) y libertad (autonomía) como presupuestos propios para la eficacia del discurso comunicativo. Si no se acepta al otro como distinto y como mi igual no tendría necesidad de comunicarme con él. De

358 Habermas, loc. Cit.

359 Habermas, loc. Cit.

360 Esta percepción también se encuentra en Pashukanis: "El poder de un hombre sobre otro se efectúa como poder del derecho, es decir, como el poder de una norma objetiva e imparcial" (Pashukanis p.122).

este modo, el empleo del lenguaje significa desde ya un reconocimiento a los valores de universalidad y autonomía de una manera práctica y básica para la existencia y desarrollo de toda comunidad humana[361].

Si esto es así y consideramos que el lenguaje es un fenómeno humano presente en toda civilización humana desde que el hombre es hombre, los valores de universalidad y autonomía no debieran considerarse como una creación moderna propia de la Revolución francesa o un reflejo ideal de la práctica de intercambio de equivalentes que llega a su máxima expresión en la sociedad capitalista. Deben considerarse como la praxis de una estimativa inherente a la humanidad del hombre presente desde su génesis como tal, razón por la cual la comprensión de su significado en toda su extensión debe recoger no solo la mejor literatura existente alrededor de los clásicos y contra-clásicos del Estado moderno y Constitucional, sino específicamente en el ámbito de la solución de los conflictos como imparcialidad del Juez en un proceso, debe remontarse a la mejor literatura de solución de conflictos presentes en las mejores tradiciones de la historia humana. Esto equivale a aquellas cuya duración se han mantenido hasta la actualidad como textos religiosos vigentes. Negar ello es creer moderno-céntricamente que la historia humana empieza en el siglo XVIII, negando la experiencia humana anterior, valiosa para una auto-comprensión verdadera del hombre, de sus conflictos, su sociedad y su derecho.

En otras palabras, el lenguaje tiene una estructura que incorpora los elementos de universalidad y autonomía en su interior, por ello, desde que toda comunidad humana poseyó un lenguaje, es decir, desde que el hombre se presenta como hombre en la historia incorpora como principios básicos de su colectividad la universalidad y autonomía. Ciertamente, han existido castas, privilegios, clases sociales, pero ello no ha sido obstáculo para que aún en esas colectividades estuvieran presentes estos principios de una u otra manera coexistiendo sin duda con otros que justificaron ya religiosa o ideológicamente las diferencias sociales. No es casual que el Judaísmo y con ello el Cristianismo, religión cuya madurez alcanzada se logró con la liberación del pueblo elegido sumido a la esclavitud en Egipto, haya establecido las circunstancias

361 Alexy hace alusión a Nino: "En Nino se encuentra una interesante variante del argumento de autonomía. Según él todo el que seriamente participe en discursos admite la siguiente norma fundamental del discurso moral, (basic norm of moral discurse): *It is desirable that people determine their behaviour only by the free adoption of principles that, alter sufficient reflection and deliberation, they judge valid*". (Alexy, 2004:p.100). Por el contrario la no asunción de la ética discursiva lleva a una parálisis personal o social: "Quien a lo largo de toda su vida no ha hecho una aserción (en el sentido definido…) ni ninguna fundamentación (…) no ha tomado parte en la forma de vida más elemental" (Alexy 2004: p.83) para Habermas el "abandono de la argumentación y de la acción orientada a la comprensión conduce a un callejón sin salida existencial" (citado por Alexy 2004: p.84).

apropiadas para que la expresión de la universalidad y autonomía propia de la ética discursiva se extiendan con una radicalidad racionalista en el lenguaje .

De esta manera es claramente perceptible que el imperativo de imparcialidad con que debe actuar la persona investida del poder para resolver un conflicto intersubjetivo es una pretensión muy antigua y se identifica con la civilización, al menos en el momento en el que se concibe a las personas involucradas dentro del conflicto que el investido de poder debe resolver en la medida que constituyen la continuidad histórica de saltar sus particularidades similitudes y diferencias.

9. Clasificaciones de independencia e imparcialidad

9.1. Por la calidad del órgano destinatario del deber

La calidad del órgano destinatario del deber tiene relevancia conforme a su posición estructural en el entorno del poder político. Si el órgano investido del poder de solución de conflictos goza de independencia frente al poder político presentará condiciones materiales objetivas que posibiliten el desarrollo de la imparcialidad subjetiva. Ello no lo asegura, pero es necesario, aunque por sí solo sea insuficiente.

9.1.1. Imparcialidad en entidades administrativas

El deber de imparcialidad de las entidades administrativas es conceptuado como un elementoconstitutivo del debido procedimiento, por ello es un principio democrático del Estado Constitucional que todas las entidades administrativas actúen con imparcialidad. No obstante, la propia estructura de las entidades administrativas ubica a los miembros detentadores de poder de la entidad como sometidos jerárquicamente. Esto no los hace independiente. Además de establecerse en relación a cada entidad administrativa fines específicos, que concretan políticas del sector, de tal manera que aun cuando establecidas para el bien común, su estimativa prioritaria no se encuentra en la expedición de decisiones justas acordes al ordenamiento jurídico, sino al pragmático cumplimiento de sus metas institucionales. Por lo tanto, no reúnen las condiciones objetivas de aseguramiento del valor de la imparcialidad. De este modo, el carácter de ambos discursos son diferenciables: “Desde puntos de vista de una división del trabajo basada en la lógica de las respectivas formas de argumentación los discursos jurídicos sirven a la aplicación de normas, mientras que la racionalidad de la actividad administrativa viene asegurada por discursos pragmáticos.

Estos últimos están cortados a la medida de la elección de tecnologías y estrategias que en las circunstancias dadas (teniendo en cuenta la limitación de recursos, los plazos, las resistencias a la aceptación y otras restricciones) resulten aptas para realizar los valores y fines que vienen previamente fijados y establecidos por el poder legislativo (…) los ideales legitimantes de la Administración son la precisión y la eficacia. Los administradores tienen que descubrir y emprender aquellas acciones que resulten eficaces para la obtención de fines especificados, sin olvidar, por supuesto, que ningún objetivo o fin particular agota la demanda colectiva de la vida buena. Los administradores han de realizar la tarea que tienen asignada de una forma eficaz en punto a costes (…) Dado que los valores vienen especificados, la Administración se orienta hacia hechos, algunos de ellos concretos e históricos (…) otros de tipo probabilística ('¿qué acciones realizadas en el mundo causarán que el mundo se ajuste a los fines que ha establecido?'). La respuesta a esta clase de cuestiones implica una actitud mental inquisidora. El actuar de esta forma eficiente requiere generalmente división del trabajo y control jerárquico, en una palabra burocracia"[362].

9.1.2. Imparcialidad en el Poder Judicial

Goza de las condiciones objetivas (independencia) en su estructura para asegurar la imparcialidad de sus miembros (jueces) y con ello de las decisiones. Su finalidad, como entidad establecida como poder del Estado, es la de administrar justicia, es decir, resolver controversias a través de decisiones investidas de poder.

9.2. Por el momento procesal

- Imparcialidad en la decisión de fondo
- Imparcialidad en el procedimiento o en el proceso

9.3. Por el contenido de lo conceptuado como imparcial

- Acto imparcial
- Persona imparcial

Esta diferenciación nos permitirá en la tercera parte de esta investigación desarrollar con mayor detenimiento el íter del proceso de la decisión independiente e imparcial.

9.4. Por el ámbito de su alcance

362 Habermas, 2005:p.255-256.

9.4.1. Imparcialidad objetiva

Aun cuando la imparcialidad es, en sí misma, una cualidad subjetiva, una actitud perteneciente a la interioridad del sujeto que legitima su investidura de poder, es factible hablar de una imparcialidad objetiva como aquella en la cual mediante estándares reconocidos normativamente de manera expresa o susceptibles de ser reconocidos razonablemente por la sociedad como factores que deslegitiman al sujeto juzgante por posible afectación de su subjetividad. Son los casos en los que hay controversia sobre causa propia del Juez o de familiares cercanos, entre otros.

El artículo 8 del Estatuto del Juez Iberoamericano reza lo siguiente sobre la imparcialidad objetiva: *"La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía"*.

En los Principios de Bangalore, en el inciso 2.5 del Principio de Imparcialidad, se expresa que el juez está descalificado de participar no solo en el proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial sino también *"en el que pueda parecer a un observador razonable"*.

El Tribunal Constitucional entiende por imparcialidad objetiva a "la influencia negativa que puede tener en el Juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable./ Por consiguiente, no puede invocarse el Principio de Independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues tal como lo sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en criterio que este Colegiado comparte: "[Un] Tribunal no podría sin embargo contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (…) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (…)".

9.4.2 Imparcialidad subjetiva

Alfredo Alvarado Velloso señala: "El tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio (…) debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) (…)[363]". A partir de esta premisa, a la que agrega la predictibilidad, establece una identificación entre actuación oficiosa del juez para alcanzar los fines del

363 Alvarado Velloso, 2006: p. 250

proceso (como la actuación de pruebas de oficio) con afectación al deber de imparcialidad, aunque esta actuación esté prevista legislativamente y pese a que el concepto aplicativo de la imparcialidad signifique la minimización de las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el Juez sea descalificado para conocer sobre el asunto (2.3). Téngase presente que no obtiene como consecuencia la inhibición subsecuente del Juez después de la actuación oficiosa. Esto se explica si se advierte que parte de la premisa consistente en identificar imparcialidad con una asepsia extensa que va más allá de la ausencia del Juez de interés subjetivo en la solución del litigio y significa ausencia de toda concepción valorativa, a la que denomina despectivamente prejuicio.

Devis Echandía señala:

"No es suficiente con la independencia de los funcionarios judiciales frente a los funcionarios ejecutivos, a los políticos, a los capitalistas y a las agrupaciones obreras; es indispensable, además, que en los casos concretos que decidan, el único interés que los guíe sea el de la recta administración de la justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, de enemistad, de simpatías o antipatías respecto a los litigantes o sus apoderados, o por posibilidades de lucro personal o de dádivas ilícitamente ofrecidas, o por razones políticas"[364].

El Tribunal Constitucional entiende por imparcialidad subjetiva aquello "que atañe a algún tipo de compromiso que el Juez pueda tener con el caso"[365].

A nuestro modo de ver *independencia* e *imparcialidad* es un fenómeno presente en la interioridad del Magistrado durante el proceso de la toma de decisión judicial. Esta decisión es tomada como referencia en lo sustancial a lo actuado en el proceso como a los valores del ordenamiento jurídico, excluyendo en esta toma de decisión factores de intromisión de personas investidas de poder, etc. De ello surge la necesidad de que todo otro (parte o no del proceso) se abstenga de ejercer actos como favores, presión psicológica, etc. Pero también es importante que el mismo Magistrado no renuncie a formarse un criterio en un proceso íter subjetivo cuyo detalle desarrollaremos en la parte tercera de esta investigación, teniendo presente los casos concretos que se describirán en la segunda parte.

10. Imparcialidad y desapego

Rawls, en su obra, a efectos de construir un concepto de justicia, acude a lo que denomina una "posición original de igualdad", calidad

364 Devis, 2004. p. 129.
365 Defensoría, 2004:p. 316.

hipotética útil para construir la subjetividad que habilita la construcción de los principios de justicia. La "posición original de igualdad" es una posición de ignorancia, por consiguiente, de desinterés propio y de total desapego de los bienes de su sociedad, posición que define un lugar hipotético en donde es posible acordar los principios de la justicia:

"En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. (…) La posición original (…) se considera como una situación puramente hipotética;(…) entre los rasgos esenciales de esta situación está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, (…) nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, (…) no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. (…) Transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa»[366].

Asimismo, señala que:

«Ninguna sociedad puede ser un esquema de cooperación en el cual los hombres ingresen voluntariamente, en un sentido literal; cada persona se encuentra, desde su nacimiento, en una posición determinada de alguna sociedad determinada, y la naturaleza de esta posición afecta materialmente sus perspectivas de vida. Aun así, una sociedad que satisfaga los principios de justicia como imparcialidad se acerca lo posible a un esquema voluntario, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales en condiciones que son imparciales. En este sentido, sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas. / Un rasgo de la justicia como imparcialidad es pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados. (…) Se les concibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos"[367].

11. La naturaleza discrecional de criterio y el límite de la razonabilidad

La independencia de criterio, manifestada en las resoluciones judiciales, goza de una estima principista favorable. Su contenido es preciso delimitar dentro del contexto de predominio en las actuales doctrinas de argumentación jurídica y filosofías del Derecho de una hermenéutica judicial. Estas estructuran un ámbito bastante discrecional donde se resalta el encontrarse centrada en principios más que en reglas.

"El ejemplo del principio constitucional de la "República" (artículos 20 inciso 1, 28, inciso 2, de la LF) muestra con cuánta fuerza se encuentra inmerso el derecho constitucional en "procesos de

366 Rawls, 1995: p. 25
367 Rawls, Ob. Cit.: p. 26

crecimiento cultural", y hasta qué punto los procesos de interpretación jurídica son dependientes, material y personalmente, de lo cultural y no primariamente de lo jurídico. Muestra también de qué modo, "con el paso del tiempo', una disposición 'jurídico-formal' poco tomada en cuenta adquiere (o recupera) vida o bien es actualizada a partir del ambiente cultural. También se transforma como parte de la re(producción) y recepción culturales"[368].

12. Control ex ante de la independencia e imparcialidad

12.1. Objetivación *ex ante*

Es posible que la afectación a la imparcialidad sea previsible objetivamente por un hecho apreciable de manera externa con una conducta previa a la emisión de la resolución o es posible que preexistiendo situaciones externas, en la orientación de un control *ex ante* previsor, se establezca un sistema de causales. Se habla así de un sistema de impedimento y de recusación, del Principio de Juez Natural y Preconstituido, así como un procedimiento que asegure una selección del Magistrado por su trayectoria.

12.2. El principio de juez natural como ejemplo de objetivación ex ante

Romboli precisa que "el Principio del Juez Natural no garantiza la imparcialidad del Juez entendida como desvinculación o indiferencia a la causa a decidir –respecto del cual no vemos cual es el aporte real del principio en cuestión- lo que garantiza es que el Magistrado competente no será un juez elegido específicamente para el procedimiento, y por ello seguramente será parcial. En forma sintética (…) dar la certeza de que el Juez que lo juzgará no será un Juez con seguridad parcial".[369] Tal vez se pueda entrever que ha vinculado el concepto de Juez Natural con imparcialidad, no en el sentido de neutralidad, sino de garantía del pluralismo ideológico de los magistrados (esto tiene que ver con lo que en nuestro ordenamiento se llama "criterio").

La competencia es determinada no por una intención dirigida al caso específico, sino por una norma abstracta previa. Se impide así el riesgo de direccionamiento del poder externo o incluso el poder interno a través de resoluciones administrativas. Es decir, se impide un factor dentro de los hipotéticamente múltiples factores de afectación de la subjetividad del Magistrado que conocerá el caso, por su definición en concreto. La garantía al ciudadano se reduce a que no será un Juez con seguridad parcial, pero esto significa ciertamente muy poco para

368 Häberle, 2003: p. 36
369 Romboli, 2005: p. 203

garantizar la "pureza" del juez.

12.3. Fundamento del control *ex ante* en función del pluralismo

Romboli pone de premisa "la constatación de la existencia al interior de la Magistratura, de un pluralismo ideológico, hoy por hoy reconocido por casi todos, y de su influencia en las decisiones realizadas por el Juez". A partir de esta idealanza la hipótesis de una función garantista del Principio de Juez Natural "al impedir que aquel pluralismo no contrastado, sino más bien auspiciado por nuestra Constitución sea artificialmente alterado, trasladando un procedimiento del Juez natural competente a otro Magistrado, en consideración de su posición política, para hacer que se arribe, para tal procedimiento, a una cierta y predeterminada solución"[370].

13. El control *ex post*

La pureza de la función jurisdiccional es una utopía ciudadana del Estado constitucional. Es un desarrollo de la dignidad como valor inacabado en el contexto de los conflictos intersubjetivos. Häberle señala:

"La teoría constitucional y el tipo del 'Estado constitucional' han de dar espacio al ser humano para un '*quantum* de utopía', esto no sólo en forma de la ampliación y promoción de las libertades culturales (¡también de las religiones!), sino de una manera mucho más intensiva, por la cual los textos constitucionales normen esperanzas (por ejemplo, anteriormente la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda) que sean al menos 'deseos utópicos' concretos. El 'principio de esperanza' (E. Bloch), el 'principio de responsabilidad' (H. Jonás), por ejemplo, en la protección del ambiente, estimulan desarrollos constitucionales fructíferos, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y la comunidad vive de una libertad responsable"[371].

La necesidad del ciudadano de contar con Magistrados investidos de valoresmorales es además de un hecho, una exigencia que deviene de la misma conformación de la ciudadanía de todo estado democrático contemporáneo. El Preámbulo del Estatuto de Juez Iberoamericano establece que "Tomando en cuenta que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas

370 Romboli, Ob. Cit.: p. 202.
371 Häberle, Ob. Cit.: p. 305.

nuevas necesidades (…)". Agrega en su parágrafo tercero la exigencia de idoneidad ética: "Considerando, además que, a la par de los esfuerzos que se realizan en lo que se ha denominado 'Reforma Judicial', con la diversidad que en el ámbito iberoamericano se observa, es indispensable dar respuesta a la exigencia de nuestros pueblos de poner la justicia en manos de jueces de clara idoneidad técnica, profesional y ética, de quienes depende en último término la calidad de justicia". Sin embargo, la exigencia, a efectos de ser realizable, debe dibujar un marco de selección y seguimiento que permita cubrir satisfactoriamente la titularidad de magistrados y reforzar la construcción de aquella subjetividad predicable del juez independiente e imparcial.

13.1 Debida motivación y control ex post del deber de *independencia* e *imparcialidad*

La debida motivación se relaciona con la garantía de un Juez independiente e imparcial, porque una resolución debidamente motivada no solo posibilita un óptimo ejercicio de derecho de defensa del ciudadano, sino porque ella manifiesta en la resolución una motivación razonable cuya formación tiene una relación íntima con la *independencia* e *imparcialidad*. Ciertamente, la motivación escrita de la resolución, lejos de ser la manifestación del ejercicio independiente del Juez, puede constituirse en una manifestación objetiva que acredita por el contrario un ataque contra ella. Pero precisamente su lectura y comprensión dentro del contexto en que se presenta permite esta constatación.

Ello, sin embargo, no es sencillo. ¿Cómo objetivamente es posible de modo *ex post* llegar a la certeza que ello ha sido así? El hecho que la decisión del Magistrado haya sido anulada o revocada por el Superior Jerárquico no es razón para decir que ese Magistrado haya cometido una falta contra la independencia. Al contrario, esto normalmente es solo la manifestación del pluralismo y del ejercicio independiente. Y aun cuando su decisión sea la incorrecta o incluso obedezca a una posición solitaria dentro de la jurisdicción, no puede ser estimada por ello como una decisión contra la independencia. Tal inferencia solo podrá realizarse cuando se configuren elementos objetivos que nos lleven a la convicción de que el Magistrado renunció a formarse un criterio propio a partir del caso y tal juicio, aspectos que desarrollaremos en la parte tercera de la presente investigación.

13.2. Control disciplinario en la concepción foucaultiana

A las formas de saber consistentes en el juego de prueba y la indagación, Foucault agrega la forma panóptica, surgida como práctica

social en el siglo XVIII y desarrollada en el siglo XIX. Aquí la pregunta ya no versa sobre el pasado, a través de la indagación, sino que la sustituye por la vigilancia, examen: "No se trata de reconstituir un acontecimiento (…) se trata de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder (…) y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no sólo de vigilar sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila. Es este un saber que no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se conduce o no como debe, si cumple con las reglas, si progresa o no, etcétera. Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como '¿se hizo esto?, ¿quién lo hizo?'; no se ordena en términos de presencia o ausencia, existencia o no existencia, se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer."[372] "La idea de colocar a una persona en prisión para corregirla y mantenerla encarcelada hasta que se corrija, idea paradójica, bizarra, sin fundamento o justificación alguna al nivel del comportamiento humano, se origina precisamente en esta práctica"[373].

Al referirse a la *lettre-de-cachet* señala que "no era una ley o un decreto sino una orden del rey referida a una persona a título individual, por lo que se le obligaba a hacer alguna cosa. / Podía darse el caso, por ejemplo, de que una persona se viera obligada a casarse en virtud de una *lettre-de-cachet*, pero en la mayoría de las veces su función principal consistía en servir de instrumento de castigo. / Por medio de una *lettre-de-cachet* se podía arrestar a una persona, privarle de alguna función, etc., por lo que bien puede decirse que era uno de los grandes instrumentos de poder de la monarquía absoluta"[374]. Comentando que muchas *lettre-de-cachet* se originaban a solicitud de individuos sostiene que "se presenta pues, bajo su aspecto de instrumento terrible de la arbitrariedad real, investida de una especie de contrapoder, un poder que viene de abajo y que permite a grupos, comunidades, familias o individuos ejercer un poder sobre alguien. Eran instrumentos de control en alguna medida espontáneos, que la sociedad, la comunidad, ejercía sobre sí misma.

La *lettre-de-cachet* era, por consiguiente, una forma de reglamentar la moralidad cotidiana de la vida social, una manera que tenían los grupos –familiares, religiosos, parroquiales, regionales, locales- de

372 Foucault, 1983:p. 99-100.
373 Foucault, Ob. Cit.:p. 111.
374 Foucault, Ob. Cit.:p.99-108

asegurar su propio mecanismo policial y su propio orden"[375].

Caracterizando el poder panóptico de las instituciones calificadas de "secuestro" que conforman una red institucional de secuestro que es infraestatal y también estatal señala:

1) La explotación de la totalidad del tiempo "puesto a disposición de un mercado de trabajo y de las exigencias del trabajo(…) [así como se presenta](…)el mecanismo del consumo y la publicidad(…)[de modo que el tiempo vital se transforma](…)en tiempo de trabajo".

2) La "transformación del cuerpo en fuerza de trabajo", se trata de una transformación que va más lejos que el tiempo y comprende la totalidad de la existencia, dirá al respecto "¿Por qué razón no sólo se enseña a leer en las escuelas, sino que además se obliga a las personas a lavarse? Hay aquí una suerte de polimorfismo, polivalencia, indiscreción, no discreción, de sincretismo de esa función de control de la existencia.(…) se trata no sólo de una apropiación o una explotación de la máxima cantidad de tiempo, sino también de controlar, formar, valorizar, según un determinado sistema, el cuerpo del individuo (…) algo que debe ser formado, reformado, corregido, en un cuerpo que adquiere aptitudes, recibir ciertas cualidades, calificarse como cuerpo capaz de trabajar"[376].

3) Se crea un nuevo tipo de poder cuya forma es "polimorfo, polivalente". Hay un poder económico pero también político. Quien dirige la fábrica o el hospital tiene el derecho de dar órdenes, establecer reglamentos, tomar medidas, expulsar a algunos individuos y aceptar a otros, castigar, recompensar.

4) Hay "un poder epistemológico de extraer un saber de y sobre estos individuos ya sometidos a la observación y controlados por estos diferentes poderes"[377]. Se aprecian dos maneras: una extrayendo de la propia labor un saber técnico que permite el refuerzo del control. Y otro que se forma de la observación y clasificación de los individuos, del registro, análisis y comparación de sus comportamientos, que puede ser objeto de un saber que permitirá nuevas formas de control. Conceptúa la prisión como la imagen invertida de la sociedad que actúa con un nivel simbólico que puede ser descrito con dos discursos "He aquí lo que la sociedad es; vosotros no podéis criticarme puesto que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etc. Yo soy pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso

375 Foucault, Ob. Cit: p. 109.
376 Foucault, Ob. Cit.:p. 133.
377 Foucault, Ob. Cit.:p. 135.

social" y "La mejor prueba de que vosotros no estáis en prisión es que yo existo como institución particular separada de las demás, destinada sólo a quienes cometieron una falta contra la Ley" [378].

378 Foucault, Ob. Cit.:p. 137.

SEGUNDA PARTE

COMPRESIÓN DE LA OBJETIVACIÓN EX POST EN CASUÍSTICA

14. Introducción

Independencia e *imparcialidad* en la función jurisdiccional, constituyen principios esenciales a todo Estado democrático constitucional contemporáneo. Estos principios han alcanzado una estimativa de consenso unánime, apreciable en documentos internacionales, la doctrina jurídica, la filosofía política y hasta en los actores políticos. Normativamente se encuentra ratificado al hallarse presente en la Constitución Política y las normas legales que regulan de alguna manera la actividad jurisdiccional como la Ley Orgánica del Poder judicial, Ley de Carrera Judicial, Código Penal, etc. Pero el desarrollo en la concreción de estos principios han significado el establecimiento de medios polémicos, debatibles, dudosos de su efectividad y eficacia, hasta sorprendentemente calificables en la práctica de atentatorios a la *independencia* e *imparcialidad* de los Magistrados. Precisamente donde actores, comunidad académica y sociedad civil, teniendo claro el fin al que pretenden arribar, parecieran haber perdido la visión y la perspicacia de encontrar el medio adecuado, hasta el punto que cuando se desea proteger la *independencia* e *imparcialidad* se pretende destituir a Magistrados por manifestar faltas graves contra el deber de *imparcialidad* en el ejercicio. En la microscopia de la actividad judicial se encuentran casos donde habita una significativa frontera grisácea entre el denominado "criterio judicial", del que goza el Magistrado (aspecto vinculado al pluralismo ideológico y a la garantía de la independencia propia de todo Estado democrático constitucional contemporáneo) y su responsabilidad disciplinaria por faltar en su actuación jurisdiccional a los deberes de *independencia* e *imparcialidad*.

A continuación vamos a desarrollar, desde una lectura factual de casos selectos, relativos a decisiones y procederes de Magistrados donde está presente la tópica de la *independencia* e *imparcialidad*

concebida como deber del Magistrado ¿Qué significa concretamente? Ciertamente, la definición abstracta de lo que es *independencia* e *imparcialidad* ya la hemos abordado, precedentemente, a modo de precomprensión[379]. De lo que se trata ahora es de comprender cómo aparecen en la jurisprudencia administrativa y judicial peruana estos principios concebidos como deberes para el Magistrado. Este se encuentra sujeto, real o potencialmente, a un procedimiento disciplinario o de ratificación en cuya gravedad de su actuación se baraja la posibilidad de la destitución o no ratificación.

¿Qué circunstancias objetivas permiten inferir un reproche de afectación al deber de *independencia* e *imparcialidad* al Magistrado cuando no está de por medio ningún acto visible de corrupción? Esta pregunta se desdobla en dos interrogantes para el órgano de control y para el Magistrado, en cuya subjetividad se desarrolla y termina por configurar una nueva decisión: ¿Qué me asegura que mi decisión no va a poder significar una probable sanción disciplinaria?, ¿cómo debe comportarse el Magistrado al elaborar una decisión y su discurso justificativo? Presentaremos los casos tal como han aparecido en el mundo fenoménico, por orden cronológico.

Se advertirá, además de la manifestación objetiva de la subjetividad del Juez dentro del proceso, la presencia de los órganos de control disciplinario tanto como sujeto actuante real como posible. La descripción del caso dibuja múltiples sentidos e interpretaciones. La misma Resolución de destitución, reconsideración, no ratificación y ratificación del Magistrado por el CNM manifiesta la presencia de una tendencia interpretativa sobrescrita sobre otro actuar lingüístico judicial, la del juez potencialmente destituido o no ratificado. Los casos que vamos a presentar van a ser redactadas de manera sucinta refiriéndose a los aspectos más resaltantes, describiendo el caso y el contexto. A partir de ellos articularemos, topológicamente, diversos temas controvertidos que se estructuran bajo el eje de la *independencia* y la *imparcialidad* como deber del Magistrado, específicamente el tema de debida motivación y el factor tiempo, presión de celeridad y su opuesto la inusitada celeridad. Estos tópicos se presentan como elementos útiles que nos permitirán conceptualizar de modo transversal encontrando

379 Explica su crítica a Habermas en este sentido: "En la hermenéutica, la facticidad es el espacio que se dará al sentido. En la precomprensión, que se manifiesta a partir de un ver previo, un tener previo y una previsión, ya hay un es. Cuando el intérprete (sujeto) busca fundamentar su modo-de- actuar/interpretar en una instancia 'superior", en categorías o marcos idealizados, fruto de concepciones metafísicas o de construcción de 'lugares ideales de habla", o aún a partir de 'consensos discursivos', ya hay un pronunciamiento previo del *Dasein*, que une universalidad y singularidad, donde el sentido es alcanzado preontológicamente."(Luiz Streck, 2009:p.344).

lo otro de lo mismo y lo uno de lo múltiple, para en otro momento abordar el tema de *independencia* e *imparcialidad* con una base factual que nos permita responder a la pregunta de si es posible controlar la *independencia* e *imparcialidad* como deber del Magistrado, a partir de la lectura de las resoluciones judiciales y de las actuaciones procesales del magistrado; así como refrescar las nociones de *independencia* e *imparcialidad* desde una perspectiva centrada en los seres humanos concretos, a través de los cuales se dinamiza el debido proceso.

15. Caso 1: Derrama de Retirados del Sector Educación (Derese)

15.1. Presentación del caso

El caso que presentamos a continuación es una concesión de medida cautelar de inscripción provisional, dada al interior de un proceso contencioso administrativo, que no dio lugar a procedimiento disciplinario. No obstante, lo seleccionamos por lo polémico de su decisión. A modo de pre-comprensión hace sugerir la presencia de un procedimiento disciplinario como posible. La decisión que sugerimos como controversial es la de la Corte Suprema. Presentamos a continuación la resolución de la Corte Superior que fue revocada por ella y seguidamente la Resolución del Tribunal Registral, cuya nulidad se solicita en el proceso contencioso administrativo principal.

15.2 Resoluciones Judiciales

a) Corte Suprema de Justicia de la República

"Sala de Derecho Constitucional y Social

Exp Nº 2351-2002

Lima, quince de octubre del dos mil dos

Vistos; y Considerando:

Tercero: *Que a través de la presente medida cautelar la demandante solicita que se inscriba la elección de los órganos de gobierno de la derrama de retirados del sector educación – DERESE en mérito de la Asamblea Universal de delegados llevada a cabo el doce y trece de enero del dos mil uno por cuanto la oficina Registral de Lima y Callao ha denegado su petición mediante resoluciones números trescientos ochentitrés – dos mil uno – ORL.C / TR del veintitrés de enero del dos mil dos, situación que no permite a la citada asociación seguir funcionando por no contar con ningún órgano de gobierno ni un gerente general legalmente designado que la represente ni otorgar créditos a los asociados ni cumplir con las obligaciones contraídas*

con terceros por lo que existiría el peligro de su liquidación o disolución por la superintendencia de banca y seguros;

Cuarto: *Que siendo ello así, los hechos y fundamentos jurídicos expuestos han logrado persuadir a este colegiado respecto de la verosimilitud del derecho cuya cautela se pretende, toda vez, que en el proceso de nulidad de resoluciones administrativas emitidas por la Oficina Registral de Lima y Callao se determinará las pretensiones de la demandante, por lo que habiéndose acreditado la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora REVOCARON la resolución apelada de fojas ochentitrés, su fecha quince de abril del dos mil dos que declara improcedente la Medida Cautelar solicitada por la Derrama de Retirados del Sector Educación – DERESE a fojas setentitrés y reformándola la declararon PROCEDENTE, en consecuencia ORDENARON la anotación de la presente medida cautelar en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima y Callao; en los seguidos por la Derrama de Retirados del Sector Educación – DERESE con la oficina Registral de Lima y Callao sobre Medida Cautelar".*

b) Corte Superior de Justicia de Lima

"Sala Corporativa Especializada En Lo Contencioso Administrativo

Expediente: 985-02

Resolución: 3

Lima, quince de abril del dos mil dos

Quinto: *Que, de la revisión de la Resolución del Tribunal Registral número 034-2002- ORLC/TR, su fecha veintitrés de enero del año dos mil dos, la cual obra de folios cuarentaiocho a cincuenta, se aprecia que la elección del órgano de administración no es posterior sino anterior a la designación del administrador judicial, lo cual no guarda coherencia con la solicitud formulada en autos. (…) Por tales razones este Colegiado declara: IMPROCEDENTE la medida cautelar solicitada por los señores Raul Meneses Villon y Augusto Ramón Valdez, a nombre de la asociación "La Derrama de Retirados del Sector Educación –DERESE", de fojas setentitrés a ochentiuno; en los seguidos por "La Derrama de Retirados del Sector Educación –DERESE" "La Derrama de Retirados del Sector Educación –DERESE" contra el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao".*

15.3. Resolución del Tribunal Registral N° 034-2002-Orlc/Tr "*LIMA, 23 ENE, 2002*"

V. Análisis

5. *En la propia resolución inscrita en el asiento A0010 se señala que la designación del administrador judicial es temporal, esto es, en tanto sus órganos de gobierno no se renueven de acuerdo a ley y a sus estatutos. Ahora bien, es necesario determinar si la elección de sus órganos de gobierno podrá inscribirse siempre que cumpla con los requisitos legales y estatutarios, o si se requerirá que el juez previamente declare la conclusión de las funciones del administrador judicial.*

Al respecto, en este caso el juez expresamente dispuso, en la resolución del 11 de octubre de 2001: "(…) en el supuesto caso de que la institución a la fecha contara con la designación de sus nuevos representantes elegidos con arreglo a ley y a sus estatutos, éstos tienen expedito su derecho para solicitar su inscripción de sus nuevos representantes con arreglo a ley (…)". Vale decir, en este caso no se requerirá de resolución judicial que declare la conclusión de las funciones del administrador judicial, pues sus funciones concluirán con la elección de los nuevos órganos de gobierno, lo que pondrá fin a la acefalia, que es la causa que ha dado mérito a la designación del administrador judicial.

Sin embargo debe resaltarse que lo antedicho no podrá aplicarse a toda designación de administrador judicial, ya que – tal como se ha señalado en los numerales 1, 2 y 3 –, la designación de administrador judicial puede tener distintas causas y diferentes finalidades, regulándose por tanto por distintas reglas tanto su designación como su conclusión.

8. *En el presente caso sin embargo, la elección del órgano de administración no es posterior sino anterior a la designación del administrador judicial. Al respecto, la elección de representantes no podría haber tenido lugar con anterioridad a la designación del administrador judicial, puesto que en este caso precisamente la designación del mismo se fundamenta en la acefalia de la asociación. Esto es, en las resoluciones que designan al administrador judicial – tanto en la medida cautelar del 11 de abril de 2001 como en la resolución que pone fin al proceso del 13 de julio de 2001 –, se señala que la asociación se encuentra acéfala, pues – se indica -, ha vencido el mandato del último directorio elegido y no se ha realizado las elecciones.*

VI: Se Resuelve:

Confirmar *la tacha sustantiva formulada por el registrador del Registro de Personas Jurídicas de lima, por los fundamentos señalados en la presente resolución.*

15.4 Inscripción de Asociaciones

Oficina Registral de Lima y Callao. Partida Registral: 01976907. Oficina Lima. "Derrama de Retirados del Sector Educación" (Derese). Registro de Personas Jurídicas. Rubro: Generales. A 00010

Por Resolución Judicial del 13.07.2001 y del 11.10.2001 expedida por la Dra. Teresa Urbina Gallese Juez del 20° Juzgado Especializado Civil de Lima, Secretario Especialista Legal Manuel Castillo Matos, se declaró fundada la solicitud y en consecuencia se nombró como Administrador Judicial de todas las cuentas bancarias, títulos y valores, la cobranza y recojo de todas las cotizaciones que por aportes, que por aportes, descuentos por préstamos y otros motivos le corresponde a la DERESE y todos los bienes muebles e inmuebles que la ésta tenga bajo su posesión y las que sean de su propiedad tales como el local ubicado en la avenida República de Portugal número 339 Distrito de Breña, Provincia y Departamento de Lima de la Asociación Derrama de Retirados del Sector Educación (DERESE) a don Hermilio Calderon Loayza, persona que deberá ejercer el cargo conforme a las normas vigentes y a los estatutos de la institución bajo su administración; y específicamente tendrá las funciones y obligaciones señaladas en los artículos 602 del Código Civil y 671 del Código Procesal Civil, bajo la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar, siendo estos especialmente las siguientes: 1) Ejercer la representación legal de la asociación ante las distintas autoridades, 2) Realizar los actos exclusivamente administrativos tendiente solo a la custodia y conservación del patrimonio de la asociación, los que sean necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, 3) Realizar solo los gastos ordinarios y los de conservación, 4) Cumplir con las obligaciones laborales correspondientes, 5) Pagar los tributos y demás obligaciones legales, 6) Formular balances y las declaraciones juradas dispuestos por ley, 7) Poner a disposición de ésta judicatura las utilidades o frutos obtenidos consignándola en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado; 8) Informar cada tres meses sobre el resultado de su gestión, 9) manejar las cuentas bancarias que posea la asociación en las instituciones bancarias y financieras del país, con el objeto de que pueda cumplir adecuadamente con sus funciones, 10) Informar documentalmente al juzgado sobre los retiros y movimientos que efectúe en las cuentas bancarias de la citada asociación. Así consta de las copias certificadas expedida el 12.10.2001 por Manuel Castillo Matos, Secretario Especialista Legal.- El título fue presentado el 12/09/01 a las 08:58:12 AM horas, bajo el N° 2001 -00169322 del Tomo Diario 0417. Derechos: S/. 18.00 con recibo N°00039372, LIMA. -29/10/2001".

15.5 Contextualización del Caso.

Por solicitud cautelar interpuesta el 15.03.02, la Derrama de Retirados del Sector Educación "DERESE" representada por su Presidente de Directorio RMV solicita como medida cautelar la "inscripción de los miembros integrantes del Directorio y del Consejo de Vigilancia, elegidos en Asamblea de Delegados, llevada a cabo los días 12 y 13 de Enero del 2001… por ante los Registros Públicos de Lima y Callao". Como anexo de la solicitud cautelar presenta copia de la demanda y anexos, dentro de los cuales se aprecia la Resolución del Tribunal Registral N° 034-02-ORLC/TR[380], cuya nulidad se peticiona en la demanda, la cual describe que en el asiento A00010 de la Partida Registral 01976907 del Libro de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de Lima, consta inscrita la resolución judicial del 13.07.01que declaró fundada la solicitud de nombramiento de administrador judicial designando a HCL como administrador judicial de todas las cuentas bancarias, títulos y valores, la cobranza y recojo de todas las cotizaciones que le correspondan a la asociación y todos los bienes muebles e inmuebles que esta tenga bajo su posesión y que sean de su propiedad, señalándose expresamente que el Juez dispuso en la resolución del 11.07.01 "en el supuesto caso de que la institución a la fecha contara con la designación de sus nuevos representantes elegidos con arreglo a Ley y a sus estatutos, estos tienen expedito su derecho para solicitar su inscripción de sus nuevos representantes con arreglo a Ley ", por lo que no se requeriría resolución judicial que declare la conclusión de las funciones del administrador judicial, siendo suficiente la elección de nuevos órganos de gobierno, concluyendo sin embargo en el caso concreto que dado que resulta imposible la coexistencia de ambos órganos, esto es el administrador designado judicialmente y la elección del Directorio y Consejo de Vigilancia, la elección del órgano, a fecha 13.01.01, anterior a la designación judicial del administrador (11.07.01) no podía inscribirse por incompatibilidad, con la designación del administrador judicial que consta anotada (como medida cautelar) en el asiento A 00009 resolución del 11.04.01 e inscrita en el asiento A 00010 de la partida registral de la Asociación. Más aún agrega que a la fecha de elección del órgano (13.01.01) todavía se encontraba inscrita la designación de administrador judicial anotada en el asiento A 00005 por resolución judicial del 28.12.00 que solo fue cancelada en el Asiento A 00008 por resolución judicial del 03.04.01.

380 Ello debe interpretarse como un acatamiento de una exigencia legal, específicamente el artículo 640° del Código Procesal Civil, que señala que la solicitud cautelar debe ser acompañada con la copia de la demanda y de los anexos, artículo que hay que concordarlo con el artículo 22° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que señala que a la demanda en el proceso contencioso administrativo debe acompañarse como anexo copia de la resolución administrativa cuya nulidad se solicita.

El peticionante de la medida cautelar, señala como fundamento de su solicitud, que a pesar que el Tribunal Registral ha reconocido la validez jurídica de su Asamblea, ésta no se ha podido inscribir ocasionando que la institución DERESE se encuentre acéfala por no contar con ningún órgano de gobierno debidamente inscrito y con mandato vigente. Fundamenta que la verosimilitud del derecho se acredita con la Escritura Pública otorgada por la Notaría con la que prueba que su elección se ha dado de acuerdo a Ley y al Estatuto, agregando que el Tribunal Registral mediante Resoluciones 383-01-ORLC/TR, su fecha 03.09.01y Resolución N° 034-2001-ORLC/TR su fecha 23.01.02 ha reconocido y ratificado la validez jurídica de la Asamblea Universal de Delegados de los días 12 y 13 de Enero del 2001. En relación al peligro en la demora, advierte que existe la inminencia de un perjuicio irreparable, por cuanto la Asociación no puede seguir funcionando por no contar con ningún órgano de gobierno ni un Gerente General legalmente designado, que puedan representarla, por lo que existe peligro de su liquidación o disolución por la Superintendencia de Banca y Seguros, además de no poder cumplir con el fin social para el cual fue creada, ya que a la fecha no se viene otorgando crédito a los asociados, no se puede cumplir con las obligaciones contraídas con terceros, no se puede recabar los cheques para el pago de remuneraciones, pago de impuestos o para el pago de servicios básicos en general.

Con fecha 15.04.02, la Sala Corporativa Especializada en lo Contencioso Administrativo rechaza la petición cautelar señalando como argumento sustancial falta de verosimilitud por cuanto de la revisión de la Resolución del Tribunal Registral 034-02-ORLC/TR se advertiría que la elección del órgano de administración no es posterior, sino anterior a la designación del administrador judicial, lo cual no guarda coherencia con la solicitud formulada en autos. Sin embargo, en auto de apelación, con fecha 15.10.02, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema revoca la resolución apelada y reformándola declara procedente la solicitud cautelar, ordenando la anotación de la medida cautelar en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima y Callao bajo el argumento sustancial que la denegatoria de inscripción del Tribunal Registral "no permite a la citada asociación seguir funcionando por no contar con ningún órgano de gobierno ni un gerente general legalmente designado que la represente ni otorgar créditos a los asociados ni cumplir con las obligaciones contraídas con terceros por lo que existiría el peligro de su liquidación o disolución por la Superintendencia de Banca y Seguros" . Con fecha 13.02.02, se presentó en la partida registral sub-materia la solicitud de inscripción registral del acuerdo de la Asamblea Nacional Universal celebrada el 31.01.02 continuada el 02.02.02 mediante la

cual se eligió el Directorio (Presidente HCLD) y Consejo de Vigilancia (AVE) de la DERESE figurando registrado con fecha 25.09.02, en el Asiento A00011. En tal contexto mediante el título N° 2002-188327 del 19.10.02 se solicitó inscribir: la modificación estatutaria y la elección del Directorio y Consejo de Vigilancia elegidos en Asamblea del 12.01.2001 y 13.01.2001, solicitud que fue observada, apelada y desistida registrándose el desistimiento de la rogatoria el 14.02.03; volviéndose a solicitar el mismo acto mediante Título N° 2003-008651 del 14.01.2003 registrándose el 17.03.03.

Con fecha 21.03.03 la DERESE representada por su Presidente de Directorio HCL solicita a la Sala Superior Especializada en lo Contencioso Administrativo dejar sin efecto la medida cautelar concedida ante el hecho nuevo de la existencia del Directorio y Consejo de Vigilancia inscritos en los asientos A00011 y A00012, lo cual fue no contemplado al calificarse la solicitud cautelar, peticionando consecuentemente cursar partes judiciales a la Oficina Registral de Lima y Callao, solicitud que dio origen ala Resolución N°18 de fecha 25.03.03 que por mayoría resolvió declarar "Fundada la solicitud de levantamiento de medida cautelar otorgada por resolución dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, su fecha 15.10.02, cuya ejecución se dispuso por resolución 12 de fecha 18.02 último dictada por esta Sala" disponiendo se cursen los partes correspondientes a los Registros Públicos, resolución que fue registrada el 09.04.03 con asiento de presentación de fecha 02.04.03. Al respecto el voto mayoritario se sustentó en que "según hechos y pruebas omitidas alcanzar a la Corte Suprema que han sido proporcionado por un nuevo sujeto procesal, se evidencia según instrumentales (…) que a la fecha de la demanda y de expedida la medida cautelar, ya se había designado Administrador Judicial a don HCL y se encontraba inscrita en Registros Públicos con capacidad de conducir la administración de la Asociación; el caso es que don RMV el peticionario de la anterior medida cautelar, ocultó y omitió poner a disposición de la Corte Suprema los documentos anotados para dictar la medida cautelar anterior" ; agregando que no pueden coexistir dos Directorios que dirijan la administración debiendo preferirse al inscrito con anterioridad de conformidad con el artículo 2016 del Código Civil; siendo que de conformidad con los artículos 612 y 620 del Código Procesal Civil, toda medida cautelar es provisional, no tiene el carácter de cosa juzgada, existiendo diversas circunstancias por las cuales se puede levantar una medida cautelar, como es el caso de la presencia de hechos nuevos o pruebas, existencia de pruebas o hechos no merituadas, no presentadas o dolosamente ocultadas; "en el presente proceso don RMV, a sabiendas que no tenía la representación de la DERESE porque según instrumentales de fojas 178, fraudulentamente

asume la representación de la Asociación y obtiene la medida cautelar". Sustentándose el voto en minoría sustancialmente en que: "similar pedido ha sido formulada por la Junta Directiva mediante escrito de fojas 121 a 124, adjuntando para tal efecto la misma prueba documental que anexa al escrito que motiva la presente resolución; dicho pedido fue desestimado por esta Sala Superior mediante resolución nueve de fs, 137 y siguientes, la misma que no fue objeto de impugnación alguna" agregando que "no se advierte hecho nuevo en estos autos, máxime si la Junta Directiva solicitante aparece inscrita desde setiembre de 2002, fecha anterior a la expedición de la medida cautelar"; señalando además que es de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 737 del Código Procesal Civil respecto a la ejecución de las medidas cautelares.

15.6 Tópica sobre indebida motivación en la resolución de la sala suprema del 15.10.02

15.6.1 Omisión en la argumentación contra el principal razonamiento de la resolución judicial apelada y la resolución administrativa materia de impugnación judicial

La argumentación de todo auto que concede una petición cautelar debe revestir argumentación concerniente a los requisitos de concesión de la medida cautelar, la cual comprende la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida.

En el caso concreto, en relación al análisis de la verosimilitud del derecho invocado, siendo el antecedente la expedición de la Resolución del Tribunal así como el rechazo de la petición cautelar por la primera instancia, es decir, la Sala Superior Especializada en lo Contencioso Administrativo, la Sala Suprema estaba obligada a señalar algún tipo de argumentación relacionada con el motivo sustancial de ambas decisiones. Decisiones que concluyeron, de igual manera, en la denegatoria de la inscripción a nivel de resolución administrativa o de la resolución judicial provisoria, la cual consistía en el hecho de que a la fecha de la elección de la Junta Directiva ya se encontraba inscrito el administrador judicial en el Asiento A00010.

Asimismo, el argumento de la acefalía de la Asociación que se invocaba en el auto cautelar para sostener la presencia de "peligro en la demora" requería al menos una especial motivación. Esta no fue expresada en la resolución judicial. Entonces, ¿se puede sostener la acefalía cuando habría un administrador judicial? Ciertamente, se podía sostener la diferenciación entre el órgano directivo y el administrador judicial, pero sostener a partir de esa diferenciación la existencia de

peligro en la demora era algo que no se hizo y hace sospechar que lo que en el fondo sucedió en la subjetividad del juzgador fue el no haber advertido el hecho de la inscripción del administrador judicial. Este hecho no puede dejarse pasar por alto en un proceso cautelar por su naturaleza de cognición sumaria *inaudita pars*, pero en la contextualización del caso concreto resulta inaceptable, puesto que ello fue el argumento sustancial de la denegatoria de la solicitud cautelar en la primera instancia que la Suprema revocó y fue el argumento sustancial de la resolución administrativa impugnada judicialmente.

15.6.2 Motivación y carácter excepcional de las medidas de ejecución temporal sobre el fondo

Debe tenerse presente que la medida solicitada era la "inscripción provisional" de la Junta Directiva de fecha 12 y 13 de enero de 2001. Esta medida e inscripción provisionalera coincidente en lo sustancial con el petitorio de la demanda y, por consiguiente, con la eventual sentencia materia de aseguramiento. De este modo, este tipo de medidas cautelares, denominadas en nuestro ordenamiento procesal, ejecución temporal sobre el fondo, son reguladas como excepcionales por lo que no era suficiente sostener una ordinaria verosimilitud y peligro en la demora para concederla, sino una extraordinaria verosimilitud y peligro en la demora[381], aspecto que específicamente no fue motivado, agravando con ello,aún más, el defecto en la motivación de la solicitud precedentemente acotado.

15.6.3 Omisión a la facultad de adecuación de la medida

En todo caso, no habiendo motivado la especial firmeza del fundamento de la demanda ni el extraordinario peligro en la demora en el contexto de vigencia de un administrador judicial, correspondía, tratándose de una medida temporal sobre el fondo, conceder otra medida menos gravosa como la anotación de demanda, que no coincida con la eventual decisión final, materia de aseguramiento, ejerciendo la facultad contenida en el artículo 613 del Código Procesal Civil, omisión, que puede ser tenida en cuenta a efectos de inferir una afectación al deber de *independencia* e *imparcialidad*.

15.6.4 Transgresión al deber de *independencia* e *imparcialidad*

El caso presentado no dio lugar a un procedimiento disciplinario. Pero a modo de calificación jurídica de los hechos resulta muy sugerente interrogarse, a partir de la tópica presentada, sobre el aspecto de la transgresión de la garantía constitucional de la "debida motivación".

381 Véase artículo 674° del Código Procesal Civil.

Esto porque en el discurso justificativo omitió referirse al hecho sustancial motivante del auto apelado y de la Resolución del Tribunal Registral cuya nulidad se solicita en el proceso principal consistente en el contenido del Asiento A000010. Además, se dio la ausencia de motivación de una extraordinaria verosimilitud y peligro en la demora, pese a concederse una medida temporal sobre el fondo, y si a partir de ella resulta inferible una grave transgresión al deber de *independencia* e *imparcialidad*, que eventualmente pudo significar una eventual procedimiento de destitución. La contrastación con los demás casos nos permitirá responder con un criterio sólido esta pregunta a la que absolveremos en la tercera parte de la presente investigación.

15.7 Tópica en relación a la Resolución N° 18 de la Sala Superior Contenciosa Administrativa de fecha 25 de marzo de 2003

15.7.1 Motivación indebida por alusión a hecho inexacto

La Sala Superior motiva su fallo en que a la fecha de la demanda y de expedida la medida cautelar ya se había designado Administrador Judicial a don HCL y se encontraba inscrita en Registros Públicos con capacidad de conducir la administración de la Asociación. Pero afirma, inexactamente, que tal hecho fue ocultado y omitido por RMV -peticionante de la medida cautelar- señalando que no puso a disposición de la Corte Suprema los documentos anotados para dictar la medida cautelar, afirmación que no advierte que ello fue aludido en el Considerando Quinto de la Resolución apelada como su fundamento sustancial del rechazo y que el peticionante al anexar a su petición cautelar la demanda con los correspondientes anexos acompañó la Resolución del Tribunal Registral, cuya motivación sustancial de denegatoria de inscripción fue precisamente la inscripción de HCL como administrador judicial.

15.7.2 Subjetividad y pérdida de imparcialidad.

Las afirmaciones de la Sala que don RMV -peticionario de la medida cautelar- ocultó y omitió poner a disposición de la Corte Suprema los documentos anotados para dictar la medida cautelar anterior, así como que del expediente cautelar pone en evidencia *"la presencia de hechos nuevos o pruebas, existencia de pruebas o hechos no merituadas, no presentadas o dolosamente ocultadas"* y aquella consistente en que *"en el presente proceso don RMV, a sabiendas que no tenía la representación de la DERESE porque según instrumentales de fojas 178, fraudulentamente asume la representación de la Asociación y obtiene la medida cautelar"*, resultan ser hechos objetivos presentes en la motivación de la resolución a través de los cuales por su carácter

inexacto ¿hasta qué punto permite inferir una transgresión *ex post* al deber de imparcialidad y consecuente responsabilidad disciplinaria? En la tercera parte del trabajo analizaremos de modo transversal la debida motivación, como elemento susceptible de verificación de la transgresión al deber de *independencia* e *imparcialidad*.

16. Caso 2: "Auto Concentrado" en el Proceso Contencioso Administrativo:

16.1 Resoluciones Judiciales conteniendo el Auto Concentrado

"Exp. Nro. 1016-03". Lima, 2003

(…) "Primero: Que, el tiempo de duración de un proceso breve como el abreviado en materia contencioso administrativa, no debe dar como resultado un tiempo lato para expedir sentencia; así como hay pruebas impertinentes también existen en ciertos casos actos procesales impertinentes cuando no son útiles para el fin del proceso. Segundo: Que, dentro del derecho y del sistema jurídico vigente, es necesario en esta clase de procesos, crear Doctrina legal que se oriente a terminar los juicios en plazos razonables que representan ahorro de dinero y tiempo para el Estado, para las partes y para los abogados quienes tendrán mayor oportunidad profesional en el trabajo de la Defensa; Tercero: Que, en los procesos sobre impugnación de resoluciones del Estado, de conformidad con la Ley N°27584 artículo 5°, concordante con el artículo 148 de la Constitución Política, que se inician, tramitan en esta Sala y en otras instancias inferiores, se están sentenciando fuera de un tiempo razonable; entre otros factores, son: a) por la innecesaria realización de la Audiencia de Conciliación y Audiencia de Actuación de Pruebas, estas originan más o menos cuatro meses de dilación entre la absolución del trámite de contestación de demanda y la emisión del dictamen fiscal; b) se ha producido en esta Sala un cúmulo de causas de más o menos 2,000 en trámite; no obstante tener menos personal que otras Salas que tramitan menos causas; Cuarto: Que, si conforme al artículo 469° del Código Procesal Civil el fin de la Audiencia de Conciliación es propiciar la transacción del conflicto de intereses; en las acciones contenciosas administrativas no es viable tal finalidad porque los bienes jurídicos debatidos en estos procesos no son susceptibles de disposición o transacción; e igual en las Audiencias de Actuación de Pruebas, generalmente en estos procesos no se actúan las pruebas admitidas, limitándose por ley a tener presente el mérito de las aceptadas; por esta razón, de igual manera, no es viable una Audiencia de Actuación de Pruebas; Quinto: Que, determinar el punto controvertido en este tipo de procesos está delimitado por el documento, hecho o acto administrativo cuya ineficacia o invalidez se demanda; su expedición ha sido precedida de pruebas actuadas en 'la esfera administrativa; que estas

características evidencian que el contenido del debate de estos procesos es por lo general de puro derecho, salvo excepciones que no es el caso; Sexto: Que, dentro del debido proceso constitucional y el debido proceso legal, por mandato del artículo 51° y 138° de la Constitución Política es obligación de los Jueces preferir el primero, por tanto, resolver los procesos judiciales en un plazo razonable forma parte del debido proceso constitucional, que debe ser conservado permanentemente, porque una decisión final inoportuna va contra el derecho; Sétimo: Que, en la legislación comparada el artículo 17° de la Constitución de la República de Paraguay, dispone que los Jueces deben sentenciar las causas en el plazo de ley, en el Perú esta obligación, si bien no está en la Constitución, forma parte del sistema jurídico vigente porque el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica de 1969 originaria del Pacto de Roma de 1950, del cual el Perú es suscriptor, precisa que los procesos deben terminar en un plazo razonable; en este sentido, esta regulación tiene nivel constitucional en virtud que el artículo IV de la Disposición Final de la Constitución Política dispone que las normas sobre derechos y libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales; dentro de la tutela jurisdiccional, reconocido por el artículo 139° de la Carta Política, está comprendida la sentencia oportuna; entonces es infracción constitucional no sentenciar dentro de un plazo razonable; Octavo: Que, el artículo 171° del Código Procesal Civil, establece que sólo haya nulidad si la ley procesal lo establece expresamente; prescindir de las dos Audiencias, en esta clase de procesos, no es causal de nulidad por no estar previsto en la ley, tampoco hay nulidad por las otras razones fácticas expuestas; también prescribe esta norma que no hay nulidad procesal si actuado de otro modo el acto procesal ha cumplido su propósito, la realización formal de las dos audiencias resultan ineficaces jurídicamente y configuran irrazonable la duración de estos procesos; Noveno: Que, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, segundo párrafo, obliga al Juez a adecuar la exigencia legal formal al logro de los fines del proceso, en este caso es expedir sentenciar, pero en un plazo razonable; no se debe confundir el medio con el fin que es la sentenciar, Fundamentos de hecho, legales y constitucionales por los que para el presente caso, se RESUELVE: prescindir de la citación de las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación; en consecuencia, no habiéndose deducido excepciones ni defensas previas, verificado de autos que las partes tiene interés y legitimidad para obrar, siendo la Sala competente para el conocimiento de la presente demanda en virtud del artículo 9° de la Ley N°27584, modificado por la Ley N° 27709, existiendo una relación jurídica procesal válida: DECLARARON saneado el presente proceso. CONCILIACIÓN: Tratándose de una causa de puro derecho, donde los derechos no son disponibles por las partes, la Sala se abstiene de proponer formula conciliatoria; FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: estando a la naturaleza de la acción contencioso administrativa, se fija como punto controvertido la pretensión de la demanda,

la que se encuentra referida a determinar si corresponde la nulidad de las Resoluciones N°1 expedida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS: de la demandante, se admite como medios probatorios los ofrecidos por la demandante en su escrito de demanda, al punto 1.): se admite el mérito de la resolución administrativa materia de impugnación que obra en autos; al punto 2.): se admite el mérito del expediente administrativo el mismo que obra incorporado a los autos; de la demandada Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, habiéndose admitido como prueba el expediente administrativo que también lo ofrece, se tiene presente; de la litisconsorte Victoria Guzmán de Torres, a los puntos 1.) y 3.): tratándose de documentos que son acompañados a su escrito, se admite su mérito; al punto 2.): habiéndose admitido el mérito del expediente administrativo, se tiene presente JUZGAMIENTO ANTICIPADO: Estando a que los medios probatorios de las partes admitidos, no requieren de actuación por tratarse de documentos, de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo cuatrocientos setentitrés del Código Procesal Civil: Prescindieron de la actuación de Audiencia de actuación de Pruebas; DECLARARON el Juzgamiento Anticipado, quedando expedita la presente causa para sentenciar, previo dictamen fiscal (…)".

16.2 resolución de La Corte Suprema

"Exp. N° 442-2004 Lima".

(…) "que declara saneado el proceso, fija los puntos controvertidos, y dispone el juzgamiento anticipado del proceso al no haberse ofrecidos medios probatorios que requieran de actuación en audiencia de pruebas; Segundo: Que, el artículo noveno del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que las normas procesales son de carácter imperativas, sin embargo, la misma norma faculta al Juez a adecuar las formalidades al logro de los fines del proceso; ello en concordancia con los principios de economía y celeridad procesal previstos en el artículo quinto del Título Preliminar del Código Procesal citado, en cuanto establece que el Juez debe tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o Incertidumbre jurídica; Tercero: Que, en el caso sub materia no se han deducido excepciones ni defensas previas, habiendo la Sala de mérito procedido a declarar saneado el proceso mediante resolución número ocho; no habiéndose requerido la citación a audiencia de saneamiento por cuanto no se habla cuestionado la validez de la relación jurídico procesal ni se habla presentado pruebas sobre este aspecto; siendo que con respecto a la conciliación, se debe tener en cuenta que conforme a lo preceptuado en el artículo trescientos veinticinco del Código Procesal Civil no corresponde

la conciliación cuando se trata de derechos indisponibles, situación que se configura en el caso de autos en el que el proceso versa sobre acción contencioso administrativa; siendo así, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo ciento setentidós cuarto párrafo del Código Procesal Civil en cuanto establece que no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir sobre el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal; Cuarto: Que, por otro lado, se debe tener en cuenta que en el caso de autos rige lo dispuesto en el artículo cuatrocientos setentitrés del Código Procesal Civil, puesto que corresponde disponer el juzgamiento anticipado del proceso, toda vez, que en el presente proceso no se han ofrecido medios probatorios que requieran de actuación mediante la audiencia de pruebas; Quinto: Que, en consecuencia, debe procederse a confirmar la resolución apelada que declara saneado el proceso y dispone el juzgamiento anticipado del proceso; siendo facultad del Juez adecuar las formalidades al logro de los fines del proceso conforme a lo previsto en el artículo noveno segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Civil; no habiendo acreditado la demandada que se hubiera afectado el contenido esencial de su derecho de defensa y de su derecho a un debido proceso; por tales razones CONFIRMARON la resolución apelada signada con el número ocho, que corre en copia a fojas ciento ochentidós, su fecha siete de julio del dos mil tres, que declara saneado el proceso, fija los puntos controvertidos, y dispone el Juzgamiento Anticipado del Proceso; (…)".

16.3 El contexto de la expedición del auto concentrado

Para comprender el sentido del auto concentrado es menester contextualizar el marco normativo vigente y la jurisprudencia sobre la cual se expidió. El proceso contencioso administrativo estuvo regulado en el Perú dentro del Código Procesal Civil de 1993 como "impugnación de resolución administrativa". Esta acción está comprendida dentro del proceso abreviado en la tipología de procesos de tutela diferenciada que se instauró con este Código, que clasificó los procesos civiles en proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo y ejecución, presentando en relación al proceso abreviado reglas especiales previstas entre los artículos que iban del 540 al 545. Con la ley 27584, ley del proceso contencioso administrativo (LPCA), cuya vigencia empezó en abril del año 2002, se anunció un cambio copernicano en la regulación procesal de los litigios contra el Estado. Se instauró así un proceso contencioso administrativo subjetivo de plena jurisdicción, diferenciándose conceptual y doctrinariamente del anterior objetivo restringido a la nulidad y control judicial no sustitutivo de la administración.

El nuevo sistema acentuaba su diferencia en la finalidad del proceso, el rol de actuaciones impugnables, el establecimiento de

principios propios como el de la suplencia de oficio, favorecimiento del proceso entre otros. No obstante, en materia de la regulación de la vía procedimental se mantuvieron vía remisión las reglas del proceso abreviado y sumarísimo del Código Procesal Civil lo que significó la vigencia también para el nuevo proceso contencioso administrativo de la regla general de las audiencias del proceso abreviado específicamente la regla consistente en que ellas se actuaba tanto la "audiencia de saneamiento procesal y conciliación" como la "audiencia de pruebas". Es decir, al momento de expedirse el auto concentrado, estaba vigente en el ordenamiento legal peruano, para el proceso contencioso administrativo las reglas que exigían la audiencia procesal de saneamiento y conciliación, así como la audiencia de pruebas, regla que por lo demás, a nivel jurisprudencial, consagraba una tradición de vigencia que se remontaba a la vigencia del Código Procesal Civil, sin apreciarse regla específica alguna, que regulara particularmente el proceso contencioso administrativo. En tal contexto, la resolución del expediente 1016-2003 pertenece a una de las primeras resoluciones expedidas por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo en la que se inaplicaba al caso concreto, bajo una fundamentación constitucional, las reglas que establecían como imperativo la realización de audiencias, contexto normativo. A esto habría que agregar un contexto fáctico de sobrecarga procesal, pues al momento de la vigencia de la ley 27584 existía en la Corte Superior de Justicia de Lima una sola Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con un aproximado de expedientes en trámite que bordeaba los cinco mil. Por este motivo, en Mayo del año siguiente de la vigencia de la Ley 27584 se crearía la segunda Sala Especializada Contenciosa Administrativa[382].

382 El **"auto concentrado"** no fue sólo la resolución de un expediente sino una decisión reiterada, uniforme en los procesos contenciosos administrativos, suscrita por primera vez, por el Colegiado que conformaron Garay Salazar (quien falleció a casi dos meses de expedida la resolución en julio del año 2003), Yaya Zumaeta, Quispe Salsavilca, por el cual se ordenó: *"... prescindir de la citación de las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación ..."* habiéndose mantenido durante el transcurso del año dos mil tres, cuando integrábamos el Colegiado Quispe Salsavilca, Yaya Zumaeta, Barreda Mazuelos de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, extendiéndose el dos mil cuatro, y siendo continuada por el Dr. Quispe Salsavilca el año dos mil cinco.

16.4. Las reglas imperativas vigentes al momento de expedición del Auto Concentrado

16.4.1. Texto original de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo. Ley 27584

"Artículo 25.- Proceso abreviado[383]

Se tramitan como proceso abreviado, conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil, las pretensiones no previstas en el Artículo 24 de la presente Ley.

En este proceso el dictamen fiscal se emitirá en el plazo de 25 días de remitido el expediente. Emitido el dictamen se expedirá sentencia en el plazo de veinticinco días".

16.4.2 Código Procesal Civil

"Artículo 473.- Juzgamiento anticipado del proceso.-El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando:

1. Luego de rechazada su fórmula conciliatoria, advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva.

2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad"[384].

"Artículo 493.- Abreviación del procedimiento.- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez procederá conforme a los artículos 449 y 468».

Artículo 468. «Expedido el auto que declara saneado el procesoo subsanados los defectos advertidos, el Juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria »[385].

De lo expuesto, tenemos que el saneamiento procesal y la conciliación se tenía que realizar en una sola audiencia,la cual contenía las siguientes actuaciones:

---

383 El equivalente actual del original artículo 25 se encuentra en el artículo 28 del TUO de la Ley 27584, DS 013-2008-JUS, cuyo contenido recoge la modificatoria de la Ley 28531, la cual citamos en la nota a pie de página 379.

384 El contenido vigente de este artículo lo citamos en el acápite 15.9.

385 Este es el texto original, el actual es citado en el acápite 15.9.

- Validez de la relación procesal.
- Propiciar la conciliación.
- Fijación de puntos controvertidos.
- Admisión de los medios probatorios.

16.5 La construcción de dos premisas mayores contra ley y contra tradición.

El auto concentrado contenía dos reglas en contra del texto claro y expreso de la ley, normas que se advertían de la simple concordancia entre el artículo 25 de la Ley 27584 con el artículo 493 del Código Procesal Civil: la regla de la prescindencia de audiencia de saneamiento y conciliación y la prescindencia de audiencia de pruebas. No se conocen decisiones judiciales precedentes que hayan fundamentado tal prescindencia. En relación a la prescindencia de audiencia de saneamiento y conciliación el considerando cuarto del auto concentrado desarrollaba la premisa mayor del silogismo jurídico no prevista en alguna norma del Código Procesal Civil que podría ser sintetizada en el siguiente enunciado: "tratándose de un proceso en el cual se encuentra en debate la nulidad de una resolución administrativa cuya naturaleza es de derecho indisponible resulta prescindible la audiencia de saneamiento y conciliación"[386]. En el mismo considerando cuarto del auto concentrado la premisa mayor del silogismo de la prescindencia de la audiencia de pruebas podría ser sintetizada con el siguiente enunciado: "Tratándose de un proceso contencioso administrativo que se limita a pruebas de actuación inmediata –como el expediente administrativo- resulta prescindible la audiencia de pruebas".

La construcción de estas dos premisas mayores no sustentadas en reglas previstas en norma legal alguna, encontró su sustento en un mandato de optimización consistente en el Principio del Derecho a Resolverse sin Dilaciones Indebidas, cuya enunciación se encuentra en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. La justificación de decisión de la prescindencia advirtió: i) La inutilidad práctica de la realización de las audiencias que en concreto significaban un mayor lapso de tiempo innecesarios del proceso; ii) El contexto de una sobrecarga procesal; iii) La calidad del Juez como director del proceso (Art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil), en virtud

386 La calificación del auto concentrado que resalta la calidad de "indisponible" de la pretensión de nulidad del proceso contencioso administrativo sirve de fundamento para la prescindencia de la audiencia de conciliación, atendiendo al contenido del artículo 325 del Código Procesal Civil el cual señala: "Artículo 325.- Requisito de fondo de la conciliación.-El Juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos ***disponibles***, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio".

del ordenamiento le reconoce la facultad de adecuar las formas del proceso a los fines del proceso[387]; iv) La decisión de la prescindencia no determinaba ninguna nulidad procesal[388], ya que lejos de perjudicar a alguna de las partes tendía neutralmente a favorecer el fin del proceso de desarrollarse sin dilaciones innecesarias.

16.6. La creación de un nuevo proceso por el juez

En los considerandos de la resolución del auto concentrado, el Juez tendencialmente incorporaba elementos justificantes que trascendían su aplicación del caso concreto. La adherencia a su justificación apuntaba, necesaria y coherentemente, a justificar para todo proceso contencioso administrativo la p0rescindencia de las audiencias de saneamiento, conciliación y para la gran mayoría de los mismos la prescindencia de la audiencia de pruebas a excepción de aquellos en que se ofrecieran pruebas de actuación no inmediata (la excepción era aquellos procesos en los cuales se necesitaban prueba de actuación no inmediata). En ese sentido, el auto concentrado no se presentó en un caso aislado, sino que se expidieron semejantes autos con similar justificación en la generalidad de los casos de la entonces Primera Sala Especializada

387 Artículo V.- Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.
El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.
El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.
La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.
388 Léase los siguientes artículos del Código Procesal Civil:
Artículo 171.- Principio de Legalidad y Trascendencia de la nulidad.- La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.
Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.
Artículo 172.- Principios de Convalidación, Subsanación o Integración.-
Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución.
Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado.
Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.
No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.
El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.
El Juez Superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurran los supuestos del párrafo anterior.

en lo Contencioso Administrativo, inaugurando jurisprudencialmente un nuevo proceso contencioso administrativo bajo la regla de la prescindencia de la audiencia de conciliación y de pruebas. Esto iba contra la regla del proceso abreviado que en el momento exigía tales actuaciones. La actuación de los jueces lo remite a la siguiente pregunta: ¿se excedieron los jueces cuando procedieron de esta manera?

16.7 Discurso justificativo contra el auto concentrado la literalidad de la ley

Las críticas al jurisprudencial auto concentrado pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) Las razones para la justificación de la audiencia de saneamiento y conciliación no alcanzan al por qué debería prescindirse de la audiencia de saneamiento procesal que de acuerdo a lo normativa procesal vigente exigía inmediación, ya que el hacerse de manera escrita contra la oralidad no solo iba contra el texto claro de la Ley, sino que carecía de motivación en cuanto a este extremo (reemplaza a la palabra contenido).

2) Con la expedición del auto concentrado, el Juez asume una función reservada al Poder Legislativo. Ciertamente, el Código reconoce la calidad del Juez como director del proceso, posición a partir del cual se encuentra habilitado para tender a la reducción de los actos procesales, pero sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

En el caso del auto concentrado, no se trataba de una situación de excepción en la que el juez atendiendo a la singularidad del caso inaplicaba una regla general, sino que se trata en definitiva de la proclamación de una nueva regla procesal para la generalidad de los procesos contenciosos administrativos. Es por ello que en el fondo, el Juez asumía una función reservada al legislador, transgrediéndose no solo el carácter imperativo de las normas procesales[389], sino también el Principio de Separación de Poderes al invadirse el ámbito de competencia reservada al legislador.

---

389 *Código Procesal Civil.* **Artículo IX.- Principios de Vinculación y de Formalidad.-**
Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.
Las formalidades previstas en este Código son imperativas.
Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

16.8. Discurso hipotético disciplinario de destitución

La emisión del auto concentrado no dio lugar a ningún procedimiento disciplinario contra los Magistrados que la suscribieron. Por el contrario, en el término de dos años, dio origen a una innovación legal que prospectiva y tácitamente les terminaría dando la razón. No obstante, en su momento existía elementos para pensar que su expedición podría ser entendido como contrario al texto claro y expreso de la Ley.

Y sostenemos que era lógicamente posible que ello sucediera. Nos atrevemos a continuación a elucubrar un discurso justificativo de una eventual sanción disciplinaria que podría llegar incluso a justificar una destitución. Este discurso comenzaría por reproducir los numerales 1) y 2) contenidos en el acápite 15.7 precedente a los cuales habría que agregar lo siguiente: "**3)** En ese sentido al apreciarse en el presente caso que no sólo fue la expedición de la Resolución de saneamiento del expediente Nro. 1016-03 sino la generalidad de los casos que fueron conocidos por el Colegiado de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es inequívoco que el mencionado Colegiado estableció jurisprudencialmente una regla de aplicación general al proceso contencioso administrativo lo cual corresponde exclusivamente al legislador; **4)** Siendo así los hechos descritos configuran una grave afectación al deber de independencia e imparcialidad que no encuentra justificación en el texto de la Ley y que su justificación en principios constitucionales resulta sólo aparente al omitirse argumentación alguna que justifique la prescindencia de la audiencia de saneamiento procesal y al revelar una ausencia de comprensión del Principio de Separación de Poderes".

16.9. El reconocimiento prospectivo y la configuración de lo sublime

Aun cuando en su momento el auto concentrado no tenía respaldo en la tradición jurisprudencial ni de la doctrina, la decisión con su discurso justificativo fue lo suficientemente persuasiva para ser asumida por la comunidad jurídica en general. Ella fue ratificada por la Corte Suprema de la República en la resolución del Expediente N° 442-2004 Lima precedentemente citada, así como fue asumida por los otros órganos jurisdiccionales, juzgados incluyendo la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo[390]. La decisión fue recogida en el breve término de un año, por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, quien en su proyecto del año dos mil cuatro, propuso la adecuación normativa y la llegó a denominar procedimiento rápido, para luego ser introducido al sistema procesal con el nombre de procedimiento especial. De este modo, el auto concentrado motivó que, con posterioridad, en el solo

390 Sobre esto léase Quispe, 2005.

transcurso de dos años, acaeciera la modificación legal del proceso contencioso administrativo por la Ley 28531[391], publicada el veinticinco de mayo de dos mil cinco, con la inclusión del procedimiento especial, y se han escrito artículos favorables a la imagen del Poder Judicial como consecuencia de su emisión[392], situación que por lo demás se ha

391 El Texto Modificado por el Artículo Único de la Ley Nª 28531, publicada el 26 Mayo 2005, de la Ley que Regula el Proceso contencioso Administrativo. Ley 27584 es el siguiente:
"Artículo 25.- Procedimiento especial
Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24 de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes:
25.1 Reglas del procedimiento Especial
En esta vía no procede reconvención
Transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Juez expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida; o la nulidad y la consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, si fuere el caso, la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables.
Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.
Cuando se hayan interpuesto excepciones o defensas previas, la declaración referida se hará en la resolución que las resuelva.
Si el proceso es declarado saneado, el Auto de Saneamiento deberá contener, además, la fijación de Puntos Controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.
Sólo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de una audiencia de pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es inimpugnable.
Luego de expedido el Auto de Saneamiento o de realizada la audiencia de pruebas, según sea el caso, el expediente será remitido al Fiscal para que éste emita dictamen. Emitido el mismo, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificarlo a las partes.
Antes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral, el que será concedido por el sólo mérito de la solicitud oportuna.
25.2 Plazos
Los plazos máximos aplicables son:
a) Tres días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos;
b) Cinco días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda;
c) Diez días para contestar la demanda, contados desde la notificación de la resolución que la admite a trámite;
d) Quince días para emitir el dictamen fiscal, contados desde la expedición del Auto de Saneamiento o de la realización de la audiencia de pruebas, según sea el caso;
e) Tres días para solicitar informe oral, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes;
f) Quince días para emitir sentencia, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes o desde la realización del informe oral, según sea el caso;
g) Cinco días para apelar la sentencia, contados desde su notificación."(*)

392 Así tenemos por ejemplo a Helder Luján Segura quien escribió lo siguiente: *"Pero algún día las cosas tenían que empezar a cambiar, aunque sea de a pocos, como ya se dijo. Como ocurre casi siempre en estos casos, el mismo menospreciado o 'mirado sobre el hombro' tiene que imponerse y retomar e lugar que le corresponde. El Poder Judicial ha empezado a dejar el papel de cenicienta al que se le condenó, aunque no ha necesitado de un hada ni de un zapato –como en el cuento-, sino de la actitud, de decisión, de conciencia, de ir contra la corriente, de asumir su esperado rol. Podría decirse que algunos de sus jueces ya han alcanzado la revitalizante dimensión de los antiguos éforos, aquellos cinco magistrados espartanos elegid todos los años por el pueblo con autoridad bastante para contrapesar el poder del senado y de los reyes. El 3 de julio 2003 la Primera Sala del ramo emitió la stare decidis peruana, que es el punto de partida para este comentario. En el expediente N° 077-03 se resolvió prescindir la citación de las partes a la audiencia de saneamiento y conciliación, así como a la audiencia de actuación de pruebas que preveía la antes referida ley, [...] .Se logró así, sin afectar el derecho de*

mantenido.

Posteriormente debe tenerse presente la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1070, publicado el veintiocho junio de dos mil ocho, que modificó la regla general del proceso civil bajo el siguiente texto:

"Artículo 493.- Abreviación del Procedimiento.- "Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez procederá conforme a los artículos 449 y 468".

Artículo 468. (Actual). «Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer **día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos**».

"Artículo 473.- Juzgamiento anticipado del proceso

El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral:

1. *Cuando advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho* o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,

2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad".

17. Caso 3: Ejecución de sentencia de obligación de hacer nueva resolución administrativa conforme a los considerandos precedentes en proceso contencioso administrativo

17.1 Presentación del caso

En el caso que presentamos a continuación, la ejecución de sentencia de obligación de hacer consistente en expedir nueva resolución administrativa conforme a los considerandos precedentes en un proceso contencioso administrativo, tampoco dio lugar a procedimiento

defensa de las partes, abreviar de verdad el proceso abreviado. Esta posición encontró eco multiplicador en sus pares, en los órganos de menor jerarquía y en la misma Corte Suprema. Por ello es reconfortante decir que judicialmente se modificó el procedimiento legal previsto. Ante tan contundente demostración de que el juez es el operador jurídico que más cerca está de la realidad, al legislativo no le quedó otra cosa que emitir una nueva ley en que se recogieron los cambios establecidos vía Case Law." (Luján, 2005).

disciplinario. No obstante, lo seleccionamos por lo emblemático de su decisión. A modo de pre-comprensión hace sugerir la presencia de un procedimiento disciplinario como posible. La decisión que sugerimos como controversial es el del Juzgado que impone la medida coercitiva de multa y anuncia la medida coercitiva progresiva de mayor multa y la prisión civil en caso de reiterarse el incumplimiento, ante un horizonte de alternativa que iba hasta la posibilidad de dar por cumplido el mandato con la expedición de la Resolución 045.

17.2 Descripción del Caso

En el **Expediente N° 506-97** Serapio Oré Castro, abogado, asegurado del IPSS, que padece desde hace más de diecinueve años una enfermedad progresiva e irreversible a la vista (Retinitis Pigmentosa) demanda el 25 de Mayo de 1998 al IPSS nulidad de la resolución administrativa denegatoria de su solicitud, así como accesoriamente el pago de ocho mil dólares de los gastos de operación, hospitalización y pasajes. El demandante había solicitado administrativamente al Seguro a través de su Comité Evaluador de Viajes al exterior sufragar los gastos de atención médica e intervención quirúrgica a un Centro Hospitalario en Cuba, la demanda sería declarada Fundada en Parte sólo en el extremo de la nulidad de la resolución administrativa, conteniendo la orden de expedir nueva resolución con arreglo a los considerandos precedentes e Improcedente en el extremo que solicita el pago de ocho mil dólares americanos, motivándose esto último en que "el artículo décimo tercero del Manual de Normas y Procedimientos para la autorización de las prestaciones asistenciales en centros altamente especializados del país o el extranjero establece las formalidades exigibles para tal efecto y que el actor deberá observar adecuadamente". Luego de reiteradas órdenes de cumplimiento iniciadas con el "Cúmplase lo Ejecutoriado" de la Resolución judicial N° 23 de fecha ocho de febrero de 2001, se llegaría mediante Resolución Numero 74 de fecha 07.05.04 a imponer "en calidad de multa progresiva el equivalente a Cuatro Unidades de Referencia Procesal (URPs), sin perjuicio que la demandada cumpla con lo ordenado mediante la indicada Resolución Setentaitrés dentro del plazo de cinco días bajo apercibimiento de continuarse aplicando de manera conjunta la imposición de la multa, así como de disponerse simultáneamente la detención del representante de la demandante hasta por el máximo de ley".

Para situar el contexto de la emisión de la Resolución N° 74, hay que describir los antecedentes acontecidos durante el lapso tiempo transcurrido en ejecución de sentencia. El 21 de Marzo del año 2001 el ejecutante solicita al Juez "reiterar bajo apercibimiento de ley" el Oficio

conteniendo el cúmplase lo ejecutoriado recibido el 19 de Febrero del 2001 por la entidad, lo que da lugar a la Resolución número 24 del 23 de Marzo del 2001 en la que ordena "se dé debido cumplimiento a la sentencia ejecutoriada, bajo responsabilidad", así como a la Resolución número 26 que ordena "Requiérase por última vez al IPSS a efectos de que informe en el plazo de cinco días, el cumplimiento de lo ordenado en sentencia, bajo apercibimiento de expeditarse las copias certificadas pertinentes, a efectos de ponerse en conocimiento del Ministerio Público". Mediante Oficio de fecha 05.07.01 el Gerente Central de ESSALUD adjunta al Juez la Resolución N° 029-GCS-EsSalud-2001 emitida por su Despacho que presuntamente da cumplimiento al mandato, en la que luego de declarar nula la Resolución de Gerencia Central de Salud N° 003-GCS-IPSS-98 ordena que la Gerencia de Servicios Hospitalarios proceda a expedir nueva Resolución, teniendo presente lo expresado: "Que conforme fluye del mandato judicial la Resolución, se ha realizado una 'deficiente, por incompleta, valoración de los informes de las Juntas Médicas Especializadas, pues solo se ha considerado lo opinado por una de ellas (Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins) sin poder colegirse (porque no se ha expuesto) las razones por las que no se tomó en cuenta el otro informe (del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen)/… Que en cuanto al Informe de la Junta Médica Especializada del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen, éste presenta incongruencias toda vez que, si bien refiere que el paciente presenta una condición de recuperabilidad 'Reservada', lo que haría inocuo cualquier tipo de tratamiento; contrariamente sugiere dos centros asistenciales del exterior, para posible tratamiento./ Que ante esta falta de precisión resulta procedente solicitar a las Juntas Médicas de los Hospitales Nacionales, que aclaren y fundamenten debidamente sus conclusiones, o, se solicite tercera opinión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° del Manual de Normas y Procedimientos para la Autorización de las Prestaciones Asistenciales de Centros Altamente Especializados en el País o del Extranjero./ Que por las razones expuestas y en resguardo del Principio de Pluralidad de Instancias, es menester anular tanto la Resolución de Gerencia Central de Salud (…) como la de Gerencia de Servicios Hospitalarios (…) a fin de que esta última Gerencia expida nueva Resolución". Por resolución N° 28 del 10.07.01 se pone a conocimiento de la demandante la Resolución acompañada, el demandante solicita se requiera por última vez el cumplimiento de la Sentencia en todos sus extremos, por Resolución N° 30 de fecha 13.08.01 el Juzgado ordena "requiérase por última vez al demandado para que dentro del plazo de 5 días de cumplimiento a lo ordenado en la sentencia ejecutoriada (…) vencido que sea dicho plazo sin que el obligado haya dado cumplimiento

a dicho requerimiento; expídase por Secretaría General la Copia certificada que solicita el accionante, para los efectos de que directamente formuló la denuncia penal pertinente" ; por escrito del 04.09.01 EsSalud reitera al Juzgado su puesta en conocimiento del cumplimiento de la Sentencia resaltando que en ningún momento del proceso el demandante solicitó el envío al exterior para el tratamiento de su enfermedad y el extremo en que fue declarada fundada la demanda es el de la nulidad de la Resolución N° 3 ordenando la expedición de una nueva resolución lo que ha sido cumplido; por Resolución N° 31 de fecha 05.09.01 se provee el escrito con un Téngase presente y a conocimiento del demandante; absuelto el trámite por Resolución N° 38 del 06.03.02 se requirió a EsSalud "para que cumpla con lo ordenado en Sentencia, bajo apercibimiento de ley"; por escrito de fecha 14.03.02 EsSalud apela la resolución la cual es concedida sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida por Resolución N° 39 de fecha 18.03.02; a lo que mediante Resolución N° 9 de fecha 6.09.02, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo declaró nulo el concesorio de apelación de fecha 18.03.02 bajo el argumento que teniendo la resolución apelada por fin impulsar el proceso se trata de un decreto conforme a la definición dada por el artículo 121 del Código Procesal Civil los que no aparecen dentro de las resoluciones susceptibles de apelación conforme la enumeración del artículo 365 del CPC; por escrito de fecha 14.10.02 el ejecutante solicita "requerir por última vez al Presidente del Directorio de EsSalud a fin de que se sirva expedir la Resolución Administrativa en que se otorga la prestación asistencial al demandante, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente en caso de su incumplimiento; por resolución N° 51 de fecha 29.11.02 el Juzgado ordena "Requiérase al demandado, a fin de que en el plazo de tres días cumpla con informar a esta judicatura, si ha cumplido con emitir nueva resolución conforme a los términos indicados por sentencia ejecutoriada, bajo apercibimiento de ley" ; por Resolución N° 55 de fecha 30.01.03 la Juez ordena "Requiérase una vez más al Presidente del Directorio de la entidad demandada, Seguro Social de Salud – EsSalud para que en el plazo perentorio de 10 días cumpla con expedir nueva resolución administrativa, oficiándose con copia de las sentencias (…) bajo apercibimiento de expedir copias certificadas al demandante … para que pueda recurrir al Ministerio Público, interviniendo el asistente que da cuenta"; por escrito del 17.02.03 EsSalud señala que pone en conocimiento el cumplimiento del mandato adjuntando la Carta N° 718-OCAJ-EsSalud -03 de fecha 14.02.03, carta enviada por la Oficina Central de Asuntos Jurídicos de fecha 14.02.03 en la que informa a la Gerencia Central de Salud que la Resolución N° 003 ha sido declarada nula judicialmente debiéndose proceder a expedir nueva resolución

administrativa teniendo en cuenta las observaciones indicadas en dichas sentencias; mediante Resolución N° 59 de fecha 26.03.03 se resuelve "Teniéndose en cuenta que aún no ha cumplido con expedirse la resolución administrativa de que trata esta ejecución de sentencia; y con la carta que se acompaña a conocimiento de la parte demandante." : el 08.05.03 EsSalud solicita un plazo prudencial a fin de cumplir con el mandato ordenado en razón que el demandante ha señalado la prestación asistencial para ser sometido a un tratamiento médico en el extranjero ha sido ordenado judicialmente, lo que ha retardado la expedición de la resolución; por Resolución N° 65 señala advirtiendo el tiempo transcurrido "No ha lugar lo solicitado"; por Resolución N° 66 de fecha 30.06.03 se decreta "advirtiendo que a pesar de los reiterados requerimientos y estando al tiempo transcurrido sin que la demandada haya cumplido con expedir nueva resolución administrativa conforme a lo ordenado (…) Hágase efectivo el apercibimiento decretado por Resolución N° 38; en consecuencia impóngase Multa a la demandada hasta por el valor de una URP; sin perjuicio de lo cual requiere a EsSalud, por intermedio de su Gerente General para que en el plazo de ley cumpla con expedir una nueva resolución administrativa, bajo responsabilidad y apercibimiento de continuar con la medida en forma compulsiva y progresiva y de hacer efectivo los demás apremios que la ley franquea a esta judicatura. Por escrito de fecha 20.08.03 el demandante solicita que se tenga por requerido al Sr. Xxx en su calidad de Gerente General de la demandada, lo cual es resuelto favorablemente por Resolución N° 70 de fecha 25.08.03. Por Resolución N° 71 de fecha 23.12.03 cumpliéndose el apercibimiento precisado por Resolución N° 66, se impone en calidad de multa el monto equivalente a DOS URPS, sin perjuicio de otorgar a la demandada y a su Gerente General Xxx, quien ha sido requerido mediante Resolución N° 70 por esta única vez el cumplimiento de la sentencia, es decir, que la demandada debe emitir nueva resolución administrativa, tomando en cuenta los términos de la sentencia, lo que debe hacer dentro de un plazo de tres días desde la notificación bajo apercibimiento de incremento progresivo de la multa, así como de disponerse la detención por el plazo máximo de ley de representante y de ponerse en conocimiento de la fiscalía de los hechos a fin de que esta proceda a efectuar la denuncia correspondiente, por desobediencia a la autoridad. Con fecha 14.01.04 EsSalud presenta escrito señalando haber cumplido el mandato al expedir la Resolución N° 045-GCAE-GDP-ESSALUD-2003 de fecha 04.11.03 de la Gerencia Central Especializada, en la cual valorando en su conjunto los Informes Médicos expedidos por las Juntas de Médicos Especializados de los Hospitales Nacionales y los presentados por el actor en su recurso de apelación sustenta y resuelve denegar las prestaciones asistenciales en

el extranjero del paciente Oré Castro, "por padecer de una patología irrecuperable y no contar en la actualidad con un tratamiento científico aceptado internacionalmente, es decir por no existir cura de la enfermedad. Debiendo el paciente seguir sus controles y tratamiento médico en los Hospitales Nacionales de EsSalud". Por Resolución N° 73 de fecha 16.03.04 el Segundo Juzgado señala "es menester precisar que en caso de autos la entidad demandada (ESSALUD), al expedir la resolución impugnada no ha efectuado una debida valoración de los argumentos sustentados por el demandante, razón por la cual la resolución impugnada se encuentra incursa en la causal de nulidad prevista y sancionada en el inciso "c" del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales y Procedimientos Administrativos (…) Cúmplase con lo Ordenado por el superior jerárquico, en lo establecido mediante sentencia en un plazo de 5 días debiendo la parte demandada (ESSALUD) expedir nueva resolución administrativa bajo los mismos apercibimientos establecidos en la resolución N° 71 " . Por Resolución N° 74 de fecha 07.05.04 se señala "no habiéndose cumplido con expedir nueva resolución administrativa, conforme lo ordenado mediante Resolución N° 73 en los términos establecidos en la Sentencia de 1° instancia (…) y estando al apercibimiento decretado y de conformidad a lo dispuesto en la última parte del artículo 53 del Código Adjetivo, se impone en calidad de multa progresiva el equivalente a 4 URPS , sin perjuicio que la demandada cumpla con lo ordenado mediante la indicada Resolución 73 dentro del plazo de 5 días, bajo apercibimiento de continuarse aplicando de manera conjunta la imposición de la multa así como de disponerse simultáneamente la detención del representante de la demandante hasta por el máximo de ley y de ponerse en conocimiento de la fiscalía de los hechos, a fin de que proceda la denuncia por desobediencia a la autoridad".

Con fecha 13 de Abril del 2007 –más de seis años después del cúmplase lo ejecutoriado- la Resolución de Gerencia General 613-GG-EsSalud-2007 por primera vez falló declarando "Otorgar la prestación asistencial en el extranjero al paciente (…)".

17.3 La naturaleza de la obligación de hacer contenida en la sentencia con la calidad de cosa Juzgada

En el caso expuesto, la sentencia que tenía la calidad de cosa juzgada era condenatoria[393]. Imponía como obligación hacer una dirigida a la entidad administrativa consistente en expedir nueva resolución con arreglo a los considerandos precedentes. Se trataba de esta

393 Dentro de la clasificación de sentencias, en declarativas, constitutivas y de condena. Las sentencias condenatorias además de declarar una situación jurídica imponen una obligación.

manera, dentro de un contencioso de nulidad, en la que la judicatura se encontraba imposibilitada de sustituirse a la administración (la demanda del presente proceso se inició con la vigencia del Código Procesal Civil antes de la vigencia de la Ley 27584) de una ejecución de sentencia con crisis de cooperación con la necesidad de una ejecución indirecta consistente en presionar desde la judicatura a solicitud del ejecutante, a la entidad ejecutada a través de medidas coercitivas eficaces.

17.4. Controversialidad de la imposición de medidas coercitivas

Con la expedición de la Resolución N° 045-GCAE-GDP-ESSALUD-2003 de fecha 04.11.03 de la Gerencia Central Especializada de la entidad demandada, la ejecutada sostiene haber cumplido lo ordenado en la sentencia. Alega que en ella se han valorado los informes médicos, sin que en la sentencia se haya definido el sentido que debe tener la decisión extremo que no ha sido abordado por la sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada. Al respecto, la resolución controversial que impone la medida coercitiva de multa y anuncia la multa progresiva y la prisión civil, ciertamente no desarrolla exhaustivamente la refutación a la afirmación de la entidad consistente en que con la expedición de la Resolución 045-GCAE-GDP-ESSALUD-2003 se está dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. Pero no puede dejar de advertirse la siguiente contextualización que la hace comprensible:

1) Debe tenerse presente la naturaleza de la enfermedad del actor ejecutante: es un mal progresivo e irreversible.

2) En medio de ese carácter de la enfermedad, el obtener una demanda que declara fundada en parte que significa la nulidad de la resolución que denegó el pedido de solventar el tratamiento en el extranjero y ordenó expedir una nueva resolución, demorando entre el cúmplase lo ejecutoriado contenida en la Resolución N° 23 de fecha ocho de febrero de 2001, hasta la expedición de la Resolución Numero 045-GCAE-GDP-ESSALUD-2003 de fecha 04.11.03 de la Gerencia Central Especializada igualmente denegatoria, el espacio de dos *años y nueve meses*. *Esto configura* una situación límite que pone en entredicho el Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y la convierte en principio a tomarse en cuenta a efectos de ponderarlo en la formación de una regla judicial justificante de la imposición de la medida coercitiva.

3) Era factible o posible una argumentación más exhaustiva que terminara al respecto con realizar los suficientes enlaces lógicos determinantes para aseverar que la entidad demandada estaba efectivamente incumpliendo el mandato judicial y con ello determinar la imposición de medidas coercitivas. Esto era posible por cuanto era

susceptible de determinarse qué específico contenido de la sentencia estaba desobedeciendo la expedición de la Resolución 045 de la administración igualmente denegatoria. Esta, para desechar el informe de la comisión del hospital (…), tuvo que basarse en un nuevo informe hospitalario no ordenado por la sentencia. En ese sentido, se pudo haber interpretado precisando el alcance de la sentencia en cuanto la administración no podía hacer otro informe médico, porque ello iba más allá de lo estrictamente ordenado en la sentencia y que lo *único que le correspondía era emitir nu*eva resolución administrativa considerando los dos informes médicos. Si esta precisión se hacía era lógicamente posible determinar el incumplimiento por parte de la entidad demandada de lo ordenado en la sentencia. En base a ello se podía imponerle la medida coercitiva de multa así como anunciar la medida de una multa mayor progresiva.

Las razones dadas son suficientes para comprender la afirmación que con la Resolución 045 se está incumpliendo con lo ordenado en la sentencia. Pero cabe preguntarse ¿esta precisión era suficiente para confirmar el anuncio de la medida coercitiva consistente en la prisión civil? Ciertamente, habría que advertir el tiempo de casi tres años en la demora de la expedición de la Resolución 045, la misma que tampoco cumple con lo ordenado en la sentencia, pero tampoco se puede negar que la constatación del incumplimiento de lo ordenado en la sentencia no deja de ser controvertible y que aun cuando no estemos en un derecho sancionador estamos ante un tema de ejercicio del *ius puniendi,* donde algún contenido tiene el Principio de Tipicidad y Razonabilidad, siendo evidente que para llegar a la verificación del incumplimiento de la sentencia pese a la emisión de la Resolución 045- era necesario un razonamiento que produjera enlaces lógicos no tan indiscutibles, al no constar de modo directo el hecho del incumplimiento. De otro lado, el marco normativo en relación a las medidas coercitivas definen un campo discrecional al juzgador en relación a la selección de la medida a imponerse, sin tampoco definirse con precisión el *íter* a seguirse para su imposición, por lo que es más evidente la necesidad de la justificación en base a los principios del ejercicio del *ius puniendi.*

17.5. Discurso hipotético disciplinario de destitución

La emisión del auto que imponía la medida coercitiva de multa y anunciaba la imposición de multa progresiva y de prisión civil no dio lugar a ningún procedimiento disciplinario a la magistrada que la suscribió. No obstante, es posible elucubrar un discurso justificativo de una eventual sanción disciplinaria que podría llegar incluso a justificar una destitución. Este discurso sería el siguiente:

1) La imposición de una medida coercitiva exige al juzgador: el anuncio previo de la medida, el vencimiento del plazo concedido y anunciado, la verificación del incumplimiento de lo ordenado por el juez;

2) En el caso concreto si bien las dos primeras son verificables, no lo es la tercera, por cuanto es un hecho indiscutible que en ninguna parte de la sentencia se haya ordenado que se expida una nueva resolución concediendo el tratamiento en el extranjero;

3) El auto que impone la medida coercitiva se limita a afirmar que hay un incumplimiento de lo ordenado en la sentencia pero no precisa que específico mandato se ha incumplido; en ese sentido, tampoco se puede sostener que el incumplimiento consiste en que la Resolución 045 ha actuado y valorado un nuevo medio probatorio el cual no fue ordenado en la sentencia, por cuanto ello no se advierte de la motivación de la resolución judicial controversial;

4) Debe tenerse presente que tratándose la medida coercitiva de un ejercicio del ius *puniendi*, resultan aplicables en el por mandato constitucional el Principio de Tipicidad, el de Razonabilidad e Interdicción de la Arbitrariedad, razón por la cual además de lo ya expresado resulta totalmente arbitrario que se anuncie en el auto controversial la medida de prisión civil;

5) Siendo así imponer la medida de multa, anunciar la progresividad de multa y la prisión civil en el caso concreto configura una transgresión grave al deber de independencia e imparcialidad, por cuanto no se advierte incumplimiento alguno ni se especifica en la motivación del auto qué orden específica de la sentencia se estaría incumpliendo.

18. Caso 4: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005 (Anicama). Decisión contra el Juez definido previa y ciertamente por el supremo intérprete

18.1. Presentación del caso

El caso que presentamos a continuación es una Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, dada al interior de un proceso constitucional. En este se estableció un precedente vinculante sobre la residualidad del amparo en materia previsional para los procesos en trámite. Y no dio lugar a procedimiento disciplinario alguno. No obstante, lo seleccionamos por lo polémico de su decisión, pues a modo de pre-comprensión hace sugerir la presencia de un procedimiento disciplinario como posible. Nos permitirá comprender el contenido del factor tiempo en las decisiones judiciales, cuyo alcance desarrollaremos

en la parte tercera de la presente investigación. La decisión del Tribunal Constitucional que sugerimos como controversial es el contenido del precedente en tanto establece una nueva regla procesal sobre competencia y vía procedimental a aplicarse incluso a los procesos previsionales constitucionales en trámite. "STC. 1417-2005.

4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 supra, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente".

18.2 El cambio del juez competente para los procesos en trámite

Conforme al Principio de Juez Natural o Preconstituido por Ley, la competencia del Juez se define previa y ciertamente. Se considera inválida toda modificación de la competencia en trámite. Desde luego que las leyes pueden modificar la competencia, pero –precisamente- por aplicación del Principio del Juez Pre constituido por la ley, la regla por la cual la competencia del juez debe ser fijada por la ley previa y ciertamente tiene rango constitucional y es parte del "debido proceso". Se entiende, por consiguiente, que toda modificación legal de la competencia solo es aplicable *ex post*, por lo que toda modificación de la competencia nunca debe aplicarse retroactivamente. En ese sentido, el Código Procesal Civil contiene en su disposición final segunda una regla de excepción al principio de aplicación inmediata de la norma referida a la competencia, según la cual: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

18.3. Controversialidad del precedente sobre la competencia previsional residual para los procesos en trámite

Hasta antes de la sentencia 1417-2005, el máximo órgano de control constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional[394], había asumido la competencia de todas las demandas en trámite que en vías de recurso extraordinario llegaran a su instancia en materia provisional, seguidas en un proceso constitucional.

394 Artículo 201 de la Constitución Política del Perú

En la experiencia peruana, en la sentencia 1417-2005-AA de fecha 08 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional que había conocido y sentenciado miles de pretensiones pensionarias asumiendo la competencia en sede constitucional, sabía en ese momento que muchas más miles de acciones de amparo se tramitaban en sede constitucional[395].

En ese contexto, de oficio, sin que ninguna parte lo invocara, optó con la calidad de precedente vinculante por variar de criterio y de entender que la solicitud de amparo en materia previsional tenía carácter alternativo, conforme al nuevo Código Procesal Constitucional en vigencia desde el 30-11-2004. Se determinaba el carácter residual del amparo previsional significando con ello no solo que a partir de ese momento para los procesos nuevos, cuya demanda se interpusiera al día siguiente de la publicación de la sentencia, la sede constitucional solo conocería de modo residual, restringiéndose para los casos en que se discuta el contenido del derecho constitucional directamente protegido[396] como el acceso a la pensión donde se recibe una suma menor que el salario mínimo, sino que también –y en esto resaltamos el carácter polémico de la decisión- esta modificación de criterio se aplicará para los proceso en trámite, incluido el 1417-2005-AA, más aun, anteriores a la vigencia del Código Procesal Constitucional que introdujo la regla de la residualidad en materia de amparo.

De este modo, la sentencia del Tribunal Constitucional, distanciándose de la aplicación de la técnica de cambio de orientación jurisprudencial- *overruling*-, aplicado por el Tribunal Constitucional en otras materias, introducía en nuestro ordenamiento una regla contra el Principio de Juez Natural con el carácter de precedente vinculante, no solo contra el texto de la ley vigente hasta el 29.11.04, sino contra la jurisprudencia seguida por ella misma, ¿podía ejercerse algún tipo de control con tal carácter de la regla de la residualidad retroactiva instaurada? Siendo el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, tal posibilidad parece jurídicamente imposible[397]. Sin duda, resulta que tal decisión era controvertible y pudo haber determinado en su oportunidad la configuración de un discurso tendiente a la destitución de los magistrados basados en la afectación al deber de *independencia* e *imparcialidad* de los mismos en un grado de gravedad elevado tanto por su impacto contra los derechos fundamentales de

395 El decir que se tramitaba en sede constitucional significaba que las acciones de amparo se iniciaban en primera instancia en ese momento ante el Juez civil y conocía en segunda instancia la Sala Superior, siendo posible el recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional.

396 El texto alude al Fundamento 37 de la misma sentencia.

397 En otras palabras, ¿pudieron los órganos judiciales en su momento inaplicar parcialmente la regla de la residualidad en tanto ella tenía un contenido de aplicación temporal más atrás que el 29.11.04?

personas en edad avanzada como por su afectación a la institucionalidad al significar la constitución de una regla de carácter general contenida en un precedente vinculante.

18.4. Impacto y comprensión de la decisión

El impacto de esta decisión que por sus efectos vinculantes constituía una norma general y abstracta fue doloroso, ya que significó que en miles de procesos en trámite en su momento tramitados ante el Juez pre-constituido se declarara la nulidad de todo lo actuado en procesos llevados ante el Juez constitucional para remitirlos a la "jurisdicción ordinaria", es decir, el juez contencioso administrativo. Además de la sobrecarga de casos que provocó en los Juzgados Contenciosos Administrativos, los verdaderos afectados fueron los pensionistas demandantes que tuvieron que afrontar un significativo mayor retardo de sus procesos, como consecuencia de su retrotraimiento, por la nulidad de todo lo actuado. Todo esto en una situaciónpreocupante, pues debido a la avanzada edad de los demandantes, la demora del proceso podía significar el acaecimiento de la irreversibilidad de su muerte durante el proceso en un contexto en que la esperanza de vida para el año 2005 fluctuaba entre los 73.7 a 78.8 años[398].

18.5 El factor tiempo como determinante no dicho de la decisión vinculante

Resulta inequívoco que esta decisión, por su carácter de precedente vinculante del Tribunal Constitucional, no constituyó un error material, sino una decisión pre-meditada. Esto se advierte de su sola lectura optada por un Pleno que constituyó un precedente y detalló una serie de preceptos procesales para hacer menos traumática la medida[399], de naturaleza "gerencial" que ante la circunstancia de sobrecarga procesal significó que el Tribunal se librara de miles de causas en trámite. Pero ello a costa de afectar ya no solo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (los procesos en trámite de jubilación se alargaron), sino que se afectara el Principio del Juez Natural o pre constituido por la ley.

En el texto de la sentencia 1417-2005 no encontramos alguna justificación razonable para que el carácter residual del amparo en materia previsional se aplicara a los procesos en trámite. Entonces, la única respuesta y justificación que se puede ofrecer es que ante la gran cantidad de casos de acciones de amparo que atendía el Tribunal Constitucional, este se vio presionado por la existencia de una fuerza

398 http://www.minsa.gob.pe/estadisticas/estadisticas/SalaSituacional/02_Demogr%C3%A-1fico.pdf

399 Al respecto reléase el fundamento 37.

mayor que avanza como un huracán exigiendo la supervivencia propia pese a sus consecuencias, existencia a la cual conocemos con el nombre "tiempo" y la presión que este ejerce en la exigencia de la productividad.

La opción del Tribunal Constitucional obedeció –inferimos hipotéticamente- a la "presión temporal" que afectó su *independencia* e *imparcialidad*. Si esta actitud se presentó en el supremo intérprete de la Constitución, ¿qué podemos esperar de un Juez Especializado y más aún de un Juez de Paz Letrado?

19. Caso 5: Cautelar en Juzgado Comercial. 2007- 2010

19.1. Presentación del Caso

Por Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 002-2010-PCNM de fecha 22.01.10 se sancionó con destitución al magistrado Armijo por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil Subespecialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima. El texto de la Resolución del CNM es el siguiente:

"P.D N° 011-2009-CNM. *San Isidro, 22 de enero de 2010.*

Visto; *El Proceso Disciplinario N° 011-2009-CNM seguido al doctor Luis Miguel Armijo Zafra, por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil - Sub Especialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima; y,* ***considerando:***

Primero*.- Que, por Resolución Nº 046-2009-PCNM, de 20 de marzo 2009, el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario al doctor Luis Miguel Armijo Zafra por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil - Sub Especialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima;*

Segundo*.- Que, se imputa al doctor Luis Miguel Armijo Zafra, haber incurrido en el trámite y resolución del proceso cautelar derivado del expediente seguido por Mildo Eudocio Martínez Moreno contra Hope Trading S.A (hoy Pesquera Alba S.A.C) sobre nulidad de acto jurídico y reivindicación, signado con el N° 2006-08236-52-1801-JR-CI-11, en las siguientes irregularidades:*

1) Haber dictado una medida cautelar sin la suficiente o debida motivación en cuanto al requisito de peligro en la demora, vulnerando el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva- motivación, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 y 611 del Código Procesal Civil, así como, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2) Haber dispuesto como medida cautelar la designación de un Administrador Judicial para la empresa Ana María S.R.L, persona jurídica afectada que no es parte del proceso ni fue citada con la demanda, hasta el momento en que se concede la medida cautelar, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 623 del Código Procesal Civil; asimismo, fue dada bajo una motivación aparente, al tratarse de un tercero, vulnerando el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva- motivación, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, así como el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) Que, la designación de Administrador Judicial de la Empresa Pesquera Ana María S.R.L resulta incongruente con las pretensiones reclamadas en el proceso judicial principal que se circunscribe en concreto a la nulidad del contrato de compra venta de la embarcación Pesquera Arequipa 10 y su consecuente restitución, así como, incongruente con lo peticionado en la solicitud cautelar (secuestro judicial), careciendo también de motivación sobre la adecuación de la medida cautelar concedida respecto de la peticionada, vulnerando el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

4) Haber admitido, por Resolución N° 13, la sustitución de la contracautela (de fianza personal a una de naturaleza real) el mismo día en que fuera pedida, sin expresar ninguna fundamentación fáctica ni jurídica, al haberse realizado mediante un mero decreto que sustituía la contracautela representada por una fianza bancaria de $ 400,000 dólares por una contracautela de naturaleza real de $ 100,000 dólares, reduciendo de manera arbitraria, esto es, sin ninguna motivación la garantía cautelar tanto en el monto como aceptando la modificación en su naturaleza al simple pedido del demandante, vulnerando el principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (motivación), consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, así como el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5) Haber declarado, por Resolución N° 19, de 6 de marzo de 2007, la nulidad de la Resolución N° 13 y haber ordenado que el demandante presente nuevo testimonio de garantía real por el monto de $ 400,000 dólares, sin precisar el plazo en que debía hacerlo, ni el apercibimiento en caso de incumplimiento, con lo cual se mantuvo vigente la medida cautelar ya trabada (sin que estuviese vigente contracautela alguna), exponiendo a la empresa, tercera en el proceso y afectada con el mandato cautelar, a daños y perjuicios sin garantía alguna para su resarcimiento, infringiendo el artículo 613 del

Código Procesal Civil.

6) Haber favorecido a la parte demandante a través de diversas actuaciones, como son:

a) El escrito de sustitución de la contracautela fue presentado el 30 de enero de 2007, siendo proveído el mismo día.

b) El escrito del demandante de levantamiento de la orden de inmovilización de la embarcación Pesquera Arequipa 10, presentada el 31 de enero de 2007, fue proveído y diligenciado el oficio el mismo día.

c) La resolución cautelar N° 01, dictada el 19 de diciembre de 2006, fue notificada al demandante y entregados los oficios el 20 de diciembre de 2006, notificación que fue elaborada en el despacho del Juez, al haber sido autorizada por el Asistente, entregada el mismo día, sin que hubiere sido diligenciada a través de la Central de Notificaciones.

d) Conducta célere que no ha sido igual para todos los sujetos involucrados en el proceso judicial, puesto que, la Resolución N° 06, de 19 de enero de 2007, que ordena inscribir la designación del Administrador Judicial fue diligenciado el mismo día y, mediante Resolución N° 7, de la misma fecha el magistrado autorizó a su asistente, a fin de que lleve a cabo la diligencia de formalización de medida cautelar ordenada, vulnerando el principio constitucional y garantía del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva-igualdad de trato e imparcialidad- vulnerando los deberes impuestos por los artículos I del Título Preliminar y 50 inciso 2 del Código Procesal Civil.

***Tercero**.- Que, el magistrado Luis Miguel Armijo Zafra por escrito de 15 de abril de 2009 presenta su descargo alegando lo siguiente: Respecto al cargo de haber dictado una Medida Cautelar en el Expediente Nº 2006-8236-52-1801- JR-CI-11 sin la debida motivación, sostiene que tal decisión subyace en que el contrato de compra-venta, cuya nulidad se solicita, está referido a la embarcación pesquera Arequipa 10 en la que la empresa Ana María SRL funge de vendedora y en la que el demandante tiene participaciones, conforme se aprecia en el Testimonio de Otorgamiento de Escritura Pública de 22 de junio de 2005 otorgado ante el Notario Juan Zárate del Pino, con lo que se acredita la verosimilitud del derecho para solicitar dicha medida conforme a lo dispuesto por el artículo 611 del Código Procesal Civil;*

En cuanto al segundo elemento para conceder una medida cautelar, peligro en la demora, sostiene el procesado que dicho elemento también quedó acredita con la situación que enfrenta la Empresa Ana María SRL consistente en problemas en su administración y representación,

además de haberse transferido los derechos administrativos de pesca que tenía la citada embarcación a la firma LSA Enterprise Perú SAC, no obstante ser el único bien objeto de explotación con que contaba la aludida empresa lo que ponía en riesgo de perder la embarcación en cuestión y ocasionar mayor perjuicio a sus participacionistas y acreedores. Asimismo señala que posteriormente a la emisión de la resolución que concede la medida cautelar, obran en actuados diversos escritos que demuestran la difícil situación que enfrentaba la empresa Ana María SRL, lo que no hace más que ratificar que el criterio jurisdiccional asumido al dictarse la medida cautelar era la correcta y que en consecuencia la decisión estaba debidamente motivada tanto en la verosimilitud del derecho como en el peligro en la demora; En lo referente a la designación de un administrador judicial para la empresa Pesquera Ana María, persona jurídica que no era parte en el proceso y que dicha designación de administrador judicial no guardaba congruencia con las pretensiones reclamadas en el principal, sostuvo el doctor Armijo Zafra que en aplicación del principio iura novit curia y a lo dispuesto por el artículo 611 del Código Procesal Civil el juez puede dictar la medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal, en tal sentido estando a las argumentaciones y pruebas que se adjuntaron optó por el dictado de una medida cautelar genérica por cuanto consideró que era la que más se adecuaba a la pretensión de la demanda, siendo, en todo caso, su criterio jurisdiccional el que aplicó en las tantas veces aludida Medida Cautelar. Agrega que la empresa Ana María se encontraba en abandono debido a sendos procesos judiciales que hacían imposible su administración, con el consiguiente perjuicio a sus participacionistas y acreedores; Asimismo señala el investigado que conforme a los argumentos citados en el considerando precedente considera que sí existe congruencia entre el dictado de la medida cautelar genérica, así como el nombramiento de administrador judicial dispuesta sobre la Empresa Ana María SRL y la pretensión principal toda vez que era la mejor manera de asegurar la futura decisión final, pues de no haberse dictado la medida cautelar existía un riesgo inminente que la embarcación pesquera sea canibalizada o que se produzca su pérdida, por lo que considera que dada la difícil situación que enfrentaba la empresa Ana María SRL, lejos de ocasionarle un daño se la "protegió mejor sus propios intereses", además, tampoco se ha afectada el derecho de defensa de la empresa en cuestión pues aquella ha impugnado el concesorio de la Medida Cautelar; Respecto de la sustitución de la contracautela, fianza personal a una de naturaleza real, y al hecho de haber declarado por resolución Nº 19, la nulidad de la resolución Nº 13 y haber ordenado al demandante que presente nuevo testimonio de garantía real sin precisar el plazo en que debía hacerlo, ni el apercibimiento en caso de incumplimiento, el magistrado procesado admite que incurrió en un error, sin embargo argumenta que en el marco del respeto al derecho de defensa de la parte que dedujo la nulidad

de la resolución que varió la contracautela la declaró fundada por lo que mal se puede hablar que ha actuado con favoritismo hacia una de las partes; Señala también que por estos hechos fue denunciado ante el Ministerio Público imputándosele la comisión de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad la que fue declarada infundada toda vez que los hechos denunciados no reúnen las exigencias de tipicidad, por cuanto las resoluciones Nº 01 y 19 se hallan en el contexto discrecional que la ley faculta al magistrado, "no se evidencia intencionalidad de hechos falsos o sustentadas en pruebas inexistentes o apoyadas en leyes supuestas o derogadas y menos aún una conducta dolosa", en tal sentido considera que por los propios fundamentos del Ministerio Público, este extremo de la imputación debe declararse infundada o improcedente para sustentar el pedido de destitución; En cuanto al cargo de haber favorecido a la parte demandante a través de diversas actuaciones judiciales, alega el doctor Armijo Zafra que no existe ningún indicio que acredite tal afirmación toda vez que ha actuado ciñéndose estrictamente a las normas procesales y, eventualmente, respondió a acuerdos expresos (de carácter claramente de gestión del despacho) adoptados con los magistrados a cargo de los juzgados comerciales. En efecto, en su escrito de descargo el magistrado procesado hace referencia al Acta de fecha 26 de enero de 2007, que obra a fojas 1551 de actuados, donde consta los acuerdos adoptados por los magistrados de los Juzgados Comerciales, en los que aparece aquel que señala que todas las medidas cautelares serán igualmente proveídas, dejando confeccionados sus correspondientes oficios que estas generen, hasta el último corte de día del mes en curso; Sostiene el procesado que las declaraciones brindadas por los servidores Héctor Bejarano, Rosalío Oros, Miguel López y Julia Díaz, corroboran su alegación de que no ha favorecido al demandante, toda vez que los aludidos servidores judiciales han sostenido que han ejercido sus funciones en forma independiente, lo cual considera trascendental ya que cualquier intento de favorecimiento a una de las parte, pasa, inevitablemente, por un acto de concertación con el personal que labora en el despacho. También indica que el Reporte de seguimiento de las medidas cautelares ingresadas a su Despacho de diciembre de 2006 a marzo de 2007 se desprende que se ha dado un trato urgente y privilegiado a las solicitudes de las citadas medidas, por lo que -afirma- que la tramitación respecto de la medida cautelar que se cuestiona en el presente proceso disciplinario no tuvo un trato extraordinario y tampoco existió un afán deliberado para favorecer a una de las partes, en tal sentido considera que no existe el más mínimo indicio que pueda dar pie a la afirmación de un supuesto favorecimiento; También alega que tampoco se le puede imputar que ha actuado con conducta célere, pues considera que ha cumplido con su deber toda vez que el artículo 184 inciso 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como deber de los magistrados: "Resolver con celeridad y sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso", en tal sentido considera que se le podría sancionar por una demora deliberada, pero

no por cumplir con su obligación como magistrado; Finalmente el procesado considera que resulta pertinente señalar que el supuesto normativo del artículo 211 inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que procede aplicar la sanción de destitución por la comisión de un hecho grave que comprometa la dignidad del cargo y lo desmerece en el concepto público, siempre que haya sido sancionado previamente con suspensión, situación que no se ha presentado en el presente caso, pues el magistrado procesado no ha sido objeto de la sanción disciplinaria de suspensión;

***Cuarto**.- Que, corresponde establecer si la actuación del magistrado procesado en la tramitación del proceso cautelar derivado del expediente seguido por Mildo Eudocio Martínez Moreno contra Hope Trading S.A. (hoy Pesquera Alba SAC) sobre Nulidad de Acto Jurídico y Reivindicación, Expediente Nº 2006-08236-52-1801-JR- CI-11, se ha sujetado a su obligación de preservar la respetabilidad del cargo que ostenta y de la institución que representa o si es que ha incurrido en irregularidades orientadas a favorecer a una de las partes;*

***Quinto**.- Que,* fluye *de actuados que don Mildo Eudocio Martínez Moreno interpuso demanda de Nulidad de Acto Jurídico y Reivindicación contra Hope Trading S.A, proceso en el que solicitó Medida Cautelar en forma de Secuestrosobre la embarcación pesquera Arequipa 10, ofreciendo como contracautela una fianza bancaria emitida por el Banco de Crédito del Perú por la suma de $ 400,000;*

***Sexto**.- Que, por resolución Nº 1, de 19 de diciembre de 2006, el magistrado procesado concede medida cautelar en forma de administración provisional sobre la empresa Pesquera Ana María SRL, persona jurídica ajena al proceso, toda vez que no fue citada con la demanda vulnerándose lo expresamente dispuesto por el artículo 623 del Código Procesal Civil que señala: "La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal**,** siempre que haya sido citado con la demanda.";*

***Séptimo**.- Que, el magistrado procesado para sustentar su decisión, esgrime en el octavo considerando, los mismos argumentos vertidos por el demandante quien señala que la empresa Pesquera Ana María SRL se encuentra en estado de abandono, dado que sus partipacionistas están enfrascados en diversos procesos judiciales y que el único bien social, objeto de desarrollo económico de la sociedad, está en peligro de desaparecer;*

***Octavo**.- Que, el demandante solicitó la medida cautelar de secuestro judicial de la embarcación Arequipa 10, sin embargo, el magistrado procesado, además de ordenar el secuestro judicial concedió la medida cautelar*

de administración provisional de la empresa Pesquera Ana María SRL, quien no era parte en el proceso ni había sido notificada con la demanda. El procesado para justificar la concesión de la medida cautelar de Administración de la empresa Pesquera Ana María SRL, sostiene "que la verosimilitud o apariencia del derecho invocado, significa que el juez debe realizar una estimación o cálculo de la probabilidad que permita persuadir que el derecho cuya cautelar se pide, exista en principio; y por otro lado, el peligro en la demora es la constatación por parte del juez que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de ella o por el cual garantice el cumplimiento de la demanda en el principal, es factible que jamás se ejecute con eficacia".;

***Noveno**.- Que, en la resolución cuestionada no aparece ningún elemento fáctico ni jurídico que justifique tal decisión, toda vez que el peligro en la demora, elemento sine qua non con el que el magistrado pretende justificar la medida cautelar en forma de administración, no se encuentra acreditado, pues no aparece de actuados la presencia de hechos o situaciones que permitan diagnosticar la presencia de una amenaza tendente a volver ineficaz la eventual decisión final en el proceso, lo que conduce a concluir que la motivación esgrimida por el magistrado Armijo Zafra no solo es inconsistente, sino que además es aparente, lo que vulnera el deber que tiene todo magistrado de motivar debidamente sus resoluciones, previsto en los artículos 50 inciso 6, 122 inciso 3 y 611 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;*

***Décimo**.- Que, el procesado alega que su decisión de designar administrador judicial provisional de la empresa Pesquera Ana María SRL la adoptó en aplicación del principio iura novit curia y a lo dispuesto por el artículo 611 del Código Procesal Civil, en el extremo que señala que el juez puede dictar medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo la naturaleza de la pretensión. Esta argumentación vulnera el principio de congruencia procesal consagrado en el artículo 50 inciso 6 del Código Adjetivo, pues lo resuelto resulta incongruente con las pretensiones principales del proceso, así como con lo peticionado en la solicitud de medida cautelar que estaba dirigida contra la embarcación Arequipa 10 y no contra la empresa en cuestión; además, si bien es verdad que el juez, conforme al artículo 611 del Código Procesal Civil puede dictar la medida cautelar solicitada u otra que considere adecuada, también lo es que el artículo 623 del mismo cuerpo de leyes establece que la medida puede recaer en bien de tercero cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado en la demanda. Esta situación no se da en el proceso en cuestión, pues en la demanda no aparece como demandada la empresa Pesquera Ana María SRL, ni ha sido citada con la demanda, por lo que resulta evidente que el magistrado procesado pretende hacer una interpretación aislada del artículo 611 del Código Procesal Civil para*

justificar su decisión, desconociendo la existencia del artículo 623 del mismo cuerpo de leyes, que constituye un ordenamiento jurídico imperativo que los magistrados no pueden dejar sin efecto;

***Décimo Primero**.- Que, está acreditado que el magistrado procesado sin motivación alguna, es decir, de manera arbitraria sustituyó la contracautela consistente en la fianza bancaria emitida por el Banco de Crédito del Perú por la suma de US$ 400,000, por una de naturaleza real, garantía mobiliaria sobre la embarcación pesquera San Antonio IV, hasta por US$ 100,000. El magistrado admitió la sustitución el mismo día que se solicitó, o sea el 30 de enero del 2007 mediante resolución N° 13;*

***Décimo Segundo**.- Que, la empresa demandada Hope Trading S.A (hoy Pesquera Alba SAC) advirtiendo la arbitrariedad de la resolución que sustituye la contracautela, solicitó la nulidad de la misma. El procesado declaró nula la resolución N° 13 y reponiendo el proceso al estado que le corresponde, a fin de calificar la solicitud del demandante por escrito de fecha 30 de enero de 2007, ordenó que cumpla previamente con adjuntar el testimonio de la escritura pública de constitución de garantía mobiliaria sobre la embarcación pesquera San Antonio IV hasta por la suma de US$ 400,000. Pero en esta resolución no se estableció el plazo en que debía presentar el aludido testimonio, ni se dictó el apercibimiento para el caso de incumplimiento, lo que implicó que se mantenga vigente la medida cautelar en forma de administración sobre la empresa Ana María SRL (tercera en el proceso), sin que exista ninguna contracautela, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 613 del Código Procesal Civil. Esta irregular situación se mantuvo desde el 30 de enero de 2007, fecha en que se admitió la sustitución de la contracautela, hasta el 11 de mayo del mismo año en que el demandante constituyó una nueva contracautela real;*

***Décimo Tercero**.- Que, el magistrado procesado ha obrado tratando de favorecer a la parte demandante, lo que se acredita con lo siguiente: a) admitió la sustitución de la contracautela el mismo día en que fue solicitada, o sea el 30 de enero del 2007 mediante resolución N° 13; b) el demandante, el 31 de enero del 2007 solicitó el levantamiento de la orden de inmovilización de la embarcación pesquera Arequipa 10, escrito que fue proveído mediante resolución N°15;*

***Décimo Cuarto**.- Que, la resolución por la que concedió la medida cautelar de 19 de diciembre de 2006, fue notificado en forma personal al demandante el 20 de diciembre del mismo año, es decir, sin ser tramitada mediante la central de notificaciones correspondiente. Situación similar se presentó con la resolución Nº 6 de 19 de enero de 2007, que ordena inscribir la designación del administrador judicial, que fue diligenciada el mismo día que se emitió dicha resolución, a lo que se suma que en esa misma fecha*

emitió la resolución Nº 7 por la que ordenó al asistente de Juez Miguel Arsenio López Solgorreque proceda a formalizar la medida cautelar. El conjunto de estas acciones revelan una celeridad inusitada que no guarda relación con otros actos procesales impulsados por la demandada y otros sujetos involucrados en el proceso judicial en cuestión, tales como: i) la solicitud de desafectación de la embarcación solicitada por la empresa Pesquera Ana María SRL que fue concedida por resolución Nº 10 de 25 de enero de 2007 y notificada el 06 de febrero de 2007, es decir doce días después; ii) la solicitud que reitera el pedido de desafectación de 26 de enero de 2007, proveído el 30 de enero del mismo año y notificada el 19 de febrero de 2007; iii) Los escritos presentados por Gerardo Revoredo Arellano de 26 y 30 de enero de 2007, el primero de ellos fue proveído el 30 de enero, mientras que el segundo fue resuelto el 06 de marzo de 2007. Se acredita que mientras los escritos presentados por el demandante fueron proveídos y notificados en el día, los presentados por los otros sujetos procesales no fueron atendidos ni resueltos con la misma celeridad;

***Décimo Quinto**.- Que, el magistrado procesado ha resuelto con celeridad con el fin de favorecer al demandante en el caso que ha originado este proceso disciplinario, dando un trato desigual a las partes en litigio, celeridad que no la observó para con la parte demandada ni en otros procesos. Así, el 31 de enero del 2007, entre las 15:02:37 y la hora de cierre de la mesa de partes se recibieron seis escritos, de las cuales dos correspondían al expediente Nº 8236-2006 materia del proceso disciplinario conforme obra a fojas 329 y cuatro correspondían a causas ajenas a dicho proceso, conforme obran a fojas 295, 298, 301, y 305 de la presente causa. Los dos escritos relacionados con el proceso en cuestión fueron ingresados y proveídos el mismo día 31 de enero de 2007, mientras que los otros cuatro escritos fueron ingresados al despacho recién el 1° de febrero del mismo año y proveídos luego de las vacaciones judiciales;*

***Décimo Sexto**.- Que, el magistrado procesado pretende justificar la inusitada celeridad en el trámite de lo relacionado al proceso Nº 8236-2006, argumentando que su accionar es conforme al acuerdo adoptado por los magistrados a cargo de los juzgado comerciales, mediante acta de 26 de enero de 2007, disponiendo proveer todos los escritos presentados sobre los expedientes a su cargo, demandas hasta el último corte del día del mes de enero. Sin embargo, el procesado ha aplicado este acuerdo sólo para favorecer al demandante y no al demandado, ni tampoco lo ha aplicado a otros procesos como está acreditado en el punto anterior; cargo, demandas hasta el último corte del día del mes de enero. Sin embargo, el procesado ha aplicado este;*

***Décimo Séptimo**.- Que, los hechos descritos en los considerandos precedentes acreditan en forma indubitable que el magistrado actuó vulnerando los principios constitucionales de igualdad de trato (artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú) y del debido proceso (artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú), así como los deberes impuestos por los artículos I del Título Preliminar y 50 inciso 2 del Código Procesal Civil, poniendo en evidencia su intención de favorecer al demandante, de lo que se deduce que ha violentado su deber de conducir los procesos judiciales;*

***Décimo Octavo**.- Que, en cuanto al hecho que se propone su destitución sin que previamente haya sido sancionado con la suspensión, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, como por ejemplo, en el expediente 3456-2003-AA/TC ha señalado que "la sanción de suspensión previa a la destitución sólo es aplicable al Órgano de Control Interno del Poder Judicial no así al Consejo Nacional de la Magistratura, la que a través del artículo 31 de su Ley Orgánica-Ley N° 26397, se encuentra facultado para aplicar la sanción de destitución sin necesidad que el funcionario a ser sancionado haya sido suspendido previamente", es decir, que el Consejo puede destituir a pesar que el magistrado no haya sido suspendido previamente, siempre y cuando la envergadura o gravedad de la conducta lo justifique como ocurre en el presente caso;*

***Décimo Noveno**.- Que, se ha acreditado que el doctor Luis Miguel Armijo Zafra, en el trámite y resolución del proceso cautelar derivado del expediente seguido por Mildo Eudocio Martínez Moreno contra Hope Trading S.A (hoy Pesquera Alba S.A.C) sobre nulidad de acto jurídico y reivindicación, signado con el N° 2006-08236-52-1801- JR-CI-11, ha dictado una medida cautelar sin la suficiente o debida motivación en cuanto al requisito de peligro en la demora, vulnerando el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva-motivación, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 y 611 del Código Procesal Civil, así como, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ha dispuesto como medida cautelar la designación de un Administrador Judicial para la empresa Ana María S.R.L, persona jurídica afectada que no es parte del proceso ni fue citada con la demanda, hasta el momento en que se concede la medida cautelar, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 623 del Código Procesal Civil; asimismo, fue dada bajo motivación aparente, al tratarse de un tercero, vulnerando el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva-motivación, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, así como el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;*

***Vigésimo**.- La designación de Administrador Judicial de la Empresa Pesquera Ana María S.R.L resulta incongruente con las pretensiones reclamadas en el proceso judicial principal que se circunscribe en concreto a la nulidad del contrato de compra venta de la embarcación Pesquera Arequipa 10 y su consecuente restitución, así como, incongruente con lo peticionado en la solicitud cautelar (secuestro judicial), careciendo también de motivación sobre la adecuación de la medida cautelar concedida respecto de la peticionada, vulnerando el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; ha admitido, por Resolución N° 13, la sustitución de la contracautela (de fianza personal a una de naturaleza real) el mismo día en que fuera pedida, sin expresar ninguna fundamentación fáctica ni jurídica, al haberse realizado mediante un mero decreto que sustituía la contracautela representada por una fianza bancaria de $ 400,000 dólares por una contracautela de naturaleza real de $ 100,000 dólares, reduciendo de manera arbitraria, esto es, sin ninguna motivación la garantía cautelar tanto en el monto como aceptando la modificación en su naturaleza al simple pedido del demandante, vulnerando el principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (motivación), consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, así como el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;*

***Vigésimo Primero**.- Que, asimismo ha declarado, por Resolución N° 19, de 6 de marzo de 2007, la nulidad de la Resolución N° 13 y haber ordenado que el demandante presente nuevo testimonio de garantía real por el monto de $ 400,000 dólares, sin precisar el plazo en que debía hacerlo, ni el apercibimiento en caso de incumplimiento, con lo cual se mantuvo vigente la medida cautelar ya trabada (sin que estuviese vigente contracautela alguna), exponiendo a la empresa, tercera en el proceso y afectada con el mandato cautelar, a daños y perjuicios sin garantía alguna para su resarcimiento, infringiendo el artículo 613 del Código Procesal Civil;*

***Vigésimo Segundo**.- Que, también ha favorecido a la parte demandante a través de diversas actuaciones, tales como, el escrito de sustitución de la contracautela fue presentado el 30 de enero de 2007, siendo proveído el mismo día; el escrito del demandante de levantamiento de la orden de inmovilización de la embarcación Pesquera Arequipa 10, presentada el 31 de enero de 2007, fue proveído y diligenciado el oficio el mismo día; la resolución cautelar N° 01, dictada el 19 de diciembre de 2006, fue notificada al demandante y entregados los oficios el 20 de diciembre de 2006, notificación que fue elaborada en el despacho del Juez, al haber sido autorizada por el Asistente, entregada el mismo día, sin que hubiere sido diligenciada a través de la Central de Notificaciones;*

***Vigésimo Tercero**.- Que, la conducta célere no ha sido igual para todos los sujetos involucrados en el proceso judicial, puesto que, la Resolución N° 06, de 19 de enero de 2007, que ordena inscribir la designación del Administrador Judicial fue diligenciado el mismo día y, mediante Resolución N° 7, de la misma fecha el magistrado autorizó a su asistente, a fin de que lleve a cabo la diligencia de formalización de medida cautelar ordenada, vulnerando el principio constitucional y garantía del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva- igualdad de trato e imparcialidad- vulnerando los deberes impuestos por los artículos I del Título Preliminar y 50 inciso 2 del Código Procesal Civil;*

***Vigésimo Cuarto**.- Que, la conducta del procesado en el caso en mención, ha atentado contra la respetabilidad del Poder Judicial, comprometiendo la dignidad del cargo y desmereciéndola en el concepto público, lo que lo hace pasible de la sanción de destitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 2 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura;*

***Vigésimo Quinto**.- Que, el Código de Ética del Poder Judicial, aprobado en Sesiones de Sala Plena de fechas 9, 11 y 12 de marzo del 2004, establece en su artículo 3 que "El Juez debe actuar con honorabilidad y justicia, de acuerdo al Derecho, de modo que inspire confianza en el Poder Judicial"; asimismo, el artículo 5 del Código en mención señala que el Juez debe ser imparcial tanto en sus decisiones como en el proceso de su adopción; sin embargo, en el presente caso el procesado no observó los valores antes invocados y desmereció el cargo con su conducta irregular, la misma que resulta compatible con la sanción solicitada;*

Por estos fundamentos, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia, el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, considera que existen motivos suficientes para aplicar en este caso la sanción de destitución, por lo que en uso de las facultades previstas por los artículos 154 inciso 3 de la Constitución Política, 31 numeral 2 y 34 de la Ley 26397, y 35 del Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo y estando a lo acordado por unanimidad por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en sesión del 28 de septiembre de 2009;

Se resuelve:

***Artículo Primero.-** Dar por concluido el proceso disciplinario y aceptar el pedido de destitución formulado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y en consecuencia, se imponga la medida disciplinaria de destitución al doctor Luis Miguel Armijo Zafra, por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil Sub Especialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima.*

Artículo Segundo.- *Disponer la cancelación del título de Juez Especializado en lo Civil al magistrado destituido, doctor Luis Miguel Armijo Zafra.*

Artículo Tercero.- *Disponer la inscripción de la medida a que se contrae el artículo primero de la presente resolución en el registro personal del magistrado destituido, debiéndose asimismo cursar oficio al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y a la señora Fiscal de la Nación, y publicarse la presente resolución, una vez que quede consentida o ejecutoriada. Sancionan con destitución a magistrado por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil Subespecialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima."*

19.2. Descripción comprensiva del caso

Las imputaciones de grave afectación al deber de *independencia* e *imparcialidad* al magistrado Armijo girarían en torno a las actuaciones del magistrado en el proceso cautelar consistente en tres Resoluciones.

Estas son: la de concesión cautelar, la de sustitución de contracautela y la de nulidad de la resolución de sustitución de contracautela. Adicionalmente, se comprenderían otras actuaciones referidas a una inusitada celeridad en el trámite al interior del mismo proceso cautelar.

Mildo Eudocio Martínez Moreno demanda, en su calidad de participacionista de la vendedora Pesquera Ana María SRL, la nulidad del contrato de compra venta de la embarcación pesquera Arequipa 10 celebrado entre la Pesquera Ana María SRL (vendedora) y Pesquera Alba SAC (compradora). Demanda al mismo tiempo la reivindicación y entrega de dicha embarcación a la empresa no demandante ni demandada al momento de la petición cautelar Pesquera Ana María SRL (vendedora), quien solo se integraría a la relación procesal mediante Resolución número 08 de fecha 16.03.07.

Con fecha 15 de diciembre del 2006, el demandante solicita medida cautelar, "de secuestro judicial que asegure el cumplimiento de la decisión definitiva…" solicitando al Juzgado ordenar "que la embarcación pesquera Arequipa 10 con Matrícula CO-1459-PM sea entregada al órgano de auxilio judicial-custodio". La petición cautelar es concedida por el Magistrado, advirtiéndose en el auto las siguientes particularidades:

No obstante, se omitió regular la situación acerca de la vigencia o ineficacia de la medida cautelar concedida, sin fijarse plazo ni apercibimiento en caso de incumplirse con el mandato de adjuntar la Escritura Pública de constitución respectiva. De esta manera, la vigencia

de la medida cautelar, cuyos efectos se iniciaron desde el 31 de enero del 2007, fecha del acta de entrega de administración, siguió surtiendo efectos. La contracautela se encontraba vigente en los términos de la resolución número uno, lo que si bien significaba la vigencia de la garantía de fianza bancaria por el monto de 400,000 dólares americanos, al encontrarse esta vencida desde el 29.01.07, de facto a la fecha de declaratoria de nulidad 06.03.07, no había contracautela alguna. Tal situación de liberación fáctica de contracautela al peticionante se prolongó. Por consiguiente, desde el 06.03.07 hasta más allá del 25 de abril del 2007, en que se proveyó el escrito de cumple mandato aumentado monto de contracautela disponiendo "Cumpla con adjuntar la inscripción de la garantía mobiliaria dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de cursarse los partes judiciales del registro correspondiente" alcanzando al menos el momento en que habiéndose el Magistrado del Décimo Primer Juzgado -sujeto ya a esa fecha a procedimiento disciplinario, abstenido por decoro- el nuevo Magistrado se avocara al conocimiento del expediente y tomara alguna decisión sobre el particular.

El día 31 de enero del 2007 –al día siguiente 1 de febrero del 2007 el Magistrado ingresaba de vacaciones- fue presentado por el peticionante a horas 16.33:30 p.m., un escrito de levantamiento de orden de inmovilización, siendo proveído mediante resolución favorable a horas 18:09:07, entregándose el respectivo oficio el mismo día 31 de enero del 2007 a la parte interesada. Normalmente, Mesa de Partes entrega los escritos recibidos por la tarde, al día siguiente. Pero en el tratamiento particular del expediente en mención fue entregado el mismo día. Al respecto, la Jefa de Mesa de Partes refiere que tal excepción solo pudo deberse a pedido expreso del Magistrado, del asistente de Juez o Especialista Legal. Se advierte, además, que la atención a otros escritos presentados en el Despacho del Magistrado investigado el mismo día 31 de Enero del año 2007, incluso dentro del horario de atención al público, no fueron atendidos por el Magistrado investigado el mismo día 31.01.07, sino el 06.03.07 o el 12 de marzo de 2007 o el 05 de febrero de 2007. Asimismo, en relación a otros expedientes cautelares, incluso en la circunstancia de la cercanía de las vacaciones de febrero del año 2007, no se aprecia ningún caso en el cual en el trámite de un expediente cautelar se haya proveído un escrito el mismo día de presentado, advirtiéndose una diferencia de uno o dos días.

19.3. Defectos en relación al auto concesorio cautelar (19.12.06)

19.3.1. En la motivación del peligro en la demora.

En el caso de la cautelar anteriormente descrita se advierte que el peticionante de la medida cautelar Mildo Eudocio Martínez Moreno si

bien tenía la calidad de demandante en el proceso principal, a un primer nivel de pre-comprensión, carecería de participación en la relación material que es objeto de controversia. Tal situación se deriva del hecho de que el petitorio de la demanda se limita a la pretensión de la nulidad de un contrato de compra venta de una embarcación celebrado entre dos empresas pesqueras: Pesquera Ana María SRL (vendedora) y Pesquera Alba SAC (compradora), así como la reivindicación y entrega de tal embarcación Arequipa 10 con matrícula CO-1459-PM a la empresa vendedora. Por consiguiente, el peticionante no se encuentra en la posición de titularidad de algún derecho en la relación jurídica sustancial –ésta corresponde a las empresas contratantes- encontrándose por consiguiente carente de conexidad directa con la relación jurídica sustancial.

En ese sentido, debe tenerse presente que en el cargo imputado resalta el hecho de que la motivación de la existencia del requisito de peligro en la demora para conceder la medida cautelar es solo aparente en la medida que se ciñe a la descripción de abandono de una empresa que no es parte en el proceso principal.

Se advierte que una motivación real y no solo aparente debió de fundamentar al respecto señalando cómo a pesar de no ser estimada como parte Ana María SRL resulta relevante su estado de abandono para la constatación de la existencia de peligro en la demora, más aún cuando la fundamentación cautelar del considerando octavo se basa en la situación de abandono de un tercero ajeno al proceso y no en la constatación del peligro de pérdida de valor de la cosa que sería materia de entrega en la decisión final pronosticada materia de aseguramiento. Resulta siendo, por consiguiente, un argumento incongruente con la conclusión de lo decidido.

Es decir, la motivación del auto cautelar no evalúa la presencia de hechos o situaciones que permitieran diagnosticar la presencia de una amenaza tendiente a que la eventual decisión final se torne ineficaz por la demora de tiempo transcurrido hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. En consecuencia la eventual decisión final, cuya eficacia se trata de asegurar con el proceso cautelar, se extiende a la entrega de la Embarcación Pesquera Arequipa Diez a la empresa Ana María SRL, razón por la cual el análisis del peligro en la demora contenido en el considerando octavo de la resolución cautelar debió reposar sobre la constatación del peligro en realizar esa entrega –de la parte demandada Hope Trading hoy Pesquera Alba SAC a Ana María SRL- aspecto no abordado por la resolución. Se aprecia que el fundamento contenido en el octavo considerando de la resolución cautelar se reduce a la afirmación que Pesquera Ana María SRL se

encuentra en abandono, calificación inferida en el hecho que "sus participacionistas están enfrascados en diferentes procesos judiciales y el único bien social objeto del desarrollo económico de la sociedad está en peligro de desaparecer." Asimismo siendo Ana María SRL una empresa presuntamente abandonada, que no es parte en el proceso, lo decidido en este, no puede alterar previsiblemente su esfera jurídica a condición de agredir el derecho de toda persona "(…) a ser oída, (…) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (artículo 8 de la convención americana de derechos Humanos). Por esta razón no puede establecerse que haya peligro en la ejecución del eventual fallo final en su aspecto de entrega de la Embarcación Arequipa 10 con matrícula CO-1459-PM a la empresa no demandante Pesquera Ana María SRL.

19.3.2. La concesión de medida cautelar *ultra petita* y más allá de la coincidencia con lo pretendido en el principal

La petición cautelar de fecha 15 de diciembre del 2006, solicitada por el demandante consistió en la medida cautelar "de secuestro judicial que asegure el cumplimiento de la decisión definitiva (…)" solicitando al Juzgado ordenar "que la embarcación pesquera Arequipa 10 con matrícula CO-1459-PM sea entregada al órgano de auxilio judicial-custodio." De este modo, se aprecian dos diferencias entre lo solicitado y lo concedido en la medida cautelar. Por un lado, se aprecia una diferencia en cuanto a su contenido por cuanto mientras el secuestro judicial fue peticionado la administración judicial fue concedida. Por otro lado, se advierte que también en relación al objeto sobre la cual recayó la medida hay diferencia, porque mientras se solicitó una medida de secuestro restringida al bien Embarcación Pesquera Arequipa 10, la medida concedida recayó sobre la persona jurídica Empresa Pesquera Ana María SRL. Ambas incongruencias apuntan a una alteración de lo solicitado que en puridad doctrinaria va más allá de la eventual sentencia materia de aseguramiento. Esto se conoce leyendo el contenido del petitorio de la demanda, porque la medida concedida es de mayor extensión e intensidad, no solo en relación a lo solicitado por el peticionante en la cautelar, sino en relación a lo pretendido en la demanda, determinando un mayor agravio del afectado, quien conforme a lo ya descrito no era parte en el proceso, afectando así también el Principio de Mínima Injerencia y por lo que tampoco se cumplía con el requisito para la concesión de las medidas cautelares consistente en la adecuación de la medida, al no ser congruente ni proporcional con el eventual fallo materia de aseguramiento, cuyo conocimiento se determina con la lectura del petitorio de la demanda que el magistrado conoció al formar parte del cuaderno cautelar[400]. En ese sentido, en relación al argumento

400 Conforme el artículo 640° del CPC forman parte del cuaderno cautelar la copia de la demanda y sus anexos, que el peticionante debe necesariamente presentar al momento de su solicitud.

del Magistrado investigado, consistente en que su actuación estuvo comprendida dentro de la regla de excepción contenida en el artículo 611 del Código Procesal Civil que faculta al Juez dictar la medida cautelar que considere adecuada en otra forma distinta a la solicitada no es aplicable dado que contrastando la naturaleza de la medida concedida que se extiende a la subjetividad de la persona jurídica con la naturaleza del petitorio que define el contenido de la eventual sentencia y se extiende solo a una embarcación pesquera. Se advierte que la medida concedida no es congruente ni proporcional con la eventual sentencia materia de aseguramiento, defecto más grave cuando lo solicitado se limitaba al secuestro de una embarcación. Es decir, lo solicitado era una medida adecuada, mientras que la medida concedida por el magistrado no. De este modo, el actuar del magistrado no se encuentra comprendido en el supuesto de excepción dado que la facultad de apartamiento a lo solicitado solo pueden entenderse constitucionalmente y ajustado al principio de "interdicción de la arbitrariedad" si se encuentra definida en última instancia por la voluntad de la parte interesada expresada en el proceso principal en el petitorio al momento de formulación de la demanda.

19.3.3. Motivación aparente en la adecuación de la medida

En relación a la ausencia de motivación, en el ejercicio de la facultad de adecuación, el magistrado investigado estima que el considerando noveno del auto cautelar lo desarrolla apreciándose al respecto lo siguiente: i) El considerando noveno se limita a señalar el texto que se reproduce en su integridad: "Que siendo así, de los hechos expuestos en la solicitud cautelar y las pruebas anexadas, se advierte la verosimilitud del derecho invocado y en consecuencia la necesidad de dictar la medida adecuada a fin de que se nombre un Administrador Judicial, tanto más si se tiene en cuenta que los hechos en contra de la sociedad no benefician a ninguno de los participacionistas y acreedores de la empresa que no deben ser perjudicados; evidenciándose la necesidad y urgencia de adoptar la decisión cautelar solicitada adecuándose a la naturaleza de la pretensión principal; más aún cuando el trámite lato de la futura demanda (proceso de conocimiento) propiciaría un daño evidente a los intereses de la Sociedad, ya que pondría en peligro su gestión y existencia para la que está destinada"; ii) Cuando se señala que se advierte "en consecuencia la necesidad de dictar la medida adecuada a fin de que se nombre un Administrador Judicial,(…)" se presenta ello como una consecuencia de la verosimilitud del derecho invocado apreciable de la solicitud cautelar y los anexos presentados, conexión lógica aparente por cuanto la solicitud y lo anexos acompañados a la misma se dirigían a fundamentar la solicitud de secuestro judicial, mas

no la de administrador judicial, razón por la cual cuando el texto no adiciona fundamento alguno a lo expuesto en el escrito de petición cautelar omite motivar el porqué ejercitó la facultad de adecuación establecida en el artículo 611 del Código Procesal Civil; iii) Que igualmente cuando el auto cautelar señala: "tanto más si se tiene en cuenta que los hechos en contra de la sociedad no beneficia a ninguno de los participacionistas y acreedores de la empresa que no deben ser perjudicados; evidenciándose la necesidad y urgencia de adoptar la decisión cautelar solicitada adecuándose a la naturaleza de la pretensión principal; más aún cuando el trámite lato de la futura demanda (proceso de conocimiento) propiciaría un daño evidente a los intereses de la Sociedad, ya que pondría en peligro su gestión y existencia para la que está destinada" tampoco motiva el por qué ejercitó la facultad de adecuación establecida en el artículo 611 del Código Procesal Civil; iv) El argumento del Magistrado investigado sobre que es viable procesalmente la adecuación de una medida cautelar a una medida que se considere adecuada "atendiendo a la pretensión principal, tanto más si esta pretensión tuvo como objeto la nulidad de contrato de compraventa de la embarcación pesquera y accesoriamente la reivindicación y entrega de la citada embarcación", además de no encontrarse presente en la resolución cautelar número uno, tampoco motiva, el porqué se ejercita la facultad de adecuación establecida en el artículo 611 del Código Procesal Civil seleccionando la administración judicial sobre la empresa, decisión que concedió al peticionante más allá de lo solicitado quien limitó el pedido al secuestro judicial de un bien, la embarcación, toda vez que el argumento del investigado fundamenta aparentemente la adecuación aludiendo al bien objeto del contrato de compraventa, de la reivindicación y de la entrega, aspectos que integran el contenido de la medida pedida en cuanto recae sobre un bien –secuestro judicial que recae sobre el bien embarcación pesquera- pero que en nada alude a la medida concedida en ejercicio de la facultad de adecuación que recae no sobre el objeto, sino sobre la persona empresa Pesquera Ana María SRL.

Por consiguiente, el argumento esgrimido por el investigado lejos de fundamentar la adecuación, motiva -por el contrario- por qué en todo caso debió concederse la medida en los propios términos de lo solicitado. Es decir, por qué de ninguna manera procedía la adecuación y, de otro lado, una ausencia de motivación que fundamente el ejercicio de la facultad de apartamiento; v) De lo anteriormente mencionado se puede inferir que no solo no hubo motivación al respecto, sino que no se aprecia motivación posible no dicha que pueda traducirse en un discurso lógico mínimamente aceptable para una comunidad real o ideal de argumentantes.

19.4. Defectos en la resolución que sustituyen la contracautela

La medida de contracautela (fianza bancaria de 400,000 dólares americanos) fue originariamente aceptada el 19.12.06 con la concesión de la medida, debiendo resaltarse que la Carta de Fianza tuvo como fecha de vencimiento el 29 de Enero del 2007. En ese contexto, mediante solicitud del 30.01.07, Mildo Martínez Moreno señala: "habiendo vencido la carta fianza" ofreció como contracautela la garantía de naturaleza real a favor del 11 Juzgado Civil Comercial de Lima sobre la embarcación San Antonio IV de propiedad de la Empresa Pesquera Santa Rosa; siendo que mediante Resolución número trece, decreto de fecha 30.01.07 el Magistrado investigado proveyó "sustitúyase la contracautela de caución juratoria ofrecida por el demandante en la medida cautelar de fecha diecinueve de diciembre del año próximo pasado, por la de naturaleza real, Garantía Mobiliaria sobre la embarcación Pesquera Antonio IV, hasta por la suma de cien mil dólares americanos".

De este modo, la sustitución de contracautela se produce por una resolución que tiene la apariencia de un simple decreto, prescindiendo de este modo de motivación alguna. Se advierte al respecto dos defectos: i) Por el contenido de lo resuelto y el impacto de la decisión, al no poder si no significar un mayor aseguramiento al perjudicado, la naturaleza de la resolución no es de mero trámite, razón por la cual la resolución no tiene la naturaleza de un simple decreto, sino de un auto, por ello debió necesariamente ser motivado; ii) Tratándose de una rebaja de contracautela de cuatrocientos mil dólares a cien mil dólares, es decir, de una rebaja sustantiva, así como variarse de una garantía personal de fianza bancaria a una garantía mobiliaria que consta en escritura pública, pero de la cual no se exige su inscripción registral, se aprecia una enorme dificultad de encontrar al respecto una motivación posible mínimamente aceptable a una comunidad real e ideal de argumentantes. Por consiguiente, es manifiesta la ausencia de motivación en la resolución de variación de la contracautela, la cual fue expedida con un simple decreto, lo que alteró la garantía en contracautela disminuyéndola, esto perjudicó el interés de la parte afectada con la concesión de la medida.

19.5 Defectos en la Resolución número 19, de fecha 06 de marzo del 2007 que declara la nulidad de la Resolución de sustitución de la contracautela

"Reponiendo el proceso al estado que le corresponde; y a fin de calificar la solicitud de Mildo Eudocio Martínez Moreno por escrito de fecha treinta de enero último cumpla previamente con adjuntar

el Testimonio de la Escritura Pública de constitución de la Garantía mobiliaria sobre la embarcación Pesquera San Antonio IV hasta por la suma de cuatrocientos mil con 00/100 dólares americanos".

"Cumpla con adjuntar la inscripción de la garantía mobiliaria dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de cursarse los partes judiciales del registro correspondiente".

La cláusula: "reponiendo el proceso al estado que le corresponde; y a fin de calificar la solicitud de Mildo Eudocio Martínez Moreno por escrito de fecha treinta de enero último cumpla previamente con adjuntar el Testimonio de la Escritura Pública de Constitución de la Garantía mobiliaria sobre la Embarcación Pesquera San Antonio IV hasta por la suma de cuatrocientos mil con 00/100 dólares americanos".

Es manifiesta la omisión relevante del Magistrado investigado en regular la situación de vigencia o ineficacia de la medida cautelar concedida, sin fijar plazo de apercibimiento en caso de incumplimiento del mandato de adjuntar la Escritura Pública de constitución respectiva, advirtiéndose al respecto lo siguiente:

i) El Magistrado investigado reconoce tales hechos limitando su argumentación a que no se ha evidenciado que se haya causado perjuicio alguno, ya que el demandante adjuntó copia de la partida número 5000032 del Registro respectivo donde consta la inscripción del aumento de contracautela. Por consiguiente, los argumentos del investigado no apuntan a eximirle de responsabilidad, sino en todo caso conforme el artículo 240 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, a graduar la correspondiente sanción, dado que este artículo reconoce como criterios para la aplicación de sanciones al "perjuicio ocasionado a los administrados, la afectación al debido procedimiento causado, así como la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiendo que cuando mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializada sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente" sin que en ninguna norma se establezca la ausencia de perjuicio como eximente de responsabilidad.

ii) Hay que considerar que los otros criterios previstos en el artículo 240 de la Ley del Procedimiento Administrativo General presentes en el caso concreto sub-materia, para la graduación de la sanción, se encuentran lejos de atenuar la responsabilidad del Magistrado investigado, refiriéndose por el contrario como criterios para considerarla de mayor gravedad, tanto por la afectación al debido procedimiento como por su investidura de Magistrado.

iii) En relación a que el Magistrado investigado, propició que subsista la medida cautelar ya trabada, sin que estuviese vigente contracautela alguna, exponiéndose a la empresa tercera en el proceso afectada con el mandato cautelar, a daños y perjuicios frente a los cuales no existía garantía alguna hay que señalar: iii.i) La resolución número 19 se limitó en su aspecto resolutivo a señalar literalmente lo que a continuación se reproduce "declarar Nula la resolución número trece de fecha treinta de enero del año dos mil siete; y reponiendo el proceso al estado que le corresponde. Y a fin de calificar la solicitud de Mildo Eudocio Martínez Moreno por escrito de fecha treinta de enero último cumpla previamente con adjuntar el Testimonio de la Escritura Pública de constitución de la Garantía mobiliaria sobre la embarcación Pesquera San Antonio IV hasta por la suma de cuatrocientos mil con 00/100 dólares americanos"; iii.ii) Siendo así pese a la declaración de nulidad y a la orden de reponer el proceso al estado que corresponde, la medida cautelar siguió surtiendo efectos no obstante, contar con el ofrecimiento de una contracautela, muy inferior a la establecida por el Juez al no alterarse la vigencia de la medida cautelar concedida, ni fijarse plazo ni apercibimiento en caso de incumplirse con el mandato de adjuntar la Escritura Pública de constitución respectiva; iii.iii) En la resolución de fecha 27.03.07 el Magistrado investigado en el considerando quinto ha señalado que la resolución 19 de fecha 06.03.07, que declaró la nulidad de la resolución número 13, no causa agravio porque "al expedirse la resolución impugnada el Juzgador ha repuesto la causa a su estado normal, ello es, tener como contracautela el monto de cuatrocientos mil dólares americanos, monto que fue fijado mediante resolución uno de fecha diecinueve de diciembre del año dos mil seis", razonamiento que manifiesta la vigencia de la contracautela en los términos de la resolución número uno lo que significa además de la vigencia de la garantía por el monto de 400,000 dólares americanos la vigencia de la modalidad de carta fianza bancaria, la cual al encontrarse vencida desde el 29.01.07, de facto a la fecha de declaratoria de nulidad 06.03.07, la contracautela quedaba reducida ya ni siquiera a los cien mil dólares en la modalidad de garantía real, sino a nada.

Dicho de otro modo, pese a la nominal reposición del proceso a su estado normal de vigencia de los cuatrocientos mil dólares americanos, dado que la medida se encontraba en la imposibilidad fáctica de reponer una carta fianza bancaria ya vencida cuya reposición depende del trámite particular del peticionante así como de la calificación del banco, la resolución número diecinueve tuvo como efecto inmediato liberar de contracautela al peticionante, manteniendo vigente la medida cautelar concedida; iii.iv) Dado que la resolución número diecinueve también dispuso que "a fin de calificar la solicitud de Mildo Eudocio Martínez

Moreno por escrito de fecha treinta de enero último Cumpla Previamente con adjuntar el Testimonio de la Escritura Pública de constitución de garantía mobiliaria sobre la embarcación pesquera San Antonio IV hasta por la suma de cuatrocientos mil dólares con 00/100 americanos". La situación descrita de liberación de contracautela al peticionante, manteniendo vigente la medida cautelar concedida se prolongó desde el 06.03.07 no solo hasta el 25 de abril del 2007 en que se proveyó el escrito de cumple mandato aumentado monto de contracautela disponiendo: "Cumpla con adjuntar la inscripción de la garantía mobiliaria dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de cursarse los partes judiciales del registro correspondiente", sino al menos hasta el momento en que habiéndose el Magistrado investigado abstenido por decoro en el expediente materia de investigación el nuevo Magistrado avocándose al conocimiento del expediente tomó alguna decisión sobre el particular; iii.v) Que siendo así la exposición a daños y perjuicios del afectado resulta inequívoca por cuanto la medida concedida tuvo efectos desde el 31 de enero del 2007 fecha del acta de entrega de administración.

19.6 Inusitada celeridad

El día treintaiuno de enero del 2007 –al día siguiente 1 de febrero del 2007, el Magistrado ingresaba de vacaciones- fue presentado por el peticionante, a horas 16.33:30 p.m., un escrito de levantamiento de orden de inmovilización. Este fue proveído mediante resolución favorable a horas 18:09:07. El respectivo oficio se entregó el mismo día 31 de enero del 2007 a la parte interesada.

Conforme a la Resolución Administrativa Número 261-2001-P-CSJLI-PJ, artículo tercero, "el horario único de atención en las Mesas de Partes de todos los órganos jurisdiccionales y administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima -es en las tardes de -14:15 p.m. a 16:30 p.m.". Por esta razón, debe interpretarse correcto que el servidor de mesa de partes haya atendido a horas 16:33 (fuera de horario de atención) en razón que la recepción del escrito se produjo a escasos minutos del cierre del horario de atención. Este puede ser entendido como una normal cortesía como consecuencia del hecho fáctico que la misma persona presentante del escrito, dentro del horario de atención haya iniciado su espera para la presentación del escrito, máxime si inmediatamente con anterioridad presentó otro. Sin embargo, dicha cortesía en la circunstancia de la existencia de la mencionada Resolución Administrativa Número 261, artículo tercero "el horario único de atención en las Mesas de Partes de todos los órganos jurisdiccionales y administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima -es en las tardes de -14:15 p.m. a 16:30 p.m.", no

puede de ninguna manera extenderse al hecho que fuera del horario de trabajo y de atención al público el escrito sea, además de proveído por el Juzgado generado con el correspondiente oficio emanado de la resolución respectiva suscrita por el Magistrado.

Normalmente, Mesa de Partes entrega los escritos recibidos en la tarde al día siguiente, pero en el tratamiento particular del expediente en mención fue entregado el mismo día. La Jefa de Mesa de Partes refiere al respecto que tal excepción solo pudo deberse a pedido expreso del Magistrado, del asistente de Juez o Especialista Legal. Se advierte, además, que la atención a otros escritos presentados en el Despacho del Magistrado investigado el mismo día 31 de enero del año 2007, incluso dentro del horario de atención al público, no fueron atendidos por el Magistrado investigado el mismo día 31.01.07, sino el 06.03.07[401] o el 12 de marzo de 2007[402] o el 05 de febrero de 2007[403]. Asimismo, en relación a otros expedientes cautelares, incluso en la circunstancia de la cercanía de las vacaciones de febrero del año 2007, no se aprecia ningún caso en el cual en el trámite de un expediente cautelar se haya proveído un escrito el mismo día de presentado. Se advierte una diferencia de uno o dos días.

Tampoco puede sostenerse, de modo razonable para el caso específico, que la celeridad en el trámite del pedido del demandante en el expediente 8236-06, obedece a la celeridad propia de las medidas cautelares, por cuanto comparando el comportamiento del mismo Magistrado en relación al trámite de expedientes cautelares, incluso en la circunstancia de la cercanía de las vacaciones de febrero del año 2007, se confirma lo inusitado y preferencial en el trámite del expediente 8236-06.

Se aprecia, por ejemplo:

i) En el expediente cautelar 2007-00636-29-1801-JR-CI-11, pese a que el auto que concedió la medida cautelar fue expedida el 29.01.07, digitada en el sistema el 30.01.07, el Oficio correspondiente a la SUNARP se digitó en el sistema después del inicio de las vacaciones del Magistrado investigado el 08.02.07.

ii) En el expediente cautelar 2007-01233-60-1801-JR-CI-11, pese a que el pedido cautelar fue presentado el 31.01.07 a horas 17:19:22, el mismo solo fue resuelto después del inicio de las vacaciones del Magistrado investigado el 01.02.07. Fue digitado en el sistema el 02.02.07.

401 Como el expediente 2006-02871-0-1801-JR-CI-5, proveído el 06.03.07.
402 Como el expediente 2006-06350-0-1801-JR-CI-11, proveído el 12 de marzo de 2007.
403 Como el expediente 2006-05971-75-1801-JR-CI-11, proveído el 05 de febrero de 2007.

iii) Apreciando las copias certificadas adjuntadas por el propio abogado del Magistrado investigado, en su escrito de fecha 12.11.07 a folios 1605 no se aprecia ningún caso en el cual en el trámite de un expediente cautelar se haya proveído un escrito el mismo día de presentado. Se advierte una diferencia de uno o dos días. En el caso del expediente 6316-06, que si bien el oficio salió la misma fecha de la expedición del auto concesorio, no figura en la documentación adjuntada ni se menciona en el escrito la fecha de la presentación del escrito que le dio origen.

iv) Asimismo, no resulta correcto el argumento de descargo, según el cual en el trámite del expediente cautelar 8236-06 se pretendía asegurar el resultado final del proceso. Por esta razón se explica la celeridad en el mencionado expediente.

En consecuencia, adicional a lo ya expuesto, si bien es una verdad doctrinaria que toda medida cautelar tiene por objeto el aseguramiento de la pretensión principal, en el caso concreto, como ya se ha manifestado, el contenido de la medida excedía el contenido de lo pretendido y, por lo tanto, no es correcto concluir que lo concedido cautelarmente cumpla en el caso concreto el propósito de asegurar la pretensión principal.

v) En relación al argumento sobre el compromiso fechado el 26 de enero del año 2007 se aprecia contrastando su contenido con lo descrito en que en ningún caso, excepto en el trámite del expediente cautelar 8236-06, se cumplió el contenido del compromiso que es el de "1.- Proveer todos los escritos presentados sobre los expedientes a su cargo y demandas, hasta el último corte del día del mes en curso". Este compromiso imponía a los Magistrados el deber inusitado –y que solamente se cumplió en el caso del expediente 8236-06- de proveer el mismo día de presentación del escrito, incluso hasta el último corte, convirtiendo así en deber el proveer el mismo día escritos ingresados físicamente a Mesa de Partes a horas de la noche, sino el imposible de proveer escritos recibidos al día siguiente, por cuanto los escritos del corte de la tarde fueron entregados al día siguiente, conforme a lo dicho por la Jefa de Mesa de Partes.

La inusitada celeridad es una manifestación de un trato inequitativo, que en el caso concreto se inferiría a través de un razonamiento indiciario como consecuencia no de una labor rutinaria que por azar haya sucedido, sino como consecuencia de una labor consciente determinada en última instancia por decisión del Magistrado. Este tratamiento especial en un discurso neutral no puede ser justificado por la celeridad propia de las medidas cautelares, al no advertirse un comportamiento semejante del

mismo Magistrado en relación a otras cautelares. Asimismo, tampoco es estimable la argumentación de pretender asegurar el resultado final del proceso, por cuanto, si bien es una verdad doctrinaria que toda medida cautelar tiene por objeto el aseguramiento de la pretensión principal, en el caso concreto el contenido de la medida concedida excedía el contenido de lo pretendido no solo en la cautelar, sino en el principal, por lo que no es correcto concluir que la inusitada celeridad tenga el propósito de asegurar la pretensión principal.

19.7. Principio de función jurisdiccional, independencia del magistrado y responsabilidad disciplinaria

En relación a que la imputación vulnera el Principio de Función Jurisdiccional establecido en el inciso 2) del Artículo 139 de la Constitución, el inciso 6) del Artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso cuarto del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura, hay que tener presente que el mencionado Principio no está siendo afectado con el contenido de la resolución. Se mantiene la intangibilidad de las resoluciones judiciales por cuanto los efectos de la resolución judicial no son afectados. No obstante, es necesario evaluar si el análisis de las mencionadas y controvertidas decisiones judiciales del Magistrado, se encuentran dentro de los supuestos de responsabilidad disciplinaria que eventualmente pueden llevar a una destitución o si entrar a analizar ello dentro de un procedimiento disciplinario significa una afectación a la intangibilidad de las resoluciones judiciales si bien los efectos de la resolución judicial no son cuestionados en absoluto.

En el discurso del propio órgano de control se reconoce a la independencia judicial como una garantía del Magistrado conforme el artículo 146 inciso 1) de la Constitución Política. Pero tal independencia se concibe limitada por el sometimiento a la Constitución y a la Ley, concluyendo el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA), en reiteradas decisiones que las conductas que las contravengan o carezcan de razonabilidad son arbitrarias, por lo que en su disfuncionalidad son susceptibles de ser investigadas disciplinariamente y, de ser el caso, ser merecedoras de la imposición de la sanción correspondiente. Pero entonces aparece la interrogante: ¿Cómo determinar un factor objetivo de responsabilidad disciplinaria en transgresiones a imprecisos conceptos (como debido proceso, deficiente motivación, etc.) que no por ello dejan de ser nociones fundamentales del proceso. Las consecuencias de la posición que asumamos nos puede llevar acaso a convertir al Órgano de Control (un órgano administrativo) o al Consejo Nacional de la Magistratura en el intérprete que dicta precedentes fácticamente

vinculantes? Se necesita al respecto una precisión de la función de los órganos de control en el sentido que su labor no se dirige a ser un intérprete de la Constitución o de la Ley, sino que reconociendo que en principio el Magistrado como Juez independiente puede decidir en cualquier sentido, éste tiene que estar fundamentado en un discurso neutral que revele, al menos razonablemente (partimos que no es una la solución correcta al menos para efectos disciplinarios) un criterio justificativo, tema que desarrollaremos en la tercera parte de la presente investigación.

19.8 Hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y lo desmerezca en el concepto público

El supuesto típico de destitución contenido en el artículo 31 numeral 2 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura señala que existe responsabilidad disciplinaria por: "2. La comisión de un hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público". Como puede apreciarse el artículo 31 numeral 2 de la Ley 26397 comprende tres supuestos de hecho cada uno de los cuales configura responsabilidad disciplinaria y son: hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerece en el concepto público. En el caso que estamos viendo hay que señalar lo siguiente:

19.9 En relación al requisito que el hecho compromete la dignidad del cargo

Al respecto se debe señalar lo siguiente: a) La palabra "compromete" es la conjugación en el modo indicativo en tercera personal del verbo comprometer; b) En la Vigésima Primera Edición del Diccionario de Real Academia Española, "comprometer" en su primera acepción es un verbo transitivo que significa "poner de común acuerdo en manos de un tercero la determinación de la diferencia, pleito, etc., sobre que se contiende" y, en una segunda acepción es "Exponer o poner a riesgo a alguna persona o cosa en una acción o caso aventurado. Las indiscreciones de tu amigo me han comprometido". Una última acepción que estimamos es la que corresponde el empleo del artículo 31 inciso 2 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Razón por la cual cuando el supuesto de hecho indica "Comisión de un hecho grave que sin ser delito compromete (…)" hay que entender por ello un comportamiento que es contrario a la regla, es decir, una infracción que sin ser delito tiene el carácter de ser una acción que pone en riesgo los conceptos o valores estimados consistentes en "la dignidad del cargo" y "la desmerezca en el concepto público""; c) Que, asimismo

conforme al mismo Diccionario de la Real Academia "dignidad", en su primera acepción, es un sustantivo femenino que significa calidad de "digno"; palabra que para la Real Academia de la Lengua se describe como un adjetivo que significa "que merece algo, en sentido favorable o adverso. Cuando se usa de una manera absoluta, indica siempre un buen concepto y se usa en contraposición a indigno", por lo que estimamos que el empleo de la palabra dignidad en el artículo 31 inciso 2) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura alude al sustantivo usado de manera absoluta que significa lo merecido o el mérito de un buen concepto. En otras palabras, significa excelencia, realce, carácter honorífico; d) Que, en base a esas coordenadas semánticas, resulta que "compromete la dignidad del cargo" hace referencia a poner en riesgo el buen concepto que la sociedad estima debe llevar el cargo de Magistrado, funcionario al cual el pueblo ha expropiado del ejercicio de la violencia en la defensa de sus derechos, pero soberano y mandante del pacto social, atribuyéndole honoríficamente la potestad, poder, autoridad de administrar justicia; e) Que, siendo así resulta claro que en el caso concreto el buen concepto de Juez no solo se habría puesto en riesgo, sino se había lesionado comprometiéndose de esta manera la dignidad del cargo, por las siguientes razones:

e.i) El buen concepto de Juez o la "dignidad del cargo" de Magistrado es un bien intangible objeto de protección disciplinaria, cuya fundamentación como tal, radica en el carácter propio de un Estado Constitucional democrático, donde se conciben elementos consustanciales al cargo de Magistrado, las cuales la integran y sustancialmente las podemos centrar fundamentalmente en la *independencia* e *imparcialidad* por cuanto estos elementos han sido unánimemente reconocidos en diversos documentos principistas de la judicatura a nivel internacional, además de encontrarse expresamente (artículo 139 inciso 2) para el caso de la independencia) o tácitamente (artículo 2 inciso 2) para el caso de la imparcialidad), mencionados en el texto constitucional y expresamente mencionados en la doctrina del Tribunal Constitucional como cuando en el fundamento 34 último párrafo del expediente 0023-2003-AI/TC se les reconoce como "garantías consustanciales y necesarias para una correcta administración de justicia" además de "garantías para los imputados".

Así por ejemplo, tenemos que en el artículo 14 del Anteproyecto del Reglamento de Procedimientos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura, además de la *imparcialidad* e *independencia* se menciona a la justicia, honestidad e integridad como principios y exigencias éticas que conforman los elementos de evaluación de la conducta que afecta la dignidad del cargo precisamente al proponerse la

reglamentación del artículo 31 inciso 2) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Así también, el Código Iberoamericano de Ética Judicial al establecer los denominados "Principios Éticos que configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial", menciona, además de la *independencia* e *imparcialidad,* a la Motivación, Conocimiento y Capacitación, Justicia y Equidad, Responsabilidad Institucional, Cortesía, Integridad, Transparencia, Secreto Profesional, Prudencia, Diligencia, Honestidad Profesional, como Principios de la Ética Judicial Iberoamericana. Igualmente, el Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz, Canarias, España en mayo del 2003, en su artículo 1 norma el Principio General de Independencia como "garantía para los justiciables". Reconoce también en su artículo 7 el Principio de Imparcialidad como "condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional"; situación que también se presenta en el Estatuto Universal del Juez (artículo 1 se reconoce a la *independencia* como bien jurídico objeto de protección señalándolo con una herramienta destinada a cumplir el fin teleológico de la imparcialidad: "La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley". Así también, el Sétimo Congreso de las Naciones Unidades sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delito, celebrado en Milán del 26 de agosto al 06 de setiembre de 1985, reconoció en su artículo 1 a la independencia de la judicatura. Proclamó además en su artículo 2 que "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 cualquiera sectores o por cualquier motivo".

e.ii) Siendo así, en el presente caso está claro que se ha vulnerado el deber de imparcialidad conforme se ha desarrollado precedentemente por cuanto estamos en presencia de diversos actos que transgreden preceptos elementales del debido proceso, cuyo carácter de evidencia se advierte con mayor nitidez cuando todas las infracciones han sido orientadas a favorecer a una parte del proceso: la demandante y peticionante de la medida cautelar, por lo que la afectación al deber de imparcialidad resulta notoria.

Resulta elemental en el derecho el principio por el cual una decisión judicial que va a afectar a una persona, tenga que ser previamente incorporada en el proceso, razón por la cual la transgresión de tal deber por un Magistrado en un momento del proceso en que se le exige un prejuzgamiento al punto que conceda una medida cautelar

y la ejecute afectando a una persona que no es parte en el proceso, configura una conducta grave que afecta la dignidad del cargo más aún cuando concediendo más allá de lo peticionado, falta también al Principio de Congruencia –no por lo pedido cautelarmente, sino por ejercer la facultad de adecuación de la medida más allá de lo que puede por congruencia con la pretensión principal respecto del contenido de la eventual resolución final que se pretende asegurar- realizando todo ello inmotivadamente en el aspecto que resulta irregular y afecta con ello el normal respeto al ciudadano a quien se le lesiona en sus derechos fundamentales desde el ejercicio del poder público, sin que se le haya permitido participación en el proceso principal, más aún cuando se advierte inusitada celeridad en la ejecución de la misma.

e.iii) De lo anterior resulta clara la afectación a bienes jurídicos intangibles como "la dignidad del cargo de Magistrado", por cuanto el actuar de todo Magistrado debe traducir la actitud de imparcialidad, elemento que define la razón de ser de la judicatura y que al ser lesionada afecta la dignidad, confianza, consideración, veneración, deferencia, honor, respeto, reverencia que la sociedad ha depositado en el Magistrado al investirlo de tal cargo.

19.10 En relación al requisito que "la desmerezca en el concepto público"

Al respecto se debe señalar lo siguiente:

a) Conforme a una interpretación gramatical podemos concluir que el mencionado requisito significa que el hecho grave debe afectar de manera notoria y negativa la idea de dignidad del cargo de magistrado por cuanto: a.i) Debe tenerse presente que el sujeto de la oración es "un hecho grave", al cual se alude con el pronombre "que" el cual es conectado con la proposición subordinada "la desmerezca en el concepto público" con la palabra conjuntiva "y"; a.ii) El pronombre "la" alude al nombre "la dignidad del cargo" que es aquel bien inmaterial sobre la cual recae la acción del verbo "comprometer" de la proposición antecedente; a.iii) Que, para el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra desmerezca es la conjugación del verbo "desmerecer" en el modo subjuntivo en tercera persona significando en su acepción como verbo transitivo tal y como es empleado en el inciso 2 del Artículo 31 de la LOCNM, "hacer indigno de premio, favor o alabanza"; a.iv) Que siendo así el requisito puede ser expresado de la siguiente manera: "hecho grave que desmerezca la dignidad del cargo" en cuyo sentido hay que resaltar dos cosas: a.4.i) El establecimiento de un nexo causal entre hecho grave como causante y desmerecimiento de

la dignidad del cargo como hecho causado; a.4ii) El empleo del verbo desmerecer en la modalidad subjuntiva la cual es usada en el presente caso no por ser una oración subordinada en que el verbo principal influye en el verbo subordinado –lo que no se da- sino porque el modo subjuntivo expresa una realidad vista a través de las emociones o de los juicios de valor de un sujeto lo cual alude a la expresión seguida a continuación "en el concepto público", es decir, a la alteración en desmérito de la "dignidad del cargo" se produzca no como hecho fáctico en sí, sino en la percepción que ella tiene el público visto en su subjetividad no como "opinión", sino como "concepto"; a.v) Que, sobre esto último debe tenerse presente que la expresión en el "concepto público" no es igual al de en la "opinión pública", por cuanto el primero alude a una idea producto de una labor intelectiva – de acuerdo a la Real Academia de la Lengua. Si bien "concepto" en un sentido es sinónimo de opinión, en otra acepción hace referencia a idea que concibe o forma el entendimiento, pensamiento expresado con palabras, sentencia, agudeza, dicho ingenioso-. El segundo alude en cambio a un sentir o estimación producto más de una emoción y no un acto intelectivo. En ambos casos debemos entender que la expresión "público" denota el hecho que la representación es coincidente en la generalidad de las personas acerca de asuntos determinados.

b) Que, en relación al nexo causal entre hecho grave y desmerecimiento hay que tener presente que ello, en opinión del suscrito, debe ser entendido, más allá de un análisis literal, como un nexo no real, sino potencial, en el sentido que debe comprender el escenario donde todo observador razonable de conocer el caso llegaría a representarse por la conducta del Magistrado un desmerecimiento sustantivo en la dignidad del cargo por los siguientes razones: b.i) Dado que son garantías y principios de la función jurisdiccional su *independencia* e *imparcialidad* resulta totalmente insostenible que el termómetro del cual va depender la sanción de destitución a un Magistrado sea la "opinión pública" e incluso el "concepto público" cuando resulta ser una verdad insoslayable el hecho que los medios informativos cumplen un rol relevante y muchas veces decisivo en la formación de esta "opinión pública" o "concepto público". Por consiguiente, la interpretación según la cual para que proceda la sanción de destitución tendría que operar necesariamente en el mundo fáctico un desmerecimiento del cargo de Magistrado en la opinión pública o en el concepto público. Esto significaría hacer depender la aplicación de la medida de destitución de un elemento arbitrario ajeno a la función jurisdiccional y proveniente de un poder extra jurídico (los medios informativos) lo que configuraría una falta de independencia y un reconocimiento legal a la presión de los *mass media* como determinantes de la sanción de

destitución de los magistrados; b.ii) Que siendo así resulta la única interpretación ajustada a los principios constitucionales y a la misma naturaleza de la función jurisdiccional aquella según la cual el nexo causal entre hecho grave y el desmerecimiento en el concepto público es un nexo no real, sino potencial, tal como además se establece en el Anteproyecto del Reglamento de Procedimientos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura cuando en su artículo 14 último párrafo dice: "(…) el Consejo determinará si la conducta imputada al procesado ha desmerecido su cargo en el concepto público apreciando los posibles y potenciales efectos que dicha conducta pueda tener en la percepción pública (…)"; b.iii) Que, es preciso resaltar que en opinión del suscrito el nexo potencial debe ser medido ajustándose a la figura del "observador razonable", el cual, además de ajustarse con mayor coherencia al "concepto público" –que hace referencia a una labor más intelectiva- que a la "opinión pública" –que hace referencia más a una emoción-, ha tenido reconocimiento en el Código Iberoamericano de Ética Judicial cuando en su artículo 11 ha establecido: "El Juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en los que se vea comprometida su imparcialidad o en los que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así" ; b.iv) Que, por observador razonable habría que entender a un ciudadano –no necesariamente abogado- informado y que forma sus conceptos con un nivel de diligencia adecuado conforme a las expectativas de una sociedad, razón por la cual en el presente caso al hablarse de hecho grave que en relación a la dignidad del cargo "lo desmerezca en el concepto público" habría que analizar el nexo causal entre el hecho grave y el desmerecimiento en el concepto público como un nexo potencial producido en relación al efecto causado a todo y no solo a un ciudadano informado quienes forman sus conceptos con un nivel de diligencia adecuado conforme a las expectativas de una sociedad.

c) Que, siendo así en el caso concreto del Magistrado investigado el nexo causal potencial entre conducta infractora del Magistrado –hecho grave- y desmerecimiento en el concepto público se presenta por las siguientes razones: c.i) Se ha afectado un elemento consustancial a la función jurisdiccional que es el deber de imparcialidad, conforme se ha desarrollado en el subnumeral 3.14 del presente informe, lo cual al ser consustancial resulta perceptible a todo observador razonable;
c.ii) La imparcialidad, además de ser un elemento consustancial a la función jurisdiccional, es fundamento conforme lo han desarrollado diversos y contemporáneos autores, de la "legitimidad" del poder en las sociedades democráticas contemporáneas, es decir, la base del reconocimiento social de los destinatarios del poder a la potestad de una autoridad o lo que permite y hace probable que la autoridad

sea obedecida en las sociedades democráticas contemporáneas lo constituye la imparcialidad. De este modo, cuando Max Weber elaboró su Tipología de la Dominación Legítima, conceptuó el tipo de dominación legítima de las sociedades contemporáneas a inicios del siglo XX en la dominación legal racional, lo que en la teoría más actual de Habermas de la acción comunicativa fue revisada con la interrogante hacia el fundamento mismo del procedimiento legal establecido para la producción de normas, lo cual encontró en la imparcialidad misma, por lo que por ejemplo Gaziero Cella en "La crítica de Habermas a la Idea de Legitimidad en Weber y en Kelsen" concluye señalando: "la legitimidad del derecho se puede conseguir solamente por medio de procedimientos que aseguran la imparcialidad de los juicios (en caso del uso de las normas) y de la voluntad (en el caso de su producción) por medio de una discusión que justifique y fundamente normas"[404]; c.iii) Que, asimismo en la doctrina jurídica nacional la vinculación entre imparcialidad y legitimidad ha tenido la misma orientación en diversos autores como por ejemplo Fidel Rojas Vargas, quien al analizar los delitos de corrupción ha señalado que la imparcialidad es un deber de obrar de los funcionarios públicos *"en una posición de sustancial desapego, desprejuiciamiento y ajenidad respecto de los intereses privados, de clase o grupo. Es más la imparcialidad se constituye en la actualidad como una de las condiciones básicas de la administración de justicia sin la cual ésta deja de tener legitimidad"*[405]. Por consiguiente, el concepto de legitimidad se encuentra estrechamente vinculado a la percepción del pueblo o público como destinatario del poder.

d) Que, siendo así al afectarse la imparcialidad de un detentador de poder y afectarse con ello su legitimidad, trae consigo, necesariamente, su desmerecimiento en el concepto público dado que sustancialmente la legitimidad incorpora la percepción social de todos los destinatarios del poder a la potestad de una autoridad lo que permite concluir, que en el concepto de todo observador razonable aplicable al caso concreto del Magistrado investigado se ha desmerecido la dignidad del cargo al haber él incurrido en una clara afectación a su deber de imparcialidad.

e) Finalmente, debe resaltarse la naturaleza de la calificación del caso concreto, el cual no es un juicio penal sobre la conducta del Magistrado investigado ni una declaración de una presunta inmoralidad, sino un juicio sobre una especial cualidad que la sociedad, al tener en muy alta estima, le exige al Magistrado como detentador de un poder público, a efectos de gozar de la confianza y de la predictibilidad que las decisiones que se tomen al interior de la judicatura como Poder del

404 Ver Gaziero, 2005: p.17.
405 Ver Rojas, 2007: p. 58.

Estado, sean las ajustadas al ordenamiento jurídico donde prevalecen los preceptos constitucionales, de tal manera que las decisiones no obedezcan a estados subjetivos de apegos emocionales o consideraciones de prejuicios ciertamente legítimos desde la posición de ciudadano, pero ajenos a la posición del cargo de Magistrado en el ejercicio de su función. En conseciencia, la decisión debe emanar de una posición subjetiva sometida únicamente a su constitucionalidad y legalidad y prescindir de elementos no referenciados con un discurso razonable para una comunidad real o ideal de argumentantes, explicables hipotéticamente a elementos prejuiciosos o de presiones políticas, sociales, económicas, de amistad o enemistad o simple simpatía o antipatía.

Debe concluirse que se ha comprometido la dignidad del cargo al lesionarse un deber consustancial a la Magistratura por cuanto siendo el Juez aquel que administra la justicia con *independencia* e *imparcialidad*, cuando uno de estos elementos no se encuentran presentes en el Magistrado la potestad de administrar justicia se desnaturaliza y el concepto del buen Juez se compromete.

f) De esta manera, en el presente caso, se advierte la configuración de una situación en la que de una pluralidad de conductas acaecidas en el ejercicio de la función, se advierte una infracción notoria que lesiona el deber de imparcialidad del Magistrado, al transcurrir reiteradas infracciones al debido proceso que favorecen a una sola parte. Por esta razón se ha lesionado la dignidad del cargo y se le ha desmerecido en el concepto público sin que estos hechos signifiquen una conducta inmoral o un acto penalmente típica.

20. Caso 6: Expediente 1077-2002 (Acción Contenciosa Administrativa)

20.1. Resoluciones Disciplinarias del Consejo Nacional de la Magistratura

a) ***"N°214-2010-PCNM". P.D. N°037-2008-CNM.*** *San Isidro, 25 de junio de 2010*

Visto; *El proceso disciplinario número 037-2008-CNM, seguido contra la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco, por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima y, el pedido de destitución formulado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República; y,*

Considerando:

Primero.- *Que, por Resolución Nº 160-2008-PCNM de 12 de noviembre de 2008 el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario a la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco, por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima;*

Segundo.- *Que, se imputa a la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco presuntas irregularidades en la tramitación del proceso seguido por Compañía Minera Casapalca S.A. contra Sociedad Minera Corona S.A. y otros, sobre impugnación de Resolución Administrativa, expediente Nº 1077-02, como son:*

A. Haber privado del derecho de defensa a la empresa Minera Corona S.A., al expedir sentencia sin haberle notificado su avocamiento y sin haber sido quien escuchara sus alegatos orales, vulnerando el artículo 184º inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B. Haber sometido a la demandada a un procedimiento distinto al que por ley corresponde, puesto que habría emitido sentencia, sin que ese hubiera sido su estado, ello, al encontrarse pendiente el cumplimiento de un mandato (que dispuso que el Quincuagésimo Quinto Juzgado Civil de Lima remita copia de lo actuado del proceso de amparo, seguido entre las mismas partes), vulnerando el artículo 184º inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

C. Haber inobservado el principio de la tutela jurisdiccional e igualdad de las partes, al haber recibido en su despacho, los días que alternó en el Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, al abogado de la Compañía Minera Casapalca, quien habría tenido la oportunidad de exponer lo que a su derecho corresponde y no obstante que en la primera entrevista, 10 de abril de 2007, dicho profesional aún no había sido designado formalmente como abogado de la referida demandante, sin darle la misma oportunidad a la parte contraria, a quien no notificó su avocamiento.

D. Haber inobservado el principio de imparcialidad, puesto que su objetivo habría sido expedir sentencia favorable a la parte demandante, vulnerando las reglas del debido proceso, conductas que habrían contravenido el artículo 201º inciso 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tercero.- *Que, mediante escrito recibido el 09 de junio de 2009, la magistrada procesada dedujo la prescripción de la acción en el presente proceso disciplinario, fundamentado su pedido en que el 25 de abril de 2006 Sociedad Minera Corona S.A. interpuso una queja en su contra, por presunta inconducta funcional en su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que desde la referida fecha habría transcurrido el plazo de prescripción previsto en el artículo 63º del Reglamento de Organización y Funciones de la OCMA, concordante con el artículo 204º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; expresa además que su pedido está respaldado en la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado los alcances del derecho al debido proceso y los límites de la potestad administrativa disciplinaria;*

Cuarto.- *Que, con respecto a la prescripción deducida por la recurrente, cabe delimitar esta institución legal como aquella que extingue la facultad persecutoria que tiene la administración respecto de la infracción administrativa por el transcurso del tiempo, siendo por ello que las normas legales aplicables al presente caso, es decir, el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS prescribe en su artículo 204º: "El plazo para interponer la queja administrativa contra los magistrados caduca a los treinta días útiles de ocurrido el hecho . Interpuesta la queja , prescribe , de oficio a los dos años", y a su vez, el Reglamento de Organización y Funciones de la OCMA del Poder Judicial aprobado por Resolución Administrativa 263-96-SE-TP-CME- P regula en su artículo 64º: "El cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir de la fecha en que el Órgano Contralor toma conocimiento de la presunta conducta irregular a través de la interposición de la queja (...)"; estableciéndose también la suspensión del término de prescripción en el artículo 65º del citado Reglamento de Organización y Funciones de la OCMA, en los términos: "El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el primer pronunciamiento del Órgano Contralor competente";*

Quinto.- *Que, en tal sentido, estando a que la queja materia del presente proceso disciplinario fue presentada el 25 de abril de 2007, y el primer pronunciamiento del Órgano Contralor competente se efectuó mediante la Resolución Número Uno de 25 de abril de 2007, y complementaria Resolución Número Seis de 03 de mayo de 2007, por la cual la Jefa de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial dispuso abrir investigación contra la recurrente por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, suspendiéndose desde tal fecha el plazo de prescripción, la misma deviene en infundada;*

Sexto.- *Que, mediante escrito recibido el 05 de diciembre de 2008, complementado por escritos de 17 de febrero, 09 de marzo, 25 de marzo y 11 de agosto de 2009, la magistrada procesada formuló su descargo respecto al cargo contenido en el literal* ***A)****, afirmando que el avocamiento es pertinente para cuestionar la intervención del magistrado si se verifica la existencia de alguna causal prevista, que no fue invocada en momento alguno por la quejosa, lo mismo que guarda relación con la jurisprudencia referida a que no existe infracción de la norma por notificar el avocamiento conjuntamente con la sentencia, siendo por ello que procedió del modo que se le cuestiona en un proceso donde se discutían cuestiones de puro derecho y donde eran suficientes los fundamentos de hecho y de derecho que se encontraban plasmados; agrega que si bien los informes orales correspondientes no se efectuaron ante su persona, constaban en el expediente los efectuados de manera escrita por las partes, habiendo incurrido en error la OCMA al señalar que era de aplicación el artículo 25.1 de la Ley 27584 y que tenía que escuchar previamente a las partes, en razón que el proceso se tramitaba en la vía abreviada regulada en el Código Procesal Civil; precisa además que la demandada no tenía argumentos para obtener una sentencia favorable y que su denuncia tiene un trasfondo apartado del debido, por lo que sus argumentos han venido variando en el tiempo;*

Séptimo.- *Que, del análisis y revisión de los actuados se aprecia sobre este primer cargo que la magistrada procesada, siendo Juez Suplente del Séptimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, por encargo del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, alternó sus funciones paralelamente en el Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo por encontrarse con licencia su titular, entre el 10 al 13 de abril de 2007, en cuyo lapso emitió sentencia en el proceso judicial signado con el expediente Nº 1077-2002, privando de su derecho de defensa a la empresa Minera Corona S.A., al no haberle notificado previamente el auto de avocamiento y la citación para escuchar los informes orales de las partes, lo que está acreditado con lo actuado en la Investigación Nº 136-2007-Lima, en adelante la Investigación, con su escrito de descargo, escrito ampliatorio, y con la declaración vertida por la magistrada procesada en la sede del Consejo el 11 de febrero de 2009, especialmente al responder la tercera pregunta que se le efectuó, afirmando que "sí se notificó el avocamiento pero conjuntamente con la sentencia";*

Octavo.- *Que, el citado deber de la magistrada procesada, esto es, el notificar previamente su avocamiento y recibir los informes orales respectivos de las partes, se infiere de lo regulado en el artículo 25.1 de la Ley Nº 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el artículo único de la Ley Nº 28531, cuando señala: "(...)*

Antes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral (...)", norma legal concordante con el artículo 155º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula: "A los abogados les asiste el derecho de informar verbalmente ante los jueces, antes de que se expida sentencia (...)", y con el artículo 139º inciso 14 de la Constitución Política; no resultando oponible el criterio expresado con la alegación de la procesada respecto a que no estaba obligada a notificar el auto de avocamiento por tratarse de un simple tecnicismo y las partes ya habían formulado sus alegatos ante la juez titular en el proceso cuya discusión era de puro derecho, más aún si se considera que la notificación del auto de avocamiento es muy trascendental en el proceso por dos motivos, primero para conocer quién es el juez que va conocer el proceso y de ese modo establecer alguna causal de impedimento o formular recusación si la hubiere, y segundo por ser de suma importancia que el juez escuche a las partes, a fin de formarse convicción y certeza sobre los puntos controvertidos, antes de emitir una sentencia;

***Noveno.-** Que, por lo expuesto, la magistrada procesada al no haber cumplido con los citados actos procesales previos a la sentencia, ha contravenido el derecho al debido proceso y su deber establecido en el artículo 184º inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incurriendo en inconducta funcional que la hace pasible de sanción disciplinaria;*

***Décimo.-** Que, en relación al cargo que se le atribuye a la doctora Agüero Alberco en el literal **B)**, señaló que la OCMA no ha tomado en cuenta la pregunta séptima de la declaración de la especialista legal Consuelo Hidalgo Aranibar, en la que señaló "no recuerdo con exactitud si la doctora me entregó inicialmente la sentencia con otra resolución", que prueba que tuvo a la vista las copias certificadas de la acción de amparo antes de sentenciarse y que al 13 de abril 2007 también tenía conocimiento de que la recurrente iba expedir sentencia; agrega que el sentido de la declaración del asistente de despacho Carillo Ramos responde a que la recurrente fue quien personalmente elaboró la sentencia del expediente Nº 1077-2002; también refiere que el proceso contencioso administrativo promovido por Minera Casapalca S.A. contra Minera Corona S.A. se tramitó bajo los alcances del Código Procesal Civil, en la vía del Proceso Abreviado, y que en el momento de asumirlo se encontraba expedito para sentenciarse por aplicación del juzgamiento anticipado, por lo que obran en el expediente los escritos de 2 y 21 de marzo del 2007, el primero presentado por la demandante y el segundo por la demandada, solicitando que se emita sentencia y habiendo adjuntado incluso esta última a su escrito copias certificadas de las piezas procesales requeridas a fin de que no se dilate más el proceso;*

Décimo Primero.- *Que, con respecto a este cargo se tiene que la magistrada procesada emitió sentencia en el expediente Nº 1077-2002, proceso seguido por Minera Casapalca S.A. contra Minera Corona S.A., no obstante que previamente a sentenciar estaba pendiente que el Quincuagésimo Quinto Juzgado Civil de Lima remitiera copias certificadas de lo actuado en un proceso de amparo seguido por las mismas partes, solicitadas a fin de evitar fallos contradictorios, hecho que se encuentra acreditado con los siguientes medios probatorios:*

La declaración indagatoria del asistente de Juez del Sétimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, Carlos Roberto Carrillo Ramos, obrante de fojas 278 a 281 en la Investigación, quien respondiendo a la tercera pregunta señaló: "(...) el 11 de abril del 2007, la Dra. Agüero me pidió traer el expediente del Segundo Juzgado, la misma que la secretaria me entregó con un escrito pendiente de proveer y acompañados bajo cargo", y al contestar la cuarta pregunta afirmó: "(...) el expediente yo se lo entregué a la Dra. Agüero, sobre su escritorio, de lo que yo recuerdo el expediente estaba siempre ahí y recién vu elv o a tener contacto con el expediente el 20 de abril, esedía allegar al juzgado al iniciar mis labores yo encontré dentro del carrito de fierro el expediente Nº 1077-02 junto a otros expedientes, indicándome que eran expedientes con sentencia (...) yo llevé los expedientes y los entregué a los secretarios (...)". - La declaración de la especialista legal del Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, Consuelo Hidalgo Aranibar, que obra a fojas 283 en la Investigación, manifestando: "Cuando la Juez me entrega el expediente con la sentencia, me percato del sistema que éste tenía escritos pendientes de proveer, ubicándolos inmediatamente y di cuenta a la Dra. Agüero (...) es allí cuando la Juez procede a revisar los escritos, que en total recuerdo eran más de cinco, bastante voluminosos, procediendo ella a emitir las resoluciones correspondientes a esos escritos, en su despacho y en su computadora; debo precisar que el mismo 20 de abril fecha que me entrega el expediente le di cuenta de los escritos (...), proveyendo la magistrada con fecha de 10 de abril, y me los entrega para su trámite". - El cuaderno de cargo que obra a fojas 139 de la Investigación, que corrobora las declaraciones de los citados empleados del Poder Judicial, ya que en él aparece consignado: "Roberto del 7º JCA, Exp. 1077-2002, Principal en 2 tomos y 4 acompañados y un escrito de 11/4/07, devuelto por Roberto el 20/4/2007 a las 9 horas con 20 minutos".

Décimo Segundo.- *Que, lo antes citado demuestra que la magistrada procesada tuvo el expediente Nº 1077-2002 desde el 11 al 20 de abril del 2007, acompañado de un sólo escrito, y sobre las copias certificadas del proceso de amparo presentadas el 22 de marzo de 2007 por la demandada, Minera Corona S.A., recién se le dio cuenta*

el 20 de abril de 2007, esto es, después de que emitiera sentencia, lo que confirma el hecho que el texto de la cuestionada sentencia no haga alguna mención sobre el proceso de amparo; lo que evidencia también que la doctora Agüero Alberco faltó a la verdad en su escrito de descargo y en su declaración ante el Consejo Nacional de la Magistratura, al aseverar que antes de emitir la sentencia tuvo a la vista las copias certificadas de las piezas procesales correspondientes a un proceso de amparo tramitado ante el Quincuagésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, solicitadas con anterioridad por la juez titular del Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo;

Décimo Tercero.- *Que, de lo expuesto, se concluye que cuando la magistrada procesada emitió sentencia en el expediente Nº 1077-2002, no tuvo a la vista las copias certificadas del citado proceso de amparo, sino después del 20 de abril del 2007, cuando la secretaria del Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo le dio cuenta; en consecuencia, emitió sentencia cuando el estado del proceso no se encontraba expedito para resolverse o sentenciarse, sometiéndolo a un procedimiento distinto al que por ley correspondía; hecho que configura la inconducta funcional en que incurrió al violar las garantías constitucionales del debido proceso establecidas en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución Política, por cuyo cargo debe ser objeto de sanción disciplinaria de destitución;*

Décimo Cuarto.- *Que, en referencia al cargo imputado a la doctora Agüero Alberco en el literal* ***C)****, refirió que si bien existen cuatro hojas de entrevista con el abogado de la demandante, sólo dos tienen la anotación de su disposición para que sea atendido, mas no las dos últimas porque en esas oportunidades no fue atendido, lo que aun estando corroborado con el dicho de su asistente no fue tomado en cuenta en muestra de una actitud parcializada en su contra; precisa que en ningún momento existió desigualdad porque dictó sentencia sin escuchar a las partes y con vista de las copias certificadas de la acción de amparo, aclarando luego que atendió en su despacho del Sétimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo también a los justiciables del segundo juzgado, por lo que en la primera entrevista que tuvo con el abogado de la demandante no tenía los archivos de este último juzgado para saber si el letrado estaba autorizado, diferente de su segunda visita en la que pudo verificar que estaba apersonado en el expediente;*

Décimo Quinto.- *Que, sobre este cargo cabe señalar que el hecho que la magistrada procesada haya recibido en su despacho al abogado de Minera Casapalca, Joseph Campos Torres, no obstante que en la primera entrevista, el 10 de abril de 2007, dicho profesional aún*

no había sido designado formalmente como abogado, y haberle dado la oportunidad de exponer lo que a su derecho correspondía, evidencia un trato desigual hacia la parte contraria, a quien no se le notificó su avocamiento, tal como se encuentra probado con los siguientes hechos y documentos:

Las hojas de entrevista obrantes en la Investigación a fojas 176, 183, 194 y 198, que registran que la magistrada procesada recibió al abogado de Minera Casapalca S.A., Joseph Campos Torres, los días 10, 11, 12 y 13 de abril de 2007, situación que la misma admitió en su escrito de descargo y en su declaración ante el CNM, al manifestar: "(...) las entrevistas son de 8 a9 a.m. y se recibieron a todos los abogados que se presentaron a esa hora, tanto del 2do y 7mo Juzgado, entre los que se encontraba el abogado de la citada empresa, que reclamaba que se estaban demorado demasiado su caso (…) al día siguiente (11/4/2007) nuevamente el abogado de la demandante se presentó reclamando que mi persona no había atendido la queja por la demora en expedir sentencia en su caso"; así como con el escrito de 11 de abril de 2007, obrante en la Investigación a fojas 393, por el cual el citado abogado fue designado al día siguiente de la primera entrevista con la doctora Agüero Alberco;

***Décimo Sexto.-** Que, de lo expresado se concluye que la magistrada procesada, al haber recibido al abogado de la demandante, a sabiendas que a la parte contraria, Minera Corona S.A., no se le había notificado el avocamiento correspondiente, puso a esta última en desventaja y desigualdad; más aún si se considera que la demandada, Minera Corona S.A., tenía como última notificación la que daba cuenta que en el proceso se encontraba pendiente que se recibieran copias certificadas del proceso de amparo que involucraban a las mismas partes; por ello y con tal accionar, la doctora Agüero Alberco ha vulnerado el principio de igualdad de las partes regulado en el artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política, siendo también pasible de medida disciplinaria en este extremo;*

***Décimo Séptimo.-** Que, sobre el cargo imputado a la doctora Agüero Alberco en el literal **D)**, expresó que existen hasta tres archivos correspondientes a la sentencia, el primero iniciado el 12 y culminado el 13 de abril del 2007, el segundo iniciado el 18 y modificado el 19 de abril del 2007 bajo el nombre "sentencia II", y el tercero iniciado el 20 y modificado el 21 de abril del 2007 bajo el nombre "Minera I", por motivo de una organización en su forma de trabajo; asimismo, cuestiona que los aludidos archivos hayan sido recuperados en su totalidad sin habérsele citado para que esté presente en el momento de la diligencia respectiva, y que el CD presentado a la OCMA por el magistrado sustanciador contenga*

los archivos incompletos, aduciéndose que se perdió la información del equipo de cómputo, cuando ello es falso; además, indica que está probado con la declaración de su asistente que el representante de la OCMA el día de la intervención introdujo en su equipo de cómputo una unidad de memoria - USB, a donde habría descargado toda su información, resultando extraño que se haya negado a ponerlo a disposición de las autoridades, por lo que el CNM debería citar al magistrado Enrique Mendoza Vásquez para que aclare lo propio y también disponer que se efectúe una nueva auditoría en el equipo de cómputo que utilizó durante su permanencia como Jueza del Sétimo Juzgado Contencioso Administrativo, puntualizando que no procedería que se le aplique la sanción de destitución, pues para ello tendría que haber sido sancionada previamente con suspensión;

Décimo Octavo.- *Que, frente a este cargo, se tiene que el hecho de que la magistrada procesada expidiera sentencia sin notificar el avocamiento de la causa a las partes, cuando el estado del expediente no se encontraba expedito para sentenciarse y fuera del periodo que estuvo a cargo del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, está acreditado con el acta de su declaración indagatoria efectuada en el despacho del Sétimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, ante el magistrado de la OCMA, abogado Enrique Mendoza Vásquez, obrante en la Investigación de fojas 127 a 129, oportunidad en la que con su autorización se procedió a revisar su computadora, encontrándose el archivo de la sentencia supuestamente expedida el 12 de abril de 2007 grabado en la carpeta mis documentos bajo el nombre "sentencia ii", procediéndose a la impresión de la captura de pantalla y ventana de las "propiedades" de dicho archivo, en donde consta como la fecha de su creación el 18 de abril de 2007 a las 12:27:39, impresos que al ser puestos a la vista de la doctora Agüero Alberco los suscribió sin hacer observación alguna, obrando los mismos en la Investigación de fojas 116 a 125; refirmando ello el escrito presentado por esta última el 02 de mayo de 2007, reconociendo la fecha de creación del documento, cuando refiere: "(...) procedí a la elaboración de la sentencia, la que inicié el 18 y la pude culminar recién el 19 de dicho mes (...), haciendo entrega (...) el 20 a su Juzgado de origen (...)", que obra en la Investigación a fojas 478; Asimismo, de la auditoría realizada al equipo de cómputo que la magistrada procesada usaba en su despacho, dispuesta por la Unidad Operativa Móvil de la OCMA, se estableció que el supervisor de la Unidad de Sistemas de la OCMA encontró que los archivos habían sido borrados, lo cual consta en la Investigación de fojas 592 a 594 y 601, y que efectuada una nueva auditoría al disco duro de dicho equipo de cómputo, a solicitud de la magistrada procesada, se encontró que el archivo de sentencia supuestamente expedido el 12 de abril de 2007, expediente 1077-2002, había sido eliminado, y que al recuperarse el mismo se obtuvo con otro nombre, el de "FIL 614", que no es el*

originalmente asignado, no encontrándose dentro de los demás archivos recuperados otro que tuviera o guardara relación con la aludida sentencia, lo cual consta en la Investigación de fojas 889 a 890;

Décimo Noveno.- *Que, a mayor abundamiento se debe señalar que la magistrada procesada al efectuar sus alegaciones de descargo, así como en su declaración vertida ante la Comisión de Procesos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura, señaló que existieron hasta tres archivos sobre la sentencia, el primero fue el original del 12 de abril, el segundo denominado "archivo sentencia II" de 18 abril, y el tercero denominado "Minera I" iniciado el 20 y modificado el 21 de abril; versión que se contradice con lo vertido durante su declaración indagatoria ante el magistrado sustanciador de la OCMA, con lo expresado en su escrito de 02 de mayo de 2007, y con los informes del Auditor de la Unidad de Sistemas de la OCMA; surgiendo que la alegación efectuada por la magistrada en su descargo, referida a que el magistrado de la OCMA, Enrique Mendoza Vásquez, habría sustraído de su computadora información relacionada a la sentencia a través de una memoria extraíble USB, ha quedado desvirtuada, más aún si aparece en la declaración testimonial de la asistente judicial Carmen Smithe Huachua Luna que el día de la visita judicial no se usó el dispositivo USB, posición que también fue sostenida por el magistrado de la OCMA, doctor Mendoza Vásquez;*

Vigésimo.- *Que, por los hechos expuestos se encuentra acreditada la responsabilidad de la magistrada procesada al haber inobservado el principio de imparcialidad con que debe actuar un magistrado en el ejercicio de sus funciones, trasgrediendo su deber establecido en el artículo 184º inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuya responsabilidad, aunada a las encontradas por los cargos anteriormente tratados, corresponde imponérsele la sanción disciplinaria de destitución de la gravedad de las faltas acreditadas;*

Vigésimo Primero.- *Que, constituye inconducta funcional el comportamiento indebido, activo u omisivo, que, sin ser delito, resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria; y, el desmerecimiento en el concepto público hace referencia a una imagen pública negativa que el juez proyecta hacia la sociedad, en vez de revalorar la percepción del cargo, afectando gravemente la imagen del Poder Judicial;*

Vigésimo Segundo.- *Que, en tal sentido, el Código Modelo Iberoamericano de* Ética Judicial establece en su artículo 2º: *"El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la*

decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo"; en su artículo 3º: "El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias – directas o indirectas - de ningún otro poder público o privado , bien sea externo o interno al orden judicial"; en su artículo 9º; "La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional"; en su artículo 10º: "El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados , y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio"; en su artículo 13º: "El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial"; en su artículo 15º: "El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas"; en su artículo 16º: "El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso"; en su artículo 35º: "El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho"; en su artículo 38º: "En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad"; en su artículo 39º: "En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley"; en su artículo 54º: "El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función"; en su artículo 68º: "La prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional"; en su artículo 69º: "El juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable"; y en su artículo 79º: "La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma";

Vigésimo Tercero.- *Que, por otro lado, el Código de Ética del Poder Judicial aprobado en sesiones de Sala Plena de fechas 9, 11 y 12 de marzo de 2004, establece en su artículo 2°: "El Juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad, los cuales deben manifestarse en la transparencia de sus funciones públicas y privadas. La práctica transparente de estos valore s contribuirá a la conservación y fortalecimiento de un*

Poder Judicial autónomo e independiente y se constituirá en garantía del Estado de Derecho y de la justicia en nuestra sociedad"; en su artículo 3º: "El Juez debe actuar con honorabilidad y justicia, de acuerdo al Derecho, de modo que inspire confianza en el Poder Judicial. El Juez debe evitar la incorrección exteriorizando probidad en todos sus actos. En la vida social, el Juez debe comportarse con dignidad, moderación y sensibilidad respecto de los hechos de interés general. En el desempeño de sus funciones, el Juez debe inspirarse en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, integridad y decencia"; en su artículo 5º: "El Juez debe ser imparcial tanto en sus decisiones como en el proceso de su adopción. Su imparcialidad fortalece la imagen del Poder Judicial. El Juez debe respetar la dignidad de toda persona otorgándole un trato adecuado, sin discriminación por motivos de raza, sexo, origen, cultura, condición o de cualquier otra índole. En el ejercicio de sus funciones, el Juez debe superar los prejuicios que puedan incidir de modo negativo en su comprensión y valoración de los hechos así como en la interpretación y aplicación de las normas";

Por estos fundamentos, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia, en uso de las facultades previstas por los artículos 154°inciso 3 de la Constitución Política, 31° numerales 2 y 4, 3 2º y 34° de la Ley Nº 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y 35° de la Resolución Nº 030-2003-CNM, Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura y, estando a lo acordado en sesión de 06 de mayo de 2010, por unanimidad;

Se resuelve:

Artículo Primero.- *Declarar infundada la excepción de prescripción deducida por la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco.*

Artículo Segundo.- *Dar por concluido el presente proceso disciplinario y aceptar el pedido de destitución formulado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y, en consecuencia, imponer la sanción de destitución a la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco, por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.*

Artículo Tercero.- *Disponer la inscripción de la medida a que se contrae el artículo Segundo de la presente resolución en el registro personal de la magistrada destituida, debiéndose asimismo cursar oficio al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y a la señora Fiscal de la Nación y, publicarse la presente resolución, una vez que consentida o ejecutoriada.*

Regístrese y comuníquese.

Maximiliano Cárdenas Díaz
Edmundo Peláez Bardales
Aníbal Torres Vasquez
Carlos Mansilla Gardella
Luis Maezono Yamashita
Gastón Soto Vallenas
Javier Pique Del Pozo"
***b) "Nº 478 - 2010 - CNM.** San Isidro, 30 de diciembre de 2010*

***Vistos;** El recurso de reconsideración interpuesto por doña Giuliana Lucy Agüero Alberco contra la Resolución Nº 214-2010-PCNM de 25 de junio de 2010 y la apelación contra la Resolución Nº 230-2010-CNM de 22 de julio de 2010; y,*

Considerando:

***Primero:** Que, por Resolución Nº 160-2008-PCNM, de 12 de noviembre de 2008, el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario a la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco, por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima;*

***Segundo:** Que, por Resolución Nº 214-2010-PCNM, de 25 de junio de 2010, se declaró infundada la excepción de prescripción deducida, así como dar por concluido el proceso disciplinario y aceptar el pedido de destitución formulado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, imponer la sanción de destitución a la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco, por su actuación como Juez Suplente del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima;*

***Tercero:** Que, dentro del término de ley, por escrito recibido el 09 de julio de 2010, la doctora Agüero Alberco interpuso recurso de reconsideración contra la resolución citada en el considerando precedente, argumentando que la misma es nula, pues adolece de motivación suficiente al no haber tenido presente un escrito de alegatos presentado el 28 de mayo de 2010, lo que afecta su derecho de defensa;*

***Cuarto:** Que, asimismo, reproduce el contenido del escrito mencionado en el considerando precedente, argumentando con relación a la imputación referida al hecho de haber privado del derecho de defensa a la parte demandada, que la calificación de los hechos como infracciones no son correctos porque la ausencia de notificación previa de avocamiento*

en el caso concreto en el que no había presencia de ninguna causal de recusación o impedimento, no constituye trasgresión al derecho de defensa, pues la empresa demandada presentó por escrito sus alegatos cuyos argumentos fueron evaluados en su integridad en la sentencia, es decir, que en su pronunciamiento no omitió considerar las argumentaciones de la parte demandada; y, por otro lado, respecto a la ausencia de escuchar los alegatos orales de la empresa demandada antes de la sentencia, tampoco constituye trasgresión al derecho de defensa, por lo que el demandado no tenía más que decir oralmente que lo ya dicho en su escritos de contestación de la demanda y alegatos presentados, lo cuáles fueron considerados en la sentencia;

Quinto: *Que, asimismo, expresó con relación a la imputación referida a haber sometido a la demandada a un procedimiento distinto al regulado por ley al sentenciar sin que fuera su estado por encontrarse pendiente el cumplimiento de un mandato dirigido al 56° Juzgado Civil de Lima, sobre remisión de copias de lo actuado del proceso de amparo, así como al razonamiento vertido por OCMA consistente en que emitió sentencia sin que se hubiera tenido a la vista el escrito de 22 de marzo de 2007; considera que es inaceptable porque se infiere de hechos indiciarios no concurrentes ni uniformes; y, respecto de la imputación consistente en haber inobservado el principio de tutela jurisdiccional al haber recibido en su despacho al abogado de la Compañía Minera Casapalca, quien habría tenido la ocasión de exponer lo que a su derecho correspondía sin darle la misma oportunidad a la parte contraria, a la que no notificó su avocamiento, señala que es incorrecto, por las siguientes razones: i) el hecho de que haya recibido al abogado de la parte demandante no puede considerarse una irregularidad dada su calidad de abogado y que además se realizó dentro del horario de atención al público en el despacho judicial y de lo cual se dejó constancia en el registro correspondiente; ii) el hecho que el abogado no se encontrara designado formalmente no podía ser un impedimento para recibirlo, razón por la cual además de hacerle presente su falta de designación, determinó que a esa fecha no se tomara ninguna medida en relación al pedido verbal del abogado sobre la expedición de sentencia; y, con relación a la imputación consistente en haber inobservado el principio de imparcialidad, puesto que su objetivo habría sido expedir la sentencia favorable a la parte demandante vulnerando las reglas del debido proceso, refirió que la redacción de la sentencia en la computadora se inició el 12 de abril de 2007 y concluyo el 13 de abril de ese mismo año, dentro de un plazo razonable posterior a la configuración de la decisión, no habiendo incurrido en infracción alguna;*

Sexto: *Que, con relación a la graduación de la sanción como destitución por parte de la Oficina de Control de la Magistratura, refiere la recurrente que la OCMA fundamentó la graduación de la sanción subsumiendo su actuación dentro del artículo 211° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo que manifiesta que su decisión en el caso obedeció a su criterio de comprensión de los principios y valores vigentes en el ordenamiento jurídico sin tener ninguna inclinación ajena a la función;*

Sétimo: *Que, de otro lado, refiere que con relación a los considerandos Décimo Octavo y Décimo Noveno, las conclusiones del Consejo Nacional de la Magistratura no se desprenden de una valoración conjunta y debida de los medios probatorios y que debe valorarse la declaración del señor Edgardo Herbozo Salas obrante en autos, quién con firma legalizada ante notario público, afirmó en honor a la verdad ser testigo presencial de la existencia de una memoria extraíble USB, tantas veces negada por el doctor Mendoza Vásquez;*

Octavo: *Que, finalmente, respecto a la prescripción la recurrente señaló que el presente proceso disciplinario se originó por una queja en la que el plazo de prescripción es de dos años y no de cuatro, por consiguiente habiéndose interpuesto la queja el 25 de abril del año 2007, éste prescribió el 25 de abril de 2009; y, agrega que el razonamiento de los considerandos Cuarto y Quinto de la resolución recurrida que alude a la suspensión del plazo de prescripción consiste en el "primer pronunciamiento" previsto en el artículo 64° del Reglamento de Organización y Funciones de la OCMA del Poder Judicial aprobado por Resolución Administrativa 263-96-SE-TP-CME-P y que no es aplicable al presente caso, porque el mencionado artículo alude al primer pronunciamiento de fondo, por ello la decisión que en el presente caso abre el procedimiento disciplinario no puede ser considerado como causal de suspensión porque con ello no se declara la responsabilidad de la procesada;*

Noveno: *Que, de la evaluación del recurso de reconsideración y de los medios probatorios ofrecidos por el recurrente se advierte que se han reiterado los argumentos esgrimidos en sus escritos de 05 de diciembre de 2008, 17 de febrero, 09 de marzo, 25 de marzo y 11 de agosto de 2009, presentados ante el Consejo Nacional de la Magistratura, los que, en respeto y garantía del debido proceso, han sido recogidos en la resolución materia de impugnación; y que fueron desvirtuados y rebatidos uno a uno, tal como se puede colegir de los considerandos Cuarto a Décimo Octavo de la resolución impugnada, habiendo quedado acreditada la responsabilidad de la magistrada procesada con los medios probatorios obrantes en el expediente y consignados en la resolución impugnada; siendo necesario dejar constancia que se ha motivado ade-*

cuadamente y con arreglo a ley la resolución en cuestión, cumpliendo de esta forma con el inciso 5 del artículo 139º de la Constitución Política;

Asimismo, cabe señalar, que el escrito de 28 de mayo de 2010 al que hace alusión la recurrente, fue debidamente proveído mediante resolución de 22 de junio de 2010, misma que fue notificada en su oportunidad; indicándose que debía estarse a lo dispuesto por Acuerdo Nº 529-2010 de 06 de mayo de 2010, por el que el Pleno había acordado declarar infundada la excepción de prescripción deducida por la recurrente e imponerle la sanción de destitución; es decir, el escrito fue presentado posteriormente a la adopción del Acuerdo antes referido, motivo por el cual no se tomó en cuenta al emitir el pronunciamiento final;

Décimo: *Que, el recurso de reconsideración tiene por finalidad que la autoridad administrativa reexamine su decisión y los procedimientos que llevaron a su adopción, de manera que, de ser el caso, se puedan corregir errores de criterio o análisis en que hubiera podido incurrir en su emisión;*

De todo lo expuesto se concluye que la destitución de la doctora Agüero Alberco se ha efectuado dentro de un proceso disciplinario tramitado con sujeción a las normas del debido proceso, en el cual se actuaron diversas pruebas que crearon convicción en el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la responsabilidad disciplinaria de la magistrada destituida respecto a los hechos imputados; consecuentemente, el recurso de reconsideración y los argumentos del mismo no modifican en modo alguno los fundamentos de la resolución impugnada, ni desvirtúan los hechos, criterios o razones que tuvo en cuenta el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura para emitir la misma; a ello se debe agregar que tampoco se incurrió en causal de nulidad en la emisión de la resolución cuestionada;

Décimo Primero: *Que, asimismo, por escrito de 05 de agosto de 2010, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 230-2010-CNM, que declaró improcedente la nulidad deducida contra la resolución de 16 de junio de 2010, que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de 29 de abril de 2010, argumentando que el error de calificación del recurso no es obstáculo para que el Consejo de trámite y emita pronunciamiento de fondo respecto de lo que es materia de observación; y, agrega que, el vicio de nulidad radica en la falta de pronunciamiento respecto de su pedido de reprogramación de declaraciones testimoniales, habiéndose vulnerado, a su parecer, su derecho de defensa;*

Décimo Segundo: *Que, al respecto, cabe precisar que si bien es cierto que en el artículo Sexto de la resolución en cuestión mencionada en el*

considerado precedente, se expresó que "(…) los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos, esto es, el recurso de reconsideración, (…)"; también lo es que en el artículo Sétimo y Octavo de la citada resolución se analizó el fondo del asunto, careciendo de objeto analizar nuevamente lo expresado en la resolución impugnada, pues fue debidamente motivada, no existiendo vulneración al derecho de defensa;

Décimo Tercero: *Que, detl análisis del recurso y actuados se debe precisar que el Consejo Nacional de la Magistratura mediante la resolución recurrida declaró improcedente la nulidad deducida, luego de haber analizado sus argumentos centrales y no haber encontrado solidez en los mismos, habiendo motivado su pronunciamiento en cumplimiento del inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política; por lo que, el presente recurso al reproducir de forma reiterativa los argumentos analizados, y haber sido presentado con posterioridad a la emisión de la resolución que dio por concluido el proceso disciplinario, denota un objetivo dilatorio, motivo por el que debe declararse improcedente; Por las consideraciones expuestas, estando a lo acordado por unanimidad por los Señores Consejeros presentes en la sesión de 30 de setiembre de 2010 y, de acuerdo a lo establecido en el artículo 37°incisos b) y e) de la Ley 26397;*

Se resuelve:

Artículo Primero.- *Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco contra la Resolución N° 214-2010 PCNM de 25 de junio de 2010, dándose por agotada la vía administrativa.*

Artículo Segundo.- *Declarar improcedente la apelación interpuesta por la doctora Giuliana Lucy Agüero Alberco contra la Resolución N° 230-2010-CNM de 22 de julio de 2010, dándose por agotada la vía administrativa.*

Regístrese, comuníquese y archívese.

Edmundo Peláez Bardales
Presidente Consejo Nacional de la Magistratura"

20.2. Descripción del Caso

Por licencia de la Juez Titular del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, la Juez G suplente del 7° JECA fue designada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima para que a partir del 10 al 13 de abril del 2007, término de la mencionada licencia, alternara funciones, desempeñándose, además de Juez del 7° Juzgado

como Juez del Segundo Juzgado Contencioso Administrativo.

Meses antes, con fecha 11 de octubre del año 2006, encontrándose para sentenciar el expediente 1077-2002 en el Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, fue objeto de Informe Oral por parte de los abogados de ambas partes, el cual se realizó ante la Juez Titular, quien con fecha 13 de diciembre del año 2006, a efecto que no se emitan sentencias contradictorias, emitió la resolución N° 41 donde ordena oficiar al 55º Juzgado Civil de Lima, sobre proceso de amparo seguida entre las mismas partes del proceso contencioso administrativo, para que informe y remita copia certificada de la demanda, auto admisorio, sentencia y demás piezas procesales que se estime pertinente. Recibidas dichas piezas procesales, mandó poner los autos en despacho para sentenciar, pero puesto que la información enviada estuvo incompleta, por nueva Resolución la Juez titular, decidió oficiar nuevamente al mencionado Juzgado, quien mediante Oficio recibido el 19.03.07 informa que la causa se encuentra en grado de apelación en la Séptima Sala Civil de Lima.

La empresa minera co-demandada por escrito de fecha 22.03.07 presentó copias certificadas del proceso de amparo correspondientes a la demanda, contestación, sentencia y apelaciones, a fin de que no se dilate la expedición de la sentencia no llegando aún las copias ordenadas. Hasta el momento de la encargatura de la Juez del 7° Juzgado, la Juez titular no había aún sentenciado.

Durante el tiempo de reemplazo, la Juez G recibió en entrevista al abogado C de la empresa minera CASAPALCA (demandante favorecida con la sentencia) los días 10, 11, 12 y 13 de abril del año 2007. El referido abogado le requirió expida sentencia, ante lo cual se emitieron seguidamente, en el expediente 1077-02, tres Resoluciones Números 46, 47 y 48. Por la primera (46) se avocó, notificándose tal decisión conjuntamente con las otras dos Resoluciones números 47 y 48 de fechas 10 y 12 de abril del 2007. Mediante Resolución Número 47 se incorporaron a los autos las copias ordenadas que fueron aportadas por SOCIEDAD MINERA CORONA (codemandada no favorecida con la sentencia) mediante escrito de fecha 22 de marzo, disponiéndose, tráigase para resolver. Por la Resolución número 48 se emite sentencia sin escuchar informes orales.

20.3 La imputación consistente en haber privado del derecho de defensa a la parte demandada

Esta imputación es sustentada en dos hechos; el de: i) Haber sentenciado sin haber previamente notificado su avocamiento; y ii) Haber sentenciado sin haber previamente escuchado los alegatos orales de la empresa demandada.

Al respecto cabe preguntarse si la calificación de tales hechos como infracciones en el contexto concreto son correctas, debiendo preguntarse en relación a las circunstancias del caso concreto lo siguiente: ¿La ausencia de notificación previa de avocamiento en el caso concreto, en el que no había presencia de ninguna causal de recusación o impedimento, constituye transgresión al derecho de defensa?La Juez investigada señala que la empresa demandada presentó por escrito sus alegatos, y sus argumentos fueron evaluados en su integridad por la sentencia. Es decir, su **pronunciamiento no habría omitido considerar las argumentaciones de la parte demandada. Esta afirmación no es negada en la resolución de la destitución la cual se centra en** afirmar quenotificar el auto de avocamiento no es un simple tecnicismo y resalta el hecho que las partes ya habían formulado sus alegatos orales ante la juez titular en el proceso cuya discusión era de puro derecho. Más aún considera que la notificación del auto de avocamiento es muy trascendental en el proceso por dos motivos: Primero para conocer quién es el Juez que va a conocer el proceso y de ese modo establecer alguna causal de impedimento o formular recusación si la hubiere, y segundopor ser de suma importancia que el Juez escuche a las partes, a fin de formarse convicción y certeza sobre los puntos controvertidos, antes de emitir una sentencia.

Estos dos hechos son minusvalorados por la Juez investigada en el sentido que en relación a la posibilidad de la recusación debe señalarse que en el caso concreto no se ha conocido ninguna causal de impedimento o recusación *ex post*[406]; y en el caso del segundo en el sentido que la ausencia

406 "La necesidad de la notificación previa, no puede ser entendida de manera fetichista, como de carácter exclusivamente formal sin más fundamento que la formalidad misma, por ello su imperatividad para el proceso sólo podría justificarse en su sentido que cumple, apreciándose en el caso concreto que la propia resolución del OCMA número 67 que propone nuestra destitución, reconoce que **la notificación previa del avocamiento cumpliría la garantía del justiciable a efectos de *eventualmente poder recusar* al Magistrado que va a emitir pronunciamiento, aspecto que como desarrollaremos no se presentó en el caso sub materia(…)**En tal sentido como se puede apreciar en el proceso objeto de investigación**, no existe ninguna causal de impedimento o recusación entre la magistrado y alguno de los justiciables, a tal punto que el propio quejoso no alude a ningún factor de impedimento o recusación hasta la fecha pese al tiempo transcurrido, por consiguiente el "ejemplo" de afectación del derecho de defensa, señalado por la propia OCMA sirve para dejar establecido que no ha habido tal**

de escuchar los alegatos orales de la empresa demandada antes de la Sentencia, la magistrada investigada señala que ello "tampoco constituye transgresión al derecho de defensa" aduciendo lo siguiente:"Como ya hemos señalado el demandado no tenía algo más que decir oralmente que lo ya dicho por escrito en su escrito de contestación de la demanda, así como escrito de alegatos presentado, los cuales fueron considerados en nuestra sentencia, por lo tanto, las libertades comunicativas del justiciable demandado fueron ejercidas satisfactoriamente en la medida que el mensaje argumentativo fue recibido por la suscrita a través de la lectura, y desarrollada a través de la argumentación contenida en la sentencia. Al respecto es sintomático que no se me haya cuestionado dentro de los cargos abiertos el de motivación insuficiente del pronunciamiento de fondo lo que revela que tanto para el justiciable como para el OCMA la motivación de fondo fue satisfactoria, es decir el desarrollo argumentativo de la sentencia desarrolló la argumentación contenida por el demandado entonces nos preguntamos ¿de qué afectación al derecho de defensa estamos hablando?".

Ciertamente, atender oral o escriturariamente los argumentos de una de las partes es diferente, pero habría que preguntarse si esta diferencia es relevante, para afirmar que la ausencia concreta del informe oral significa una afectación al derecho de defensa porque si bien la Magistrado titular sí había escuchado el informe oral el 11 de octubre del año 2006 (6 meses antes del pronunciamiento controvertido) la magistrada investigada no lo había escuchado, señalando que "lo que (…) se está cuestionando, es que la doctora Agüero Alberco haya emitido sentencia sin haber sido su persona quien haya escuchado el informe oral realizado por los abogados de las partes" (parte *in fine* del considerando undécimo), pero esta diferencia que pueda parecer a simple vista sustantiva debe también considerar que la Magistrada titular escuchó el informe oral hacía seis meses, lapso de tiempo prolongado, donde el recuerdo de la memoria –y no se necesita un informe pericial psicológico para afirmarlo- se pierde en lo sustantivo por lo que preguntamos: ¿Puede sostenerse una diferencia sustancial entre la Magistrado titular y la investigada? La interpretación de la norma realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura es al menos polémica y no desvirtúa el detalle de la argumentación desarrollada por la magistrada investigada, acaso no se podría interpretar la actuación **afectación por cuanto no existía causal de impedimento o recusación, razón por la cual aún si se hubiese notificado el avocamiento no se hubiera producido ningún pedido de impedimento o recusación, nos preguntamos entonces ¿qué sentido tenía entonces notificar previamente el avocamiento? ¿en qué perjudica el derecho de defensa de la demandada ahora quejosa?** La respuesta es única en nada por el contrario al ser un pronunciamiento definitivo de una instancia gozaba de la ventaja de definir una controversia de manera más breve en un plazo más razonable en un contexto en que se encontraba dentro del estado para sentenciar desde que se produjo el informe oral esto es el 11 de Octubre del año 2006 (6 meses antes! de mi pronunciamiento que el OCMA conceptúa como conducta que amerita la destitución)**".**

de la magistrada de no notificar previamente su avocamiento antes de la sentencia como una técnica de abreviación del proceso contencioso discutible pero mínimamente aceptable para una comunidad real e ideal de argumentantes en el que se quería privilegiar el precepto del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos en su aspecto de "plazo razonable", lo cual doctrinariamente forma parte del "debido proceso" y la "tutela jurisdiccional efectiva?". Ciertamente parece sostenible tal argumentación que obedecería a una interpretación del rol que debe tener el juez en relación al proceso lo que además es respaldado por el tercer párrafo del artículo IX del Código Procesal Civil según el cual "(…) el Juez adecuará su exigencia –de las formalidades- al logro de los fines del proceso".

La magistrada investigada llega a sostener: "La prescindencia de la notificación previa del avocamiento y la prescindencia del Informe Oral obedecen a una concepción ponderativa de valores de la Magistrado en su labor como Directora de Proceso y de maximizar la concreción del valor "celeridad" que también es parte de la "tutela jurisdiccional efectiva" frente al valor "derecho de defensa" que en el caso concreto estaba reducido a un "formalismo por formalismo" que no tenía ningún contenido real." Esta es una motivación *ex post* de su prescindencia de notificación del avocamiento, que revela que su omisión obedece a una racionalidad posible al momento en que aconteció y real al momento del procedimiento disciplinario, prescindencia que hace recordar el "auto concentrado" en la especialidad contencioso administrativa del año 2003 al que hemos aludido anteriormente y que, ciertamente, la magistrada investigada conocía no solo porque el expediente pertenece también a la especialidad contencioso administrativa, sino porque la magistrada investigada es la misma que en su momento fue la Relatora de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, que en el año 2003 expidiera el auto concentrado. La magistrada en su escrito de defensa alude a este hecho y señala: "aprendí en ella que es posible, en un esfuerzo de concretar un proceso más efectivo 'sin afectar el derecho de defensa de las partes, abreviar de verdad el proceso abreviado'[407]". Como lo hemos relatado al abordar el Caso 2 del "Auto Concentrado",

407 Ver Luján, 2005. En el referido artículo el autor comenta la resolución de la Primera Sala que renovó el nuevo proceso contencioso administrativo abreviando lo previsto en el Código Procesal Civil. Como se puede apreciar la sociedad civil aplaudió este espíritu renovador de los jueces y la historia al consagrar el cambio legislativo de la ley 27584 creando el nuevo proceso denominado "especial" y después modificando el propio proceso civil regulado por el Código Procesal Civil, les daría la razón, no parece absurdo entonces considerar que la magistrada investigada fue formada en este entusiasmo de un nuevo espíritu de la magistratura con aplauso de la sociedad civil, actuó en este caso concreto con un espíritu con sentido de emulación, que si bien desde una perspectiva puede ser criticado de "activista", no por ello debe ser apreciado como "sospechoso" de inmoralidad como subliminal pero permanentemente con un espíritu inquisitivo, de culto a la mediocridad , temeroso de las campañas mediáticas, y castrante de toda iniciativa de racionalidad constitucional sustantiva.

la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, donde la magistrada investigada se formó en la aplicación de la entonces nueva Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, fue la Sala que se adelantó al cambio legal e innovó jurisprudencialmente el nuevo proceso contencioso administrativo, que en palabras de uno de sus miembros del Colegiadose conceptuara lalabor del Juez de modo activo como Director del Proceso, comprendiendo de modo positivamente valorado, la de dirigir los "esfuerzos sobre el fondo del asunto controvertido prescindiendo de formalismos inútiles"[408]. Pero este ejercicio ponderativo entre los valores de celeridad y ejercicio de derecho de defensa, sin ningún contenido real, no fue percibido así por el Consejo Nacional de la Magistratura, quien ni siquiera consideró necesario contra argumentar sobre el detalle a lo aducido por la magistrada investigada, porque dentro de un Estado Constitucional respetuoso de la "independencia e imparcialidad de los magistrados" era necesario ante la argumentación aducida por la magistrada investigada, afirmar que no resultaba razonable para una comunidad real e ideal de argumentantes el análisis ponderativo *ex post* realizado por ella, consistente en la maximización de la concreción del valor celeridad, frente a una formalidad que si bien se encontraba basada en el ejercicio del derecho de defensa en el caso concreto, según afirmaba la magistrada, no tenía ningún contenido real.

En ese sentido, debe tenerse presente que se trataba de una causa que al mismo tiempo estaba para resolver desde hacía seis meses. Era diariamente objeto de reclamo y desde una visión gerencial de la labor jurisdiccional orientada a mejorar la imagen del Poder Judicial, no parece irracional que en el caso concreto, siguiendo la enunciación de la ponderación consistente en que "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"[409], se optara por resolver prescindiendo de formalidades que al menos no se advierte un contenido real. Por consiguiente, ya que no existía mayor afectación al derecho de defensa y, por el contrario, obteniendo un importante grado de satisfacción del Principio de Resolver sin Dilaciones Indebidas, quizás debiera haberse imputado y calificado los hechos acaecidos como afectación al deber de de imparcialidad como apariencia, aspecto no argumentado en la decisión del CNM .

408 Ver Quispe Salsavilca /…, 2008: p. 139. La frase nos pertenece y fue redactada en el momento que nos desempeñáramos como Presidente de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, y en la cual la magistrada investigada era Relatora de la mencionada Sala donde se suscribiera por primera vez el "auto concentrado".

409 Alexy, 2007: p. 460.

20.4. La imputación consistente en haber sometido a la demandada a un procedimiento distinto al regulado por ley

Al respecto, el hecho atribuido calificado dentro de lo que es someter a la demandada a un procedimiento distinto al regulado por ley, se refiere al de haber sentenciado sin que sea su estado, al encontrarse pendiente el cumplimiento de un mandato dirigido al 56° Juzgado Civil de Lima, sobre remisión de copias de lo actuado del proceso de amparo, seguido entre las mismas partes.

En la tramitación del expediente N° 1077-2002, el conocimiento del Oficio de fecha 19.03.07 del 56° Juzgado Civil que informaba que el proceso de amparo se encontraba en Sala, la Sociedad Minera Corona (quejosa) presentó con fecha 22.03.07, "copias certificadas del proceso de amparo correspondientes a la demanda, contestación, sentencia, apelaciones" con el objeto de "no dilatar más la sentencia" (Considerando décimo cuarto de la Resolución N° 67); sustenta la mencionada imputación en que la causa judicial en cuestión "fue entregada a la encausada, a su solicitud el 11 de abril del 2007 con un solo escrito, habiendo permanecido bajo su dominio hasta el 20 de abril de dicho año" agregando que "el escrito conteniendo las copias certificadas del proceso de amparo, presentado por Corona el 22 de marzo del 2007, recién se dio cuenta a la investigada el 20 de abril del 2007, esto es, después que aquélla emitiera sentencia" (Considerando décimo sexto de la Resolución N° 67).

El Consejo Nacional de la Magistratura infiere con un **razonamiento indiciario** que se emitió sentencia sin que se haya tenido a la vista el escrito del 22.03.07 (copias certificadas del proceso de amparo presentado por Corona) en base a los siguientes hechos indiciarios:

i) La declaración del servidor Carlos Roberto Carrillo Ramos (asistente del 7° Juzgado), en la que refiere que la secretaria del 2° Juzgado le entregó el expediente con un escrito pendiente de proveer y que al 20.04.07 al llegar al juzgado llevó los expedientes con Sentencia a los Secretarios.

ii) La declaración de la servidora Consuelo Hidalgo en la que manifiesta: "cuando la Juez me entrega el expediente con la sentencia, me percato del sistema que éste tenía pendientes de proveer (…) y es allí cuando la doctora procede a revisar los escritos, que en total recuerdo eran más de cinco, bastante voluminosos, procediendo ella a emitir las resoluciones correspondientes a los escritos, en su despacho y en su computadora; debo indicar que el mismo día que me entrega el

expediente, el 20 de abril, (…) le di cuenta de los escritos pendientes (…) ella es quien los provee anotando como fecha de resolución el 10 de abril y me los entrega para su trámite" (Décimo Quinto Considerando).

iii) Copia del cuaderno de cargo de fojas 139, en el que se consignó "Roberto del 7° JCA Exp. 1077-2002 principal en 2 tomos y 4 acompañados y 1 escrito- 11/04/07 Devuelto por Roberto 20.04.07 9:20 a.m.".

iv) El texto de la sentencia en la que según el CNM "no existe alguna mención sobre el proceso de amparo" (Considerando Décimo Sexto). Sin embargo, omite referir los siguientes hechos invocados por la magistrada investigada, que al menos lo vuelve controvertible en un contexto de presunción de licitud, consistente en:

*"***i)** La misma declaración de la servidora del 2° juzgado Consuelo Hidalgo en cuya respuesta a la pregunta novena señala: "pensé que estaban compaginados" y en cuya parte final de absolución a la séptima pregunta señala "no recuerdo con exactitud si la doctora me entregó la sentencia con otra resolución" (sic). Entonces la fuerza probatoria de la declaración se debilita al controvertir la memoria de la servidora Consuelo Hidalgo; **ii)** El hecho que la misma mencionada servidora Consuelo Hidalgo haya firmado el **libro de Entrevistas y Requerimientos** del 2° Juzgado Especializado en lo contencioso Administrativo **con fecha 23 de marzo de 2007**, en la que se señala de la entrevista de la Magistrado con el abogado de la parte demanda quejosa (Arturo Aza) y la **anotación precisa de tres escritos** y la referencia a copias certificadas, acreditaría que la servidora a fecha trece de abril conocía de la existencia de al menos tres escritos en relación al expediente por lo que resulta totalmente contradictorio que asegure que conociendo de tal existencia niegue haber puesto en conocimiento de ello a la Magistrada. Esta inferencia que no solo significaría una inconducta funcional de la servidora declarante, sino que atenta contra un principio mínimo de razonabilidad en el comportamiento de cualquier servidor, por ello presumir o inferir tal comportamiento es ir contra las reglas de la experiencia en materia probatoria. Esto, sin embargo, ha sido realizado por el OCMA sin mayor fundamentación omitiendo referencia alguna al hecho de tal anotación del Libro de Entrevistas y Requerimientos; **iii)** El hecho mismo de la demora entre la presentación del escrito de fecha 22.03.07 y la entrega misma del expediente con acompañados a mi despacho ocurrido el 11.04.07 configura un espacio de tiempo suficiente para la compaginación del escrito, que sin duda acaeció por cuanto el expediente fue solicitado por mi despacho, razón por la cual era deber de la servidora entregar el expediente con los

escritos que eventualmente al momento de la orden se encontraban pendientes de compaginar. Al respecto resulta ciertamente contradictoria la declaración de la servidora en cuanto dice que solo revisó el sistema informático al momento en que recibió de mi despacho el expediente con la sentencia y no cuando lo remitió, nos preguntamos, ¿no resulta ello contradictorio?, ¿era imposible o de difícil cumplimiento la revisión del sistema informático por la servidora al momento de la remisión a fecha 11.04.07? Desde luego que no, era solo asunto de un clip, y es ciertamente lo usual, por lo que resulta falso que no lo haya hecho. Asombra en esto la actitud de la OCMA que sin ninguna apreciación de las elementales reglas de la sana crítica haya asumido como cierta la versión de la servidora Consuelo Hidalgo consistente en que solo entregó un escrito. Y es más contradictoria cuando significaría que ella habría incumplido su deber de compaginación, afectando la presunción de licitud en relación a la propia asistente; **iv)** La especialista Consuelo Hidalgo señala falsamente en su declaración que solo después de que ella me devuelve el expediente con la sentencia y los escritos recién compaginados por ella –devolución de la que no hay cargo-, esto es 20.04.07 la suscrita recién procedió "a revisar los escritos, que en total recuerdo -dice Consuelo Hidalgo- eran más de cinco". Este hecho es imposible de haber acaecido por cuanto solo suscribió en el expediente objeto de investigación, además de la sentencia, dos resoluciones (la Resolución Número 46 de avocamiento y la Número 47, que provee tanto el escrito de Sociedad Minera Corona de fecha 22 de marzo, como el escrito del demandante y el oficio del Juzgado en respuesta al requerimiento de las copias del amparo y dispone tráigase para resolver y ninguna otra resolución). Entonces resulta evidente que los otros escritos que según lo dicho por consuelo Hidalgo eran más de cinco recién compaginados no fueron proveídos por mi persona, sino por la Juez titular Dra. Núñez, a fecha anterior a mi encargatura. ¿Por qué no me lo entregó la servidora Consuelo Hidalgo si los escritos no solo ya habían sido compaginados al expediente, sino también proveídos por la Dra. Núñez? La falsedad de la versión de la servidora Consuelo Hidalgo salta entonces a la vista. No es cierto que esos escritos no hayan estado compaginados, pues se encontraban ya proveídos, al menos unos dos más; **v)** Que siendo así se infiere, inequívocamente, que el hecho que se haya anotado en el cuaderno de cargos la referencia a un escrito (como se señala en el cargo descrito en el punto iii) de folios 139) no significa que se me haya entregado faltando escritos, sino que el servidor que hizo el cargo cometió un error material e interpretó además que solo debería hacerse referencia a los escritos no proveídos (que aunque eran tres visualizó solamente el más voluminoso que era el escrito de fecha 22.03.07, donde se adjuntaban las copias por la Sociedad

Corona), el cual se adjuntó por encima del expediente, mientras que los ya compaginados y proveídos por la Dra. Núñez, aun cuando no se encontraran cosidos ni foliados no fueron contabilizados para efectos del cargo, ni los otros dos que por error material estaban dentro del expediente y no fueron contabilizados; **vi)** La inferencia de la OCMA resulta contra las reglas de la sana crítica porque el hecho descrito en el cargo de haber recibido a fecha 11.04.07 únicamente un escrito (el que tampoco especificó qué escrito era) no puede servir para asumir que la suscrita solo recibió el expediente un escrito que no era el de fecha 22.03.07 (de dónde se infiere tal cosa??), ni tampoco en un contexto en el cual resulta evidente el error material en el cargo si se contrasta tal información (de un solo escrito) con el hecho que varios escritos fueron ya proveídos por la Dra. Núñez.

Una valoración conjunta de los hechos lleva a la inequívoca inferencia de que el cargo contiene errores materiales, que la suscrita tuvo a la vista tanto lo escritos ya proveídos por la Dra. Núñez como los pendientes por proveer inferencia que en todo caso debe ser reforzada con el principio de presunción de licitud máxime si se tiene el contenido más voluminoso del escrito de fecha 22.03.07, así como lo descrito en los numerales i), ii) y iii) precedente".

20.5. La Imputación consistente en haber inobservado el Principio de Tutela Jurisdiccional, por haber dado trato desigual a las partes

La imputación de inobservancia al Principio de Tutela Jurisdiccional se sustenta en el hecho de haber recibido en su despacho, durante los días que alternó en el Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, al abogado de la Compañía Minera Casapalca (parte demandante), quien habría tenido la oportunidad de exponer lo que a su derecho corresponde, sin darle la misma oportunidad a la parte contraria, a quien no notificó su avocamiento.

Al respecto la magistrada investigada en su escrito de descargo señaló los siguientes argumentos que reproducimos:

"i) El hecho que se haya atendido en entrevista al abogado CT el día 10.04.07, cuando aún no se le había sido designado formalmente abogado de la demandante, no puede considerarse una irregularidad por cuanto en su calidad de abogado estaba facultado a entrevistarse con mi persona en calidad de magistrada, obviamente dentro del horario de atención al público en el despacho judicial como efectivamente sucedió y del cual con toda la transparencia debida se dejó constancia en el registro correspondiente; **ii)** El hecho que el mencionado letrado, no se

encontrara designado formalmente si bien no podía ser un impedimento para recibirlo en entrevista era sin embargo un elemento a considerar para evaluar la respuesta de mi despacho a lo solicitado en la entrevista –la expedición de sentencia en el caso- , razón por lo cual además de hacerle presente esta falta de designación al Sr. Abogado determinó que a esa fecha no se tomara ninguna medida en relación al pedido verbal del abogado por lo que **a fecha 10.04.07 pese a atender la entrevista no pedí el expediente como el propio OCMA reconoce** (Considerando Décimo Sexto "se advierte que la causa judicial en cuestión fue entregada a la encausada a su solicitud, el 11 de abril del 2007"); **iii)** Que siendo así **sorprende** (¡??) la siguiente afirmación de OCMA "habiendo atendido al acotado letrado cuando aún no había sido nombrado en autos, y en cuya oportunidad aquél se enteró que la encausada pretendía resolver la litis" (Considerando Décimo Noveno), dado que en rigor no se advierte ningún medio probatorio directo ni siquiera ningún indicio para sostener dos hechos empíricos gratuitamente puestos como premisas para forzar la imputación, porque lo afirmado por el OCMA y resaltado en esa línea significa en rigor dos hechos: el que la suscrita a fecha 10.04.07 tuvo el firme propósito de resolver la causa y el hecho que ello era conocido por el abogado que acudió a la entrevista el 10.04.07 ¿Cómo llega a afirmar estos dos hechos que sólo en la mente del OCMA acaecieron? De modo muy fácil son simplemente puestos y asumidos dogmáticamente como premisa fáctica porque en la perspectiva diametralmente opuesta a presumir la inocencia, el OCMA presume mi culpabilidad y responsabilidad sin motivación alguna (ausencia de motivación) pero no es solamente ello sino que **se desconoce la relevancia del hecho inequívoco que la misma OCMA reconoce en el sentido que la suscrita sólo pidió el expediente el día 11.04.07, cuando el abogado CT ya había sido designado y hablado con la suscrita en segunda entrevista**; **iv)** Que la aludida desventaja o desigualdad entre las partes sostenida por el OCMA consistente en que de un lado la parte demandante a fecha 10.04.07 sabía que la suscrita tenía la pretensión de resolver, mientras que de otro lado la Sociedad minera Corona demandada desconocía que la suscrita tenía tal pretensión es una apreciación incorrecta por lo siguiente: iv.a) Resulta evidente que a la fecha 10.04.07 la suscrita no tuvo el propósito de resolver la causa judicial (conforme a lo descrito en numeral iii) precedente por consiguiente era imposible que a esa fecha la demandante conociera que la suscrita iba a resolver en sentencia por consiguiente no tenía más información que la ya conocida por la demandada Sociedad Minera Corona; iv.b) Que resulta errado sostener que el estado del proceso era que aún no estaba para sentenciar argumentando a que "lo conocido sobre el proceso en cuestión, era que se encontraba pendiente la remisión de las copias certificadas al proceso de amparo que se estaba tramitando en el 55° Juzgado Civil de Lima" de lo que pareciera inferir OCMA que

era inimaginable para la demandada Sociedad Minera Corona que durante los días de mi encargatura se decidiera la causa judicial, apreciación inexacta por cuanto **fue la propia demandada Sociedad Minera Corona quien por su escrito de fecha 22 de marzo del 2007 solicitó la expedición de la sentencia acompañando** copias certificadas del proceso de amparo correspondientes a la demanda, contestación, sentencia y apelaciones, a fin que no se dilate la expedición de la sentencia, por consiguiente ¿cómo puede sorprenderse la demandada Sociedad Minera Corona con la expedición de la Sentencia cuando ella misma lo solicitó entendiendo que era claramente innecesario esperar las copias certificadas que emitiría el 55° Juzgado civil de Lima?; iv.b) Téngase presente el **particular contexto dentro del cual mi decisión de expedir sentencia debe ser comprendida:** Llego como Jueza encargada a un Juzgado, donde un abogado en entrevista me informa de una causa que se encuentra expedita para ser sentenciada desde hacía seis meses, va el primer día sin acreditar su designación no tomo ninguna medida en particular, va el segundo día acreditando su designación como abogado, leo el expediente y **advierto concurrentemente que la otra parte que ciertamente no había ido a entrevistarse conmigo había empero presentado dos semanas y media antes un escrito en el que pedía, que el Segundo Juzgado expida sentencia, y ello aun conociendo del mandato de remisión de copias certificadas al 55 Juzgado Civil sobre proceso de amparo** como pendiente, en el entendido que ello era claramente innecesario ante el hecho que con el mencionado escrito adjuntara copia de varios actuados del mencionado proceso; entonces mi decisión de sentenciar en tal contexto no puede entenderse como arbitraria o irracional por cuanto entendí que **ambas partes reprochaban al Poder Judicial retardo** en la tramitación del proceso y exigían la definición pronta del conflicto, por consiguiente tanto objetivamente por la propia actuación procesal como subjetivamente por el ánimo de ambas partes consideré oportuno emitir sentencia; iv.c) Que asimismo debe tenerse presente que la parte demandada Sociedad Minera Corona al solicitar en su escrito de fecha 22.03.07 la emisión de la sentencia, estimó que el informe oral realizado por ella hacía más de cinco meses, pese al tiempo transcurrido, habilitaba al Juzgado la expedición de la sentencia. Es decir aun cuando la condición natural de la memoria de un ser humano, en el caso la Juez titular, determine el olvido de la argumentación fáctica jurídica elaborada en discursos recogidas por la impresión auditiva visual de una experiencia, en el caso informe oral, acaecida hacía más de cinco meses, la Sociedad Minera Corona demandada y quejosa, consideró que lo relevante en el proceso no era la formalidad del informe oral sino que ante el manifiesto retardo, lo relevante era privilegiar el valor celeridad, razonamiento ponderativo tácito que se desprende de la solicitud del propio escrito de fecha 22.03.07 y que nosotros compartimos

al decidir emitir la sentencia; la interpretación contraria asumida tácitamente ahora por el OCMA lleva paquidérmicamente a sostener la necesidad de citar a nueva fecha para informe oral, conclusión que seguramente hubiera sido objeto de reproche por ambas partes y quizás también, en tal escenario de reproche por la misma OCMA; iv.d) Que siendo así, no puede sostenerse como una diferencia relevante el hecho que la Jueza titular, que había escuchado el informe oral, emita sentencia mientras que la magistrado suscrita que no había escuchado el informe oral emita sentencia; por cuanto dado el tiempo transcurrido en la escucha del informe oral lo escuchado por la Magistrado titular de acuerdo a las reglas de la experiencia y sana critica no se albergaría en su memoria, entonces la posición de la Magistrado titular con la suscrita era en lo sustancial la misma y si se concluye que no era necesario la convocatoria a un nuevo informe oral para el caso de la Magistrado titular –como concluyó la sociedad minera Corona en su escrito de fecha 22.03.07- lógicamente también debe concluirse que no era necesaria la convocatoria a un nuevo informe oral en el caso de la suscrita; por consiguiente el discurso argumentativo de la Sociedad Minera Corona es contradictorio y es contradictorio también el argumento del OCMA; iv.d) Que siendo así no debiera entenderse que la quejosa haya quedado sorprendida con la expedición de la Sentencia, por cuanto **sabía que después de su escrito presentado el 22.03.07, conforme a lo querido, solicitado y esperado por ella en cualquier momento la sentencia podía ser expedida**, siendo por consiguiente inexacto que "lo conocido sobre el proceso en cuestión, era que se encontraba pendiente la remisión de las copias certificadas al proceso de amparo que se estaba tramitando en el 55° Juzgado Civil de Lima"; **v)**El objeto de las entrevistas no es el mismo que el de un informe oral donde las partes alegan lo que a su derecho corresponde a efectos de persuadir al juzgador resuelva el tema controvertido conforme a sus intereses; sino que el objeto de las entrevistas es ciertamente más limitado, se restringe a advertir temas de carácter procesal, problemas de retardo o urgencia, errores en el despacho que eventualmente puedan ocurrir y que puedan ser subsanados, su finalidad es así de colaboración del abogado y no el ejercicio del derecho de defensa en relación al tema que es objeto del proceso, sino fuera así la institución de la citación a informe oral no tendría ningún sentido por cuanto lo mismo se alcanzaría con la entrevista; **vi)** Es en ese sentido que en el caso concreto ciertamente el Abogado de la parte demandante, Compañía Minera Casapalca, se acercó a mi Despacho ejerciendo su derecho –y no privilegio porque las puertas de mi Despacho estaban abiertas para cualquier justiciable y obviamente también para la demandada Sociedad Minera Corona[410] -

410 Conforme incluso lo reconoce el propio OCMA en el Considerando Décimo Noveno de la mencionada resolución en la que dice textualmente, aunque visiblemente le cueste decirlo en su argumentación inquisidora y prejuiciosa que ***"no se aprecia de estos actuados que la encausada no haya permitido a la parte accionada o su abogada entrevistarse con su persona".***

no para desnaturalizar el objeto de la entrevista convirtiéndolo en un informe oral como asume la imputación del OCMA sino simplemente **para acusar el retardo** en la expedición de la sentencia en el caso concreto en el que pese a estar expedito para ser sentenciado desde el 11 de Octubre del año 2006 a la fecha de mi encargatura aún no había sido sentenciado; **vii)** La imputación del OCMA asume que la entrevista sirvió para que la Compañía minera Casapalca expusiera el tema de fondo, hecho no acaecido por cuanto ello no fue un informe oral, en consecuencia no es que una parte tuvo la oportunidad de exponer lo que a su derecho corresponde, sin darle la misma oportunidad a la parte contraria, sino que una de las partes acusó verbalmente a mi persona el retardo en el proceso solicitando también verbalmente que mi despacho resolviera el tema de fondo, mientras que la otra sin que tampoco expusiera el tema de fondo frente a mi persona, ciertamente tuvo la oportunidad para pedirme que pese al retardo constatado y **pese a que ella misma solicitara por su escrito de fecha 22 de marzo del 2007 la expedición de la sentencia**, la suscrita no emitiera sentencia, cosa que no hizo; por consiguiente como Magistrada encargada, la suscrita dio trato igual a ambas partes*"*.

20.6 La Imputación consistente en haber inobservado el Principio de Imparcialidad

La imputación de inobservancia al Principio de Imparcialidad se sustenta en el hecho inferido consistente en que la Magistrada investigada tuvo como objetivo expedir de todas formas, vulnerando las reglas del debido proceso, sentencia favorable a la parte demandante; lo que habría contravenido el artículo 201° inciso 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El CNM asume como un hecho, que la sentencia fue redactada a fecha 18 y 19 de abril, fecha en la que la investigada no se encontraba encargada del Despacho, contrariamente a lo que se indica en la fecha de la resolución de la Sentencia (12.04.07) y a lo mencionado por su defensa (26.04.07), que la redacción de la mencionada Sentencia se concluyó el 13.04.07. Al respecto debe tenerse presente que las razones por las cuales la Magistrada investigada sostuvo la controversialidad de los hechos imputados no fueron detallados en la resolución del CNM. Repetimos a continuación parte de la argumentación de la magistrada investigada:

"La conclusión fáctica consistente en que la Sentencia fue redactada el 18 y 19 de Abril no se desprende de una valoración conjunta y debida de los medios probatorios por lo siguiente: **i)** Debe tenerse presente que el OCMA omite presentar prueba directa alguna en

relación a la creación del archivo por cuanto el archivo "SENTENCIA ii" ubicado en el registro informático denominado "propiedades" donde se establece que fue creado el 18 de abril del 2007, no es un archivo que corresponda exactamente a la redacción final de la integridad de la sentencia como se puede apreciar de un cotejo simple entre la lectura de la sentencia con la impresión del archivo descrito, advirtiéndose visiblemente diferencia en el número de resolución y la falta de nombre de especialista); **ii)** El OCMA así basa su conclusión como consecuencia de indicios y ello debe quedar claro porque el razonamiento indiciario exige conforme a la doctrina y a las reglas de la sana crítica pluralidad y uniformidad de hechos inequívocos indiciarios que permitan inferir inequívocamente el hecho indicado para ser aceptado, situación que como analizaremos no se cumplen en el presente caso; **iii)** Que debe tenerse presente que la suscrita reiteradamente (véase escrito de descargo de fojas 559) y desde la primera oportunidad, esto es a fecha 26.04.07 en el que se me tomó la indagatoria ha sostenido la existencia de otro archivo de fecha anterior creado el 12.04.07 denominado "PONENCIA" concluido el 13.04.07 que contiene la sentencia tal cual fue expedida, la cual sin embargo pese a habérseme puesto a la vista en la diligencia del 26.04.07 finalmente no fue incorporada ni aparece en el expediente; **iv)** Que asimismo debe apreciarse que el hecho que nosotros hayamos señalado desde el 26.04.07 la existencia de otro archivo denominado "PONENCIA" creado el 12.04.07 es concurrente con el hecho que el archivo denominado "Sentencia **ii**" no sea coincidente con la redacción final de la Sentencia y con el hecho significativo y revelador de su propio nombre que al recoger un numeral "Sentencia **ii**" **revela secuencia de posterioridad a un archivo antecedente "i"** que reiteramos es el archivo "PONENCIA"; **v)** Que asimismo debe tener presente que conforme lo ha reconocido el propio OCMA en el considerando vigésimo segundo "se dispuso a fojas 836-837, una nueva auditoría, pero en esta oportunidad, en el disco duro de ese equipo de cómputo, ello al fin que se verifiquen los archivos borrados del mismo, siendo que el mencionado supervisor, en el documento de fojas 889 y 890, informa que el archivo de la resolución del 12 de abril del 2007 (correspondiente al expediente N° 1077-2002) "fue eliminado"; el cual –indica-, al recuperarse adquiere otro nombre ("FIL 614") que no es el originariamente asignado" hecho acreditado que es concurrente a lo manifestado por la suscrita en el sentido que se creó un archivo el 12.04.07 en el disco duro tal como lo señalé y si bien la auditoría indica que el nombre originario no se puede conocer, precisa también que ello se debe a una modificación de nombre posterior y su ulterior eliminación; **vi)** Que siendo así el razonamiento del OCMA contenido en la parte final del Considerando Vigésimo Segundo consistente en que

"no encontrándose dentro de los demás archivos recuperados, otro que tuviera o guardara relación con la aludida resolución; consecuentemente, lo argumentado por la doctora Agüero Alberco, tanto en su descargo de fojas 506 y 507 de su escrito presentado con fecha 9 de mayo del 2007, en el sentido que la citada sentencia fue elaborada el 12 de abril y concluida el 13 de dicho mes, así como que la misma se encuentra en el disco duro signada como PONENCIA, y que el archivo Sentencia ii es sólo una copia del anterior archivo, no resulta coherente con los hechos probados" resulta inaceptable por cuanto **invierte la carga de la prueba soslayando que es la administración quien debe acreditar la imputación y es ella quien razona a partir de indicios insuficientes** incoherentes con los indicios descritos que lo desvirtúa al revelarlos como indicios no uniformes ni concurrentes incapaz de generar convicción, por cuanto **no tratándose de una prueba directa el archivo "Sentencia ii", no coincidiendo con la integridad de la redacción de la Sentencia, denominándose el archivo "ii" lo que alude a un número "i", existiendo declaración temprana a los hechos y reiterada por la suscrita en el sentido que existe un archivo de fecha 12.04.07 que sí coincide en su integridad con la sentencia, acreditándose en la auditoría que en el disco duro existió un archivo coincidentemente de fecha 12.04.07 cuyo nombre fue modificado y el archivo eliminado, es totalmente verosímil que el archivo borrado creado el 12.04.07, y cuyo nombre originario fue modificado haya sido el archivo "PONENCIA"** que contenía la sentencia tal y como lo he señalado reiteradamente; **vii)** Asimismo debe tenerse presente que no se ha indagado más a fondo sobre la identificación del archivo borrado preguntas que en rigor no debería corresponder a la defensa sino al OCMA quien tiene la carga de la prueba como el número de bytes del archivo borrado si tiene similitud con el número de bytes de la sentencia, la fecha de la modificación de nombre y la fecha de la eliminación del archivo que permitiría indagar si la suscrita tuvo posibilidad física de eliminación del archivo, y además un razonamiento elemental de la sana crítica que lleva a formularse la siguiente pregunta ¿quién modificó y eliminó el archivo creado el 12.04.07? en el razonamiento del OCMA no se hacen estas preguntas y se presume sin más que el archivo creado el 12.04.07 no tuvo nada que ver con la Sentencia del caso, pese a que esta tiene fecha 12.04.07 es decir es además concurrentemente coincidente en la fecha de la sentencia; **viii)** Que finalmente en relación a que la quejada ha reconocido que con fecha 18 de abril del 2007 inició la redacción de la referida sentencia, culminándola el 19 de abril del mismo año, debe tenerse presente que se trata de un solitario error material en el escrito de defensa de fecha 02.05.07, en momentos en que la suscrita estaba siendo sometida a una fuerte campaña mediática

y que por ello no puede ser considerado como relevante cuando todas mis otras declaraciones, incluso las más tempranas (donde las reglas de la experiencia enseñan en que el discurso es el más espontáneo) y las posteriores uniformemente se reafirman en que la redacción de la sentencia en la computadora se inició el 12.04.07 y se concluyó el 13.04.07. Adicionalmente debe tenerse presente al respecto mi estado de ánimo afectado al sentir indignación, e impotencia[411], al ver la publicidad del periódico "La Primera" en mi contra, la apertura de un procedimiento disciplinario que hasta ahora ponen en duda mi honra cuando todos los años de mi vida y ejercicio profesional han sido dedicados lealmente al Poder Judicial, haber recibido el premio a la puntualidad, sacrificando en parte incluso hasta la vida personal. Por lo demás el calificado por el OCMA reconocimiento, debe también ser sometido a valoración conjunta de los medios probatorios, lo que nos lleva a tener presente los indicios plurales y concurrentes mencionados precedentemente que apuntan a sostener que efectivamente la redacción de la sentencia en la computadora se inició el 12.04.07 en un contexto donde rige el principio de presunción de inocencia o "licitud", más aún cuando existen otras declaraciones de la suscrita en el sentido que la redacción de la misma sentencia fue comenzada el 12 de abril, culminándola el 13 de abril (folio 559), cabría preguntarse ¿Por qué el OCMA da por cierta la declaración de folios 478, más no la declaración de folios 559? Apreciándose al respecto que de los fundamentos de la propuesta **del OCMA no existe motivación particular alguna".**

Se debe tener presente que además de sostener la controversialidad de la fecha de la redacción de la sentencia, la Magistrada investigada se puso en el supuesto de asumir como cierto que la redacción de la sentencia en referencia se iniciara de manera informática el 18 de abril del 2007, señalando al respecto que *ello no significa que la decisión judicial tenga esa fecha, por cuanto la fecha de la sentencia se determina por la configuración de la convicción del sentido de la sentencia en el fuero interno del magistrado*, argumento no desvirtuado por el CNM, y cuyo discurso argumentativo reproducimos a continuación:

"**i)** La expedición de la sentencia es un proceso que se configura como tal al momento de la convicción del sentido de la resolución en el fuero interno del Magistrado y concluye con la exteriorización de dicha convicción en la resolución correspondiente, la cual integra además de la parte resolutiva de la decisión la parte expositiva y considerativa de la misma. La fecha de la sentencia no es la fecha en que se concluye la redacción de la sentencia y es suscrita por el Magistrado sino es

411 No es para menos, es un hecho público por ejemplo que el Dr. Garzón, (Juez español) al momento de salir de la Audiencia Nacional lloró al ser provisionalmente suspendido.

la fecha de la configuración de la decisión conforme se desprende de nuestro sistema normativo, las normas del derecho comparado y la práctica judicial. En tal sentido, la fecha de inicio de la redacción de la sentencia en la computadora no es siempre –y precisaría en un significativo número de veces no es- la fecha de la decisión; **ii)** En el presente caso el hecho inequívoco admitido por la propia quejosa que el expediente materia de investigación se quedó en el Despacho de la jueza suscrita posterior al término de su encargatura, revela que el comportamiento de la magistrado suscrita a tal fecha significaba que a esa fecha ya se había tomado el sentido de la decisión, es decir la sentencia ya se había configurado; y eso aún en la hipótesis negada por nosotros consistente en que todavía no se habría iniciado la redacción de la misma en la computadora; ya que es obvio que si no fuera así a esa fecha se hubiera devuelto el expediente a la Jueza titular del Segundo Juzgado, lo cual además está corroborado con la fecha apreciada en la resolución; **iii)** Que, debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 154 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el trámite de los procesos en juzgado "las sentencias se expiden dentro de los treinta días de quedar expedita la causa" y, conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil (CPC), mediante ellas, el juez se pronuncia en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, teniéndose presente que si bien la sentencia consiste en un pronunciamiento motivado ello no significa inexorablemente que deba ser redactado inmediatamente; por cuanto nuestro mismo ordenamiento prevé que la redacción de la sentencia puede ocurrir de un plazo posterior aunque ciertamente razonable al momento del pronunciamiento, como se infiere del artículo 142 de la LOPJ cuando regula el supuesto de "emisión de votos" en la Corte Suprema y en las Salas Superiores estableciendo que "si resulta acuerdo, la resolución se firma el mismo día de la vista de la causa, salvo que quede al voto o se produzca discordia, de todo lo cual da fe el Secretario"; **iv)** Que debe tenerse presente asimismo que la falta de coincidencia entre la fecha de la redacción de la resolución y la fecha del sentido de la decisión es una práctica judicial común que se aprecia en la costumbre judicial de las salas superiores de firmar el sentido del voto en el lomo de la última hoja del expediente, la cual siendo la fecha del voto ciertamente no coincide con el término de la redacción de la sentencia, la cual está sujeta a correcciones en su fundamentación, así como en su ortografía, una posición coherente institucional de los Órganos de control conllevaría necesariamente de asumirse tal criterio, a iniciar procedimientos de investigación de oficio a casi sino a todos los magistrados del Poder Judicial, lo cual es ciertamente absurdo; **v)** Que asimismo tal práctica resulta visible si se observa publicaciones en

el diario oficial de jurisprudencias firmadas por colegiados precedentes no vigentes con la antigüedad de un año e incluso más, advirtiéndose ello tanto en resoluciones de la Corte Suprema o del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial e incluso del propio Tribunal Constitucional; **vi)** Que cabe señalar que, en el derecho comparado también se observa que claramente se distingue entre el momento del sentido de la decisión y el momento de la redacción íntegra final de la resolución tal como se puede apreciar en el caso del Juez español suspendido Garzón donde se aprecia que le notificaron primero con la parte resolutiva de la decisión de la suspensión y luego con la parte considerativa (Véase final de la entrevista que le hacen a la portavoz del Consejo de Gobierno del Poder Judicial de España http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm.); **vii)** Finalmente en el caso concreto debe tenerse presente que aún en el supuesto de la hipótesis negada la redacción de la sentencia sucedió dentro de un plazo razonable posterior a la configuración de la decisión, por lo que no hay infracción alguna".

20.7 Fundamentos en relación a la graduación de la sanción como destitución

Los argumentos que justifican la sanción de destitución se encuentran en los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la Resolución del CNM *"N°214-2010-PCNM , P.D. N°037-2008-CNM,*que volvemos a reproducir a continuación:

"Vigésimo.- Que, por los hechos expuestos se encuentra acreditada la responsabilidad de la magistrada procesada al haber inobservado el principio de imparcialidad con que debe actuar un magistrado en el ejercicio de sus funciones, trasgrediendo su deber establecido en el artículo 184º inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuya responsabilidad, aunada a las encontradas por los cargos anteriormente tratados, corresponde imponérsele la sanción disciplinaria de destitución de la gravedad de las faltas acreditadas;

Vigésimo Primero.- Que, constituye inconducta funcional el comportamiento indebido, activo u omisivo, que, sin ser delito, resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria; y, el desmerecimiento en el concepto público hace referencia a una imagen pública negativa que el juez proyecta hacia la sociedad, en vez de revalorar la percepción del cargo, afectando gravemente la imagen del Poder Judicial (…)".

La Resolución del CNM no hace una debida enunciación del tipo de

la sanción de destitución, sino se limita a señalar que se ha transgredido el artículo 184 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual alude al deber del Magistrado consistente en: "1.- Resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso;" pero no al tipo sancionatorio. Este se encuentra en el considerando vigésimo cuarto de la propuesta de destitución de la OCMA el cual realiza la subsunción de la actuación de la magistrada en lo establecido en el artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder judicial, *"al constituir hechos graves que comprometen la dignidad del cargo y lo desmerecen en el concepto público, pues (...) ha quedado demostrado sus intereses contrarios al cargo"*; agregando a todos los argumentos contenidos al abordar las cuatro imputaciones el hecho adicional "que la conducta desplegada por la encausada ha dañado la imagen del Poder Judicial frente al concepto público, tal como se advierte de las publicaciones periodísticas efectuadas por el diario "La Primera", corriente a fojas 485, copiada a fojas 531, 548 que algunas exponen "Corrupción – Otro escándalo remece al Poder Judicial – Jueza suplente Giuliana Agüero, reemplaza a titular cinco días y emite sentencia relámpago a favor de minera Casapalca en transacción millonaria", "Jueza en la mira – Jueza sustituta Giuliana Agüero, que favoreció a minera Casapalca en millonario proceso, es investigada por Ocma (…)", "Cayó la Jueza-(…) iniciará acción contra magistrado (….) Agüero quien reemplazó a Juez titular dio vergonzante sentencia a favor de compañía minera (…)".

Al respecto, debe tenerse presente los siguientes argumentos contenidos en el escrito de defensa de la magistrada investigada y que no tuvieron mayor contra argumentación en las Resoluciones del CNM:

*"**i)** Todos los argumentos descritos precedentemente al desvirtuar las cuatro imputaciones sostenidas por el OCMA creemos que son suficientes para absolverme de todos los cargos y en todo caso si ello no fuera suficiente permítame resaltar y ampliar en este desarrollo de mi escrito de defensa el argumento del criterio jurisdiccional por cuanto toda mi actuación en el caso concreto objeto de imputaciones fue producto de una interpretación de la función jurisdiccional como director del proceso en un proceso contencioso administrativo. Pueda que Ustedes Señores Consejeros no compartan mi interpretación de la prescindencia de la notificación previa del avocamiento y citación a informe oral en mi presencia para resolver en Sentencia, que dado que era Jueza encargada del Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, lo prudente era abstenerme de resolver el fondo del caso, en que la Juez titular había tenido más tiempo para resolver y no había resuelto, pero reitero las situaciones específicas del caso concreto (el pedido de resolver de la demandada Sociedad Minera*

Corona del 22.03.07 y de la otra parte, la demora de seis meses desde el informe oral para emitir sentencia, la ausencia de causales de recusación o de impedimento entre mi persona y el caso, etc.) a mi modo de ver hacían como ajustado a una percepción de justicia más cercana al justiciable, a una visión más instrumental del proceso, el emitir el pronunciamiento de fondo, ciertamente podrá opinarse en discrepancia de tal interpretación, criticársela de "activista" pero ¿no fue semejante el espíritu de esta actitud la misma que en su momento manifestaron los Magistrados que conocí y con quienes me formé en la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativa cuando emitieron el auto concentrado que renovó el proceso contencioso administrativo, anticipándose a una modificación legal?, ¿no obtuvieron ellos reconocimiento de la sociedad civil por apartarse de criterios formalistas inútiles y hacer más abreviado el proceso abreviado?, ¿dónde se encuentra ubicada la línea que separa el premio de la sanción y sanción de destitución cuando se trata de semejantes argumentos ponderativos y semejante espíritu? Definitivamente son preguntas cuya respuesta no pueden ser abordadas con la presunción de un mal espíritu en mi persona pues lo que no debe caber duda –que además si lo hubiera tendría que ser a mi favor por presunción de inocencia o licitud- que habiéndome familiarizado con la ley del proceso contencioso administrativo con los magistrados que renovaron el proceso contencioso administrativo, prescindiendo de formalismos inútiles, mi actitud ha sido de emulación en actitud intencionalmente coincidente; ***ii)*** *En tal sentido en el supuesto que Ustedes Señores Consejeros piensen de modo distinto a la suscrita, debe quedar claro que la actuación de un Magistrado en un proceso concreto consecuencia de una interpretación que prescinda de un formalismo legal, no puede significar por ello una infracción y menos que merezca la sanción de destitución dado que tal visión no es compatible con un Estado Constitucional donde rige el Principio de Pluralismo, y donde el ius puniendi además se rige constitucionalmente bajo el Principio de Razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad*[412]*;* ***iii)*** *Que asimismo debe tenerse presente que concluir que casos como el presente merezcan la sanción de destitución, configuraría un precedente que daría seguridad al Magistrado que siguiera una interpretación literal de la ley conforme a un análisis subsuntivo del ordenamiento, en desmedro*

412 De acuerdo a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional está implícitamente reconocido en los artículos 3° y 43° de la Constitución significa que ningún poder se ejerce arbitraria ni injustamente (Véase al respecto Exp. N.° 0090-2004-AA/TC. FJ 12, como Exp. N.° 00728-2008-PHC/TC Lima Giuliana Flor De Maria Llamoja Hilares, y Exp. N.° 0090-2004-AA/TC LIMA Juan Carlos Callegari Herazo). Siendo así, también debe tenerse presente el artículo 212° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, según el cual *"no da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos"*, así como el actual artículo 44° de la Ley de Carrera Judicial, según el cual *"No da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos"*

de toda interpretación ponderativa y de primacía de valores constitucionales, lo que inexorablemente conllevaría a incentivar la "mediocridad" en la función jurisdiccional, penosa orientación de los órganos de control que además atenta con el deber de independencia e imparcialidad, que es el único que justifica la función del órgano de control, porque siendo nuestra posición para el caso concreto una posición razonada y razonable, que por los motivos expuestos no puede ser calificada de "antojadiza", o movida por inclinaciones ajenas a la función, queda claro que nuestra posición asumida en el caso obedeció a nuestro criterio de comprensión de los principios y valores vigentes en nuestro ordenamiento jurídico ¿Cómo entonces puede concluirse que un Magistrado siguiendo su propio criterio y actuando de manera oportuna puede ser sancionado y con destitución? A partir de decisiones como la propuesta por el OCMA, todo Magistrado tendrá la inclinación de fallar en casos concretos en contra de su criterio de lo justo, pues para asegurar la permanencia en el cargo tenderá a resolver no en función de lo que crea que es justo y oportuno conforme al ordenamiento vigente (entendiendo por esto la primacía de la Constitución, la Ley, y otras disposiciones) sino en función de la interpretación más segura en términos de eventuales procedimientos disciplinarios, los cuales nos remitirá siempre a la interpretación literal de la ley lo que equivaldrá a un retroceso inexorable al Estado Legislativo, se consolidaría así el ideal decimonónico francés de desconfianza a los jueces y primacía del Legislativo, transportada al Juez peruano incapaz de llevar a cabo la reforma del Poder Judicial y consolidar un Estado Constitucional en palabras de Gorki Gonzáles: "La frágil conformación de las garantías para el ejercicio profesional del magistrado a través del sistema de carrera judicial es una expresión de lo dicho -se refiere a la tradición autoritaria del siglo XX, con matices intensos en la década del noventa, que están presentes aún en la cultura política del país-. Se trata de un problema que viene del pasado republicano y que ha persistido más allá de las formas."[413]*; **iv)** Finalmente en relación a las publicaciones periodísticas reseñadas por el OCMA en su resolución de propuesta de destitución debo hacer las siguientes observaciones: i) Todas ellas corresponden al diario La Primera, es decir un solo diario, que para el caso concreto tuvo una visión de parte, subjetiva y que llevando a titulares el tema manifestó un interés parcializado en la divulgación de noticia en contra de mi honra y en desprestigio del Poder Judicial, los motivos de ello no lo sabemos y es muy probable que se hayan tratado de notas a costo de la parte interesada en un sentido favorable a los intereses de Sociedad Minera Corona que no encontró mayor argumento para hacer valer en el proceso que presionar al Colegiado que tenía que ver el caso en apelación con una campaña de desprestigio contra la jueza que con argumentos de fondo y procesales ya señalados no les*

413 Gonzáles, 2009: p. 582.

dio la razón, si la Jueza era abstenida como en efecto sucedió ¿se atrevería el Colegiado que conocería en Sala a emitir una resolución de fondo en su contra?; ii) Todas las notas periodísticas publicadas por este Diario manifestaron un discurso de parte, estratégico que omite la referencia en el caso a todos los hechos particulares que hemos hecho referencia precedente y largamente en este escrito, y cesaron cuando se produjo mi suspensión provisional como consecuencia de la medida de abstención, ***no hay así nexo causal entre mi conducta y el desprestigio del Poder Judicial,*** *porque* ***no fue mi conducta la divulgada en los medios periodísticos, sino una conducta imaginada por el periodista,*** *alterada, caricaturizada; iii) Que siendo así debe tenerse presente que* ***la afectación a la dignidad del cargo*** *procedida por la publicación de estas descripciones no pueden ser imputadas a la suscrita sino* ***obedecen al autor de las citadas notas periodísticas, por cuanto la nota divulgada no coincide con la situación real fáctica acaecida en el caso concreto****, así la noticia divulgada como "Jueza suplente Giuliana Agüero, reemplaza a titular cinco días y emite sentencia relámpago a favor de minera Casapalca en transacción millonaria", omite informar el pedido que a fecha 22.03.07 hiciera la propia empresa minera quejosa Sociedad Minera Corona, que el informe oral se había producido seis meses antes, cuando el plazo establecido por ley era de apenas quince días ¿entonces de qué relámpago estamos hablando?, en todo caso el deber del periodista era informar estos hechos también relevantes y* ***si así hubiera sido si efectivamente mi conducta y no la conducta imaginada por el periodista hubiera sido la divulgada por el periodismo no se hubiera producido la calificada afectación a la dignidad del cargo y su desmerecimiento en el concepto público; lo mismo puede decirse de todas las otras notas como aquella que dice:*** *"Jueza en la mira –Jueza sustituta Giuliana Agüero, que favoreció a minera Casapalca en millonario proceso, es investigada por Ocma (...)", olvida tener presente la argumentación jurídica en el tema de fondo y dar como un hecho mi parcialidad a favor de una empresa minera, cuando olvida lo ya descrito, además que el referir al carácter millonario de la transacción deja entrever un mensaje subliminal soterrado y olvida tener presente que cualquiera que hubiera sido el fallo siempre podía ser apreciado como favorable a una empresa minera porque era el litigio entre dos empresas mineras el tema en discusión; situación semejante que se presenta en todas las otras notas periodísticas que tienen similar orientación*".

21. Caso 7. Medida Cautelar de Ascenso a General de la Policía Nacional del Perú en Proceso Contencioso Administrativo Alicia Salinas

21.1. Resoluciones Disciplinarias del Consejo Nacional de la Magistratura

a) ***"Expediente 46466-71-2006". N°245 - 2010-PCNM. P.D N°041-2009-CNM.***

San Isidro, 5 de julio de 2010

Visto; *El Proceso Disciplinario N° 041-2009-CNM seguido a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima y el pedido de destitución formulado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República; y,*

Considerando:

Primero*.- Que, por Resolución N° 131-2009-PCNM el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima;*

Segundo*.- Que, se imputa a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere los siguientes cargos:*

A) Haber vulnerado el principio de legalidad, puesto que ha concedido lo peticionado por los accionantes en los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801- JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007- 9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801- JR-CI-09 generando ascensos provisionales, no obstante que para este tipo de procedimientos sólo se prevee ascensos definitivos, conforme a lo dispuesto por Decreto Legislativo N° 745 y las Leyes números 28757 y 28857, infringiendo el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B) Haber incurrido en irregularidades en la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007- 2848-0-1801-JR-CI-09 y 2007-6495-26-1801-JR-CI-09, puesto que concedió lo solicitado por los actores disponiendo sus ascensos provisionales a través de medidas innovativas, no obstante que las solicitudes de estos contenían pedidos de medidas temporales sobre el fondo, sin expresar

las razones que justificaban el dictado de esa medida, menos las razones por las cuales adecuó los pedidos de los actores a tal modalidad cautelar, afectando el principio de motivación regulado en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

C) No haber motivado, en las medidas cautelares derivadas de los expedientes números 2007-9916-40-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-CI-09, las razones que ameritarían la concesión de las mismas, vulnerando el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

D) Haber desconocido las atribuciones inherentes al Presidente de la República previstas en el artículo 172 de la Constitución Política del Perú, respecto a los ascensos a General en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, puesto que ordenó a los demandados proceder con el ascenso provisional del demandante al grado de General de la Policía Nacional del Perú.

E) Haber vulnerado el principio de congruencia en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-18 01-JR-CI-09, por cuanto en el quinto considerando de la resolución de 14 de marzo de 2008, pese a establecer que el ascenso a General es una prerrogativa del Presidente de la República, ordena al Ministro del Interior y al Director de la Policía Nacional del Perú que concedan el ascenso, conducta que importaría además abuso de sus facultades previsto en el artículo 201 inciso 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial al pretender que el Ministro del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, ejerzan las prerrogativas del Presidente de la República.

F) Haber vulnerado el principio de suplencia de oficio en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-464 66-0-1801-JR-CI-09 por cuanto no obstante identificar que el pedido formulado por el Procurador Público no correspondía a una variación de medida cautelar sino a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar por no cumplir con el presupuesto del artículo 617 del Código Procesal Civil, no cumpliendo con su deber de complementar o suplir de oficio las deficiencias advertidas en el escrito presentado.

G) Haber vulnerado en el trámite de la medida cautelar derivada del expediente N°2007-2848-0-1801-JR-CI-09, lo prescrito por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 090-2004-A A/TC, con presunta infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional al conceder lo peticionado por el demandante y ordenar al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceder a reincorporar provisionalmente a la situación de actividad al accionante

quien había pasado a la situación de retiro.

H) Haber concedido en la medida cautelar derivada del expediente N° 2007- 2848-0-1801-JR-CI-09 un doble ascenso por el solo transcurso del tiempo, vulnerando no solo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del grado inmediato superior en un mismo acto.

I) En las conductas funcionales descritas anteriormente producidas con ocasión de la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR- CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007- 9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801- JR-CI-09, se aprecia una violación sistemática por parte de la doctora Salinas Larriviere de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, transgrediendo los principios de independencia-imparcialidad inherentes a los magistrados de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.

***Tercero**.- Que, por escrito de 10 de julio de 2009, la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere presenta su descargo alegando que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial - CEPJ por resolución de 19 de enero de 2009 revocó la resolución emitida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial - OCMA mediante la cual se le abstuvo del cargo por considerar que "…De presentarse en una de las partes disconformidad con la decisión judicial, existen los recursos previstos por ley, a los cuales se puede recurrir para la revisión de la misma…", por lo que considera que los cargos imputados no constituyen más que planteamientos de carácter jurídico propios de un Tribunal de Alzada, de un recurso de apelación;*

***Cuarto**.- Que, la procesada respecto al primer, segundo, tercer y sexto cargo imputados señala que el CEPJ en cuanto a la resolución cautelar por la cual ascendió al grado de General a Santivañez Marín, manifestó que "…Se advierte que esta se encuentra supuestamente motivada, pues aparece que ha expresado los fundamentos de hecho y de derecho que orientaron su decisión; y que si bien es facultad del Presidente de la República ascender al grado de General; dicha potestad no es absoluta, pues el artículo ciento setenta y dos de la Constitución Política incluye como premisa que los ascensos deben ser conferidos de conformidad con la ley; además, los ascensos a General se efectúan a propuesta, del Ministro del Interior; abundando, existen resoluciones judiciales, incluso de*

la Corte Suprema de Justicia de la República en las que se han revisado judicialmente en anteriores oportunidades, el nombramiento de Generales…";

***Quinto**.- Que, en lo que respecta al cuarto, quinto y sexto cargo imputados la procesada señala que sus resoluciones se han emitido de acuerdo a ley;*

***Sexto**.- Que, asimismo, la doctora Salinas Larriviere en cuanto al sétimo cargo imputado manifiesta que el CEPJ en el considerando décimo tercero señala que la sentencia del Tribunal Constitucional no es vinculante y por tanto su resolución se ajusta a ley;*

***Séptimo**.- Que, en lo atinente al octavo cargo la magistrada alega que el CEPJ en el décimo cuarto considerando de la mencionada resolución señala expresamente que "… He cumplido con verificar que se cumplan con los presupuestos procesales para conceder la solicitud cautelar, expresando los fundamentos de hecho y de derecho por los que concede la medida cautelar, de conformidad con el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, referido al deber de motivar expresamente las resoluciones judiciales; habiendo obrado la Juez Salinas Larriviere dentro de las facultades jurisdiccionales que le franquea la Constitución Política y el texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial…" ;*

***Octavo**.- Que, la procesada en cuanto al noveno cargo manifiesta que tal imputación no pasa de ser una mera afirmación sin contenido, no explicándose en qué consiste esa "violación sistemática" ni cómo es que se materializa;*

***Noveno**.- Que, finalmente la magistrada aduce que no existe motivo válido alguno para que se le destituya y lo que se destaca nítidamente en el análisis de su caso es que ha sido víctima de una intervención política y de la claudicación de la OCMA frente a la influencia política y en su deber de hacer justicia;*

***Décimo**.- Que, el 8 de enero de 2010, la doctora Salinas Larriviere presenta un escrito en el que señala que en la página 410505 del cuadernillo de "Normas Legales" (edición del día 7 de enero del 2010) que publica el diario "El Peruano" se ha publicado la Resolución Suprema N° 0 01-2010-IN (Reincorporan a oficial de la Policía Nacional del Perú a la situación de actividad, en cumplimiento de mandato judicial-medida cautelar), no instaurándose procedimiento disciplinario alguno contra los magistrados que dictaron dicha medida cautelar, ni por su parte el Ministerio del Interior ni el de Justicia han reclamado por tal medida cautelar;*

***Décimo Primero**.- Que, la magistrada afirma que este hecho es importante porque precisamente uno de los cargos que se le imputa es que de acuerdo a ley no procederían las medidas cautelares que disponen el ascenso provisional en el caso de los miembros de las fuerzas policiales, porque la ley sólo contempla ascensos definitivos, interpretación que a decir de la procesada no constituye más que un ejercicio de mala fe o, en todo caso un profundo e inexcusable desconocimiento del derecho;*

***Décimo Segundo**.- Que, asimismo la procesada alega que el proceso no tiene razón de ser, habiéndose iniciado única y exclusivamente por presión del poder político, puesto que no obstante que la Jefa de la OCMA había declarado por Resolución N° 01, de 2 de abril de 2008, improcedente la queja en su contra por considerar que las afirmaciones inciden en hechos evidentemente jurisdiccionales y que el Procurador apela dicha resolución, desistiéndose posteriormente de dicho recurso y que la OCMA ese mismo día lo tiene por desistido ante la solicitud de nulidad del Procurador de la resolución que declaraba la improcedencia de su queja, la OCMA al día siguiente declara la nulidad de la misma y dispone que se le abra investigación preliminar, cuando a decir de la procesada lo que hubiera correspondido en dicho caso al haberse desistido de su apelación era declarar firme la resolución de improcedencia;*

***Décimo Tercero**.- Que, el 25 de enero de 2010, la doctora Salinas Larriviere presenta un escrito en el que respecto al cuarto cargo señala que no ha desconocido la exclusividad del Presidente de la República en materia de los ascensos a Generales, sino que al advertir vicios en el proceso de ascenso procedió a emitir la resolución cuestionada; agregando que, sostener que lo previsto en el artículo 172 de la Constitución importa que el acto administrativo por el cual el Presidente de la República confiere ascensos no puede ser cuestionado en sede judicial responde a una interpretación limitada y parcializada del citado artículo, puesto que el Presidente de la República no otorga ascensos en base a su libre albedrío, sino que dicho acto administrativo debe darse en cumplimiento del Reglamento y demás dispositivos que regulan los ascensos de la Policía Nacional, por lo que si dicho acto se efectuara sin respetar la ley el afectado podría recurrir al Poder Judicial a efecto de impugnar el acto administrativo;*

***Décimo Cuarto**.- Que, asimismo, en la declaración prestada por la doctora Salinas Larriviere ante la Comisión de Procesos Disciplinarios a la pregunta formulada respecto al primer cargo imputado manifestó que " He concedido medidas cautelares peticionadas en los expedientes en mención luego de verificar que concurrieran los presupuestos para poder concederlos. Esto es, que los peticionantes señalaban que se había vul-*

nerado su derecho y pude comprobar que efectivamente en los procesos de ascensos se habían cometido una serie de irregularidades muy notorias, porque las personas que estaban inaptos por la propia institución o que no cumplían con los requisitos establecidos para el ascenso sí habían sido ascendidos y los peticionantes de las medidas cautelares, pese a cumplir con todo ello, entre los cuales estaban cursos de capacitación, años postulando, notas aprobatorias, no habían sido ascendidos, entonces al advertir las irregularidades en los procesos de ascenso, y teniendo la calidad de juez contencioso administrativa, en uso de mis facultades, emití las medidas cautelares al habérseles vulnerado los derechos que legítimamente les correspondían y todas mis resoluciones estuvieron debidamente fundamentadas con arreglo a ley. Los ascensos fueron provisionales porque se trataba de medidas cautelares que tienen esa naturaleza. Lo de señalar que los ascensos son definitivos y que por eso no se puede dictar medidas cautelares es incorrecto, es una interpretación simplemente de los Procuradores";

***Décimo Quinto**.- Que, en cuanto a la pregunta formulada respecto al sexto cargo manifestó que "Declaró improcedente porque los peticionantes no precisaron la medida por la cual se tendría que variar la dictada por mi despacho infringiendo el artículo 617 del Código Procesal Civil, cuestionando lo resuelto en el fondo, sin embargo el principio de suplencia de oficio se aplica cuando existen deficiencias procesales o de forma y no de fondo como he mencionado. Tal como lo señala el inciso 4 del artículo 2 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo vigente a esa fecha, por lo que no era posible obligarme a que asesore a la parte demandada diciéndole lo que tenía que hacer, porque con ello dejaba de ser imparcial" ;*

***Décimo Sexto**.- Que, asimismo respecto al octavo cargo señaló que " …Sí concedí doble ascenso fundamentada en resoluciones anteriores de la Corte Superior y Suprema, revisé los documentos que había presentado el solicitante, verifiqué que se habían lesionado derechos fundamentales como el de la aspiración al ascenso que es un derecho humano, y fundamenté en cada uno de los considerandos de la medida cautelar las razones por las cuales deberían ser ascendidos";*

***Décimo Sétimo**.- Que, respecto al primer cargo imputado, se analizara la concesión de medidas cautelares en los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801- JR-CI-10, 2007-9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007- 717-22-1801-JR-CI-09, y en el caso del expediente N° 2007-2848-0-1801-JR- CI-09 el mismo será analizado conjuntamente con el octavo cargo imputado;*

***Décimo Octavo**.- Que, en tal sentido, en el presente caso, el Consejo Nacional de la Magistratura, en cumplimiento de su labor contralora de la conducta funcional de los magistrados procederá a analizar si la doctora Salinas Larriviere al emitir las resoluciones judiciales recaídas en las citadas medidas cautelares ha vulnerado o no el ordenamiento jurídico, debiendo realizarse dicho análisis a partir de los propios fundamentos de las resoluciones cuestionadas, de modo tal que dicho análisis no implique una nueva apreciación o valoración de los hechos o medios probatorios, sino un análisis externo de las resoluciones a fin de determinar si estas son el resultado de un razonamiento lógico jurídico acorde con el ordenamiento jurídico o son fruto del decisionismo y arbitrariedad;*

***Décimo Noveno**.- Que, de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que la doctora Alicia Salinas Larriviere por resoluciones de fechas 19 de diciembre de 2007, 13, 14, 25 y 27 de marzo de 2008 concedió medidas cautelares en los expedientes números 2007-6495-26-1801-JR-CI-09, 2007- 07195-0-1801-JR-CI-10, 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-717-22-1801-JR- CI-09 y 2007-9916-40-1801-JR-CI-09;*

***Vigésimo**.- Que, del análisis de los fundamentos de las citadas resoluciones se aprecia que la doctora Salinas Larriviere concedió las medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto por los artículos 35 y 36 de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo concordante con el artículo 611 del Código Procesal Civil al considerar que en cada uno de los casos se daban los presupuestos para la concesión de las mismas, como son, la existencia de la verosimilitud o apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión;*

***Vigésimo Primero**.- Que, asimismo, la motivación empleada en dichas resoluciones es adecuada y congruente, correspondiendo la misma a un razonamiento lógico jurídico acorde con lo establecido en las leyes de la materia;*

***Vigésimo Segundo**.- Que, por otro lado, en cuanto al hecho si los ascensos pueden ser fiscalizados por los jueces o son materia no justiciable, cabe señalar que en el expediente obra la Resolución N° Tres, de 5 de junio de 2006, por el que la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo concedió la medida cautelar sobre el fondo al accionante César David Zubiate Domínguez y dispuso que la demandada Policía Nacional del Perú de cumplimiento a lo previsto en la Ley N° 233 24 y a la Resolución Directoral N° 2244-2005-DIRGEN/DIRREHUM, de fecha 5 de octubre de 2005, y se otorgue al demandante la bonificación del 10% en la nota final del cuadro de méritos para el Proceso de Ascenso de Oficiales PNP - Promoción 2006, disponiendo su ascenso del grado de Mayor PNP al grado de Comandante PNP, desde el*

primero de enero del dos mil seis, hasta la expedición de la sentencia en el proceso principal;

***Vigésimo Tercero**.- Que, en el mismo sentido, la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, por Resolución N° Dos, de fechas 28 y 29 de mayo de 2007, respectivamente, concedió medida temporal sobre el fondo a don William Higinio Cabello Toribio y a don Hugo Rodolfo Stucchi Cahuas y dispuso que la demandada en ambos casos, Policía Nacional del Perú, de cumplimiento a lo previsto en la Ley N° 23324 y se otorgue a los recurrentes la bonificación del 10% en la nota final del cuadro de méritos para el proceso de ascenso de oficiales PNP-Promoción 2007, disponiendo sus ascensos del grado de Comandante PNP al grado de Coronel PNP- sin afectar el derecho de los Coroneles ascendidos-Promoción 2007, desde el primero de enero de 2007, hasta la expedición de la sentencia en el proceso principal;*

***Vigésimo Cuarto.-** Que, en ese sentido, es menester dejar claramente establecido que los ascensos, son actos reglados, puesto que los mismos deben cumplir con ciertas exigencias básicas establecidas en leyes especiales, de tal manera que cuando se presente una situación de arbitrariedad en los mismos, el Poder Judicial tiene competencia para reparar el daño efectuado, por lo que teniendo en cuenta lo expuesto en los considerandos precedentes, las irregularidades en los ascensos pueden ser controlados por el Poder Judicial, por lo que en el presente caso, lo que se deberá tener en cuenta es si dichas medidas cautelares han sido dictadas de conformidad con el ordenamiento jurídico a través de un razonamiento lógico y coherente, por lo que al encontrarse las citadas medidas cautelares debidamente motivadas, a la magistrada Alicia Salinas Larriviere se le debe de absolver del cargo imputado;*

***Vigésimo Quinto**.- Que, en cuanto al segundo cargo imputado, tal como se señaló en el décimo sétimo considerando se analizara la concesión de las medidas cautelares en los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10 y 2007-6495-26- 1801-JR-CI-09, y en el caso del expediente N° 2007- 2848-0-1801-JR-CI-09 el mismo será analizado conjuntamente con el octavo cargo imputado;*

***Vigésimo Sexto**.- Que, al respecto de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que la magistrada Salinas Larriviere concedió las medidas cautelares innovativas en los expedientes números 2006-46466-0-1801-JR-CI- 09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10 y 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 27584 que establece los requisitos para dictar una medida cautelar en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, así como en*

lo dispuesto por el artículo 611 del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente en los procesos contenciosos administrativos;

***Vigésimo Sétimo**.- Que, asimismo, la procesada fundamenta la concesión de dichas medidas cautelares innovativas en el hecho que la Ley 27584 señala que son especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y de no innovar por lo que a efectos de asegurar la efectividad de la sentencia que se pueda emitir en el principal resulta adecuada la medida cautelar innovativa, por lo que al haber fundamentado en hechos y derecho las razones por las que concedió las medidas cautelares innovativas, se debe absolver a la doctora Salinas Larriviere del cargo imputado;*

***Vigésimo Octavo**.- Que, en lo atinente al tercer cargo imputado, tal como se señaló al analizar el primer cargo imputado, las medidas cautelares derivadas de los expedientes 2007-9916-40-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-CI-09, se encuentran debidamente motivadas, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley N° 27584 concordante con el artículo 611 del Código Procesal Civil, por lo que también se debe absolver a la magistrada Salinas Larriviere del cargo imputado;*

***Vigésimo Noveno**.- Que, el cuarto y quinto cargo se analizaran de manera conjunta por guardar relación entre sí, en ese sentido de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que la doctora Salinas Larriviere por Resolución N° Uno, de 14 de marzo de 2008, declaró procedente la medida cautelar solicitada por don Juan José Marcelino Santivañez Marín y ordenó que el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú asciendan provisionalmente al mismo al grado de General PNP, a partir del primero de enero del año dos mil ocho;*

***Trigésimo**.- Que, si bien es cierto el artículo 172 de la Constitución Política del Perú señala que " El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente" también es verdad que el mismo artículo también señala que "Los ascensos se confieren de conformidad con la Ley", es decir, que los ascensos se tratan de actos reglados, por lo que como se señaló al analizar el primer cargo, los mismos deben cumplir con ciertas exigencias básicas establecidas en leyes especiales, de tal manera que cuando se presente una situación de arbitrariedad en los mismos, el Poder Judicial tiene competencia para examinar y en su caso, reparar el daño causado, por lo que las irregularidades en los ascensos pueden ser controlados por el órgano jurisdiccional dentro del marco de la Constitución y la ley;*

***Trigésimo Primero**.- Que, asimismo, la procesada dispuso que el Ministro del Interior y la Policía Nacional del Perú procedan al ascenso pro-*

visional de don Juan José Marcelino Santivañez Marín al grado de General PNP, por ser la parte demandada dentro del proceso contencioso administrativo; asimismo, de conformidad con el artículo 82.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General " El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente con conocimiento del administrado ", por lo que se debe de absolver a la doctora Alicia Salinas Larriviere del cuarto y quinto cargo imputados;

***Trigésimo Segundo**.- Que, en cuanto al sexto cargo imputado, cabe señalar que en el proceso N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, se aprecia que el 25 de abril de 2008, el Noveno Juzgado Contencioso Administrativo recibió la solicitud del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior cuya sumilla consignaba variación de medida cautelar mientras que en su escrito sustentaba la imposibilidad de ejecutar la medida cautelar concedida a Santivañez Marín por Resolución de fecha 14 de marzo de 2008, por considerar que de conformidad con el artículo 172 de la Constitución Política del Perú el Presidente de la República es el que otorga los ascensos de los Generales de la Policía Nacional;*

***Trigésimo Tercero**.- Que, por Resolución N° Diez, de 28 de abril de 2008, la doctora Salinas Larriviere declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar, señalando que "…El contenido del escrito que antecede no versa sobre el mencionado pedido, sino más bien sobre el cuestionamiento o imposibilidad de cumplir con lo ordenado por su parte, señalando que de hacerlo estarían usurpando una función que sólo le corresponde al Presidente de la República, por lo tanto no cumple con el presupuesto a que se refiere el artículo 617 del Código Procesal Civil, para ser amparado, pues no se ha señalado cual sería la modificación que se podría realizar, ni propone sustituirla por otra…";*

***Trigésimo Cuarto**.- Que, el artículo 2 inciso 4° de la Ley 27584 prevee que el Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, que en ese sentido dicho principio permite que el Juez pueda de oficio, corregir, cualquier defecto procesal y no de fondo, que advierta en el proceso, por lo que estando a que de conformidad con el artículo 617 del Código Procesal Civil, el Procurador no precisó la medida cautelar por la cual se tendría que variar y no versando dicha solicitud sobre un aspecto procesal sino de fondo, la magistrada al emitir la citada resolución ha actuado de conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que también se debe de absolver a la doctora Alicia Salinas Larriviere del cargo imputado;*

Trigésimo Quinto.- *Que, en cuanto al sétimo cargo imputado, cabe señalar que en el expediente N° 2007-02848-3-1801-JR-CI-09, por Resolución N° Dos de fecha 25 de marzo de 2008, la magistrada Salinas Larriviere concedió a don Eric Arturo Antúnez Rivadeneyra la medida cautelar solicitada y ordenó que el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú reincorporen provisionalmente al mismo a la situación de actividad, otorgándole el Ascenso Provisional al grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú con fecha 1°de enero del 2001 y el Ascenso Provisional al grado de Coronel de la Policía Nacional del Perú con fecha 1°de enero del 2005;*

Trigésimo Sexto.- *Que, asimismo, del análisis de dicha resolución se aprecia que la procesada Salinas Larriviere en el décimo y décimo sexto considerando hace alusión a la sentencia 090-2004-AA/TC, al señalar "… Que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos…", por lo que la misma si tuvo en cuenta dicha sentencia al conceder la medida cautelar, siendo la interpretación que le da a la misma coherente y lógica con el hecho que todo acto administrativo, incluyendo el pase a retiro por renovación de cuadros, debe estar debidamente motivado, por lo que igualmente se le debe de absolver del cargo imputado;*

Trigésimo Sétimo.- *Que, en lo que respecta al octavo cargo imputado, conjuntamente con este se analizará la parte del primer, segundo y noveno cargo imputados correspondientes al expediente N° 2 007-2848-3-1801-JR-CI- 09, en ese sentido tenemos que en dicho expediente seguido por Eric Arturo Antúnez Rivadeneira, la magistrada Salinas Larriviere por Resolución de 25 de marzo de 2008, concedió la medida cautelar solicitada por el mismo y ordena que el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceda a reincorporar provisionalmente a don Eric Antúnez Rivadeneyra a la situación de actividad, otorgándosele el Ascenso Provisional al Grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú con fecha 1° de enero del 2001, y el Ascenso Provisional al Grado de Coronel de la Policía Nacional del Perú con fecha 1°de enero del 2005;*

Trigésimo Octavo.- *Que, de la lectura de dicha resolución se aprecia que la procesada no sólo ha concedido la reincorporación del demandante al cargo que ostentaba antes de pasar a la situación de retiro, sino que en esta misma resolución, concedió el ascenso del aludido actor en doble grado y sin más justificación que el sólo transcurso del tiempo, vulnerando lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, vigente para los*

procesos de ese entonces, el cual en su artículo 15 dispone que el personal de la Policía Nacional del Perú, tiene derecho a la promoción a los grados inmediatos superiores, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por ley, incurriendo en responsabilidad la magistrada procesada, al haber concedido un doble ascenso por el solo transcurso del tiempo y la pérdida de expectativa del proyecto de vida, sin pronunciarse o sin justificar siquiera la exclusión de otros parámetros exigidos por la ley para el ascenso, como son exámenes de conocimientos, físico, entre otros;

***Trigésimo Noveno**.- Que, en este contexto, se advierte que la procesada ha incurrido en un defecto a su deber de motivación por ser ésta insuficiente, teniendo en cuenta que resulta manifiesta la ausencia de pronunciamiento sobre aspectos relevantes para otorgar los ascensos solicitados, como son la verificación de los requisitos exigidos por ley más allá del mero transcurso del tiempo;*

***Cuadragésimo**.- Que, por lo tanto, se acredita en este extremo que la doctora Salinas Larriviere vulneró el deber de motivación establecido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con el artículo 184 inciso 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referido al deber de los magistrados de resolver con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso;*

***Cuadragésimo Primero**.- Que, en cuanto al noveno cargo imputado, de las pruebas que obran en el expediente, tal como se manifestó en el primer y segundo cargo imputados, las resoluciones que concedieron medidas cautelares en los expedientes números 2007-6495-26-1801-JR-CI-09, 2007- 07195-0-1801-JR-CI-10, 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-717-22-1801-JR- CI-09 y 2007-9916-40-1801-JR-CI-09, se encuentran debidamente motivadas, correspondiendo la misma a un razonamiento lógico jurídico acorde con lo establecido en las leyes de la materia, no vislumbrándose en estas violación al ordenamiento jurídico ni el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, por lo que se debe de absolver a la magistrada Salinas Larriviere del cargo imputado;*

***Cuadragésimo Segundo**.- Que, bajo este marco de análisis, se llega a la conclusión que la responsabilidad disciplinaria incurrida por la doctora Alicia Salinas Larriviere se encuentra acreditada únicamente en el aspecto a que se refiere el octavo cargo, habiéndose desvirtuado las imputaciones respecto del primer, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, sétimo y noveno cargo imputados;*

***Cuadragésimo Tercero**.- Que, por lo tanto se ha acreditado que la doctora Alicia Salinas Larriviere al haber concedido en la medida cautelar derivada del expediente N° 2007-2848-0-1801-JR-CI-09 un doble as*

censo por el solo transcurso del tiempo, vulneró no solo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del grado inmediato superior en un mismo acto, atentando de esta manera contra la imagen del Poder Judicial, menoscabando el decoro y la respetabilidad del cargo, bienes jurídicos que todo magistrado está llamado a proteger, infringiendo lo previsto en el artículo 184 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que es pasible de la sanción de destitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 2 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura;

Por estos fundamentos, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia, el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, por mayoría, considera que hay motivos suficientes para aplicar en este caso la sanción de destitución por el octavo cargo imputado, debiéndosele absolver por el primer, segundo, tercer, cuarto, quinto, sexto, sétimo y noveno cargo imputados, por lo que en uso de las facultades previstas por los artículos 154 inciso 3 de la Constitución Política, 31 numeral 2 y 34 de la Ley 26397, y 35 del Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo y estando a lo acordado por mayoría por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en sesión del 4 de junio de 2010, con la abstención del señor Consejero Edwin Vegas Gallo, los votos de los señores Consejeros Francisco Delgado de la Flor Badaracco y Efraín Anaya Cárdenas y el voto singular del señor Consejero Edmundo Peláez Bardales;

Se resuelve:

***Artículo Primero**.- Por unanimidad absolver del primer, segundo, tercer, cuarto, quinto, sexto, sétimo y noveno cargo imputados a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, dándose por concluido el proceso disciplinario en cuanto a dichos cargos se refiere.*

***Artículo Segundo**.- Por mayoría con los votos de los señores Consejeros Maximiliano Cárdenas Díaz, Aníbal Torres Vásquez, Carlos Mansilla Gardella y Francisco Delgado de la Flor Badaracco aceptar el pedido de destitución formulado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto al octavo cargo imputado, y en consecuencia, destituir a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.*

***Artículo Tercero**.- Disponer la inscripción de la medida a que se contrae el artículo segundo de la presente resolución en el registro personal de la magistrada destituida, debiéndose asimismo cursar oficio al señor*

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y a la señora Fiscal de la Nación, y publicarse la presente resolución, una vez que quede consentida o ejecutoriada.

Regístrese y comuníquese

Maximiliano Cardenas Diaz
Edmundo Peláez Bardales
Anibal Torres Vasquez
Carlos Mansilla Gardella

b) Voto del Señor Consejero Francisco Delgado de la Flor Badaracco en el Proceso Disciplinario N°041-2009-C NM, seguido a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima

***Primero**.- Que, por Resolución N° 131-2009-PCNM el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima:*

Se imputa a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere los siguientes cargos:

1) Haber vulnerado el principio de legalidad, puesto que ha concedido lo peticionado por los accionantes en los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007-9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-CI-09 generando ascensos provisionales, no obstante que para este tipo de procedimientos sólo se prevee ascensos definitivos, conforme a lo dispuesto por Decreto Legislativo N° 745 y las Leyes números 28757 y 28857, infringiendo el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2) Haber incurrido en irregularidades en la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09 y 2007-6495-26-1801-JR-CI-09, puesto que concedió lo solicitado por los actores disponiendo sus ascensos provisionales a través de medidas innovativas, no obstante que las solicitudes de estos contenían pedidos de medidas temporales sobre el fondo, sin expresar las razones que justificaban el dictado de esa medida, menos las razones por las cuales adecuó los pedidos de los actores a tal modalidad cautelar,

afectando el principio de motivación regulado en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) No haber motivado, en las medidas cautelares derivadas de los expedientes números 2007-9916-40-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-CI-09, las razones que ameritarían la concesión de las mismas, vulnerando el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4) Haber desconocido las atribuciones inherentes al Presidente de la República previstas en el artículo 172 de la Constitución Política del Perú, respecto a los ascensos a General en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, puesto que ordenó a los demandados proceder con el ascenso provisional del demandante al grado de General de la Policía Nacional del Perú.

5) Haber vulnerado el principio de congruencia en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-18 01-JR-CI-09, por cuanto en el quinto considerando de la resolución de 14 de marzo de 2008, pese a establecer que el ascenso a General es una prerrogativa del Presidente de la República, ordena al Ministro del Interior y al Director de la Policía Nacional del Perú que concedan el ascenso, conducta que importaría además abuso de sus facultades previsto en el artículo 201 inciso 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial al pretender que el Ministro del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, ejerzan las prerrogativas del Presidente de la República.

6) Haber vulnerado el principio de suplencia de oficio en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-464 66-0-1801-JR-CI-09 por cuanto no obstante identificar que el pedido formulado por el Procurador Público no correspondía a una variación de medida cautelar sino a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar por no cumplir con el presupuesto del artículo 617 del Código Procesal Civil, no cumpliendo con su deber de complementar o suplir de oficio las deficiencias advertidas en el escrito presentado.

7) Haber vulnerado en el trámite de la medida cautelar derivada del expediente N°2007-2848-0-1801-JR-CI-09, lo prescrito por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 090-2004-A A/TC, con presunta infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional al conceder lo peticionado por el demandante y ordenar al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceder a reincorporar provisionalmente a la situación de actividad al accionante quien había pasado a la situación de retiro.

8) Haber concedido en la medida cautelar derivada del expediente N° 2007- 2848-0-1801-JR-CI-09 un doble ascenso por el solo transcurso del tiempo, vulnerando no solo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del grado inmediato superior en un mismo acto.

9) En las conductas funcionales descritas anteriormente producidas con ocasión de la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR- CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007- 9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801- JR-CI-09, se aprecia una violación sistemática por parte de la doctora Salinas Larriviere de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, transgrediendo los principios de independencia-imparcialidad inherentes a los magistrados de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.

***Segundo.-** Que, de las pruebas que obran en el expediente correspondiente a los literales A, B, C, D, E, F, G e I, referidos a los cargos en los que se le imputa a la procesada presunta falta de motivación en las resoluciones recaídas en las medidas cautelares dictadas por su despacho y por las que otorga ascensos a Oficiales de la Policía Nacional del Perú, se concluye que las mismas han sido dictadas con la debida motivación y de conformidad con la Ley N° 27854- Ley del Proceso Contencioso Administrativo y las normas procesales contenidas en el Código Procesal Civil que son aplicables así como la Ley N° 28857- Ley del Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú y el Decreto Supremo N° 0022-82-IN que aprueba el Reglamento de Ascensos para los oficiales de la PNP, por lo que atendiendo a dichos fundamentos, no se ha evidenciado en los cargos a que hacen referencia los literales mencionados inconducta funcional de la procesada por la que se le debe de absolver de los cargos contenidos en los mismos.*

***Tercero**.- Que, en lo que respecta al literal H, se le imputa a la procesada haber ascendido en doble grado al mayor PNP Antúnez Rivadeneira quien en principio demandaba su reincorporación por haber sido invitado al retiro sin cumplir con las formalidades de Ley, pero que con motivación aparente dispuso su ascenso al grado de comandante y luego de coronel PNP, incurriendo en grave responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 201 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial desprestigiando la dignidad del cargo y vulnerando el concepto público, por lo que debe de*

aplicársele la sanción de destitución.

Lima, 26 de febrero de 2010.

Francisco Delgado de la Flor B.

c) Voto del Señor Consejero Efrain Anaya Cardenas en el Proceso Disciplinario N°041-2009-CNM, seguido a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuacíon como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima

***Primero**.- Que, por Resolución N° 131-2009-PCNM el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere, por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima:*

Se imputa a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere los siguientes cargos:

1) Haber vulnerado el principio de legalidad, puesto que ha concedido lo peticionado por los accionantes en los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801- JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007- 9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801- JR-CI-09 generando ascensos provisionales, no obstante que para este tipo de procedimientos sólo se prevee ascensos definitivos, conforme a lo dispuesto por Decreto Legislativo N° 745 y las Leyes números 28757 y 28857, infringiendo el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2) Haber incurrido en irregularidades en la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09 y 2007-6495-26-1801-JR-CI-09, puesto que concedió lo solicitado por los actores disponiendo sus ascensos provisionales a través de medidas innovativas, no obstante que las solicitudes de estos contenían pedidos de medidas temporales sobre el fondo, sin expresar las razones que justificaban el dictado de esa medida, menos las razones por las cuales adecuó los pedidos de los actores a tal modalidad cautelar, afectando el principio de motivación regulado en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) No haber motivado, en las medidas cautelares derivadas de los expedientes números 2007-9916-40-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-

CI-09, las razones que ameritarían la concesión de las mismas, vulnerando el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4) Haber desconocido las atribuciones inherentes al Presidente de la República previstas en el artículo 172 de la Constitución Política del Perú, respecto a los ascensos a General en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, puesto que ordenó a los demandados proceder con el ascenso provisional del demandante al grado de General de la Policía Nacional del Perú.

5) Haber vulnerado el principio de congruencia en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-46466-0-18 01-JR-CI-09, por cuanto en el quinto considerando de la resolución de 14 de marzo de 2008, pese a establecer que el ascenso a General es una prerrogativa del Presidente de la República, ordena al Ministro del Interior y al Director de la Policía Nacional del Perú que concedan el ascenso, conducta que importaría además abuso de sus facultades previsto en el artículo 201 inciso 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial al pretender que el Ministro del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, ejerzan las prerrogativas del Presidente de la República.

6) Haber vulnerado el principio de suplencia de oficio en la tramitación de la medida cautelar derivada del expediente N° 2006-464 66-0-1801-JR-CI-09 por cuanto no obstante identificar que el pedido formulado por el Procurador Público no correspondía a una variación de medida cautelar sino a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar por no cumplir con el presupuesto del artículo 617 del Código Procesal Civil, no cumpliendo con su deber de complementar o suplir de oficio las deficiencias advertidas en el escrito presentado.

7) Haber vulnerado en el trámite de la medida cautelar derivada del expediente N°2007-2848-0-1801-JR-CI-09, lo prescrito por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 090-2004-A A/TC, con presunta infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional al conceder lo peticionado por el demandante y ordenar al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceder a reincorporar provisionalmente a la situación de actividad al accionante quien había pasado a la situación de retiro.

8) Haber concedido en la medida cautelar derivada del expediente N° 2007- 2848-0-1801-JR-CI-09 un doble ascenso por el solo transcurso del tiempo, vulnerando no solo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del

grado inmediato superior en un mismo acto.

9) En las conductas funcionales descritas anteriormente producidas con ocasión de la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR- CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, 2007- 9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801- JR-CI-09, se aprecia una violación sistemática por parte de la doctora Salinas Larriviere de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, transgrediendo los principios de independencia-imparcialidad inherentes a los magistrados de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.

***Segundo.-** Que, de las pruebas que obran en el expediente correspondiente a los literales A, B, C, D, E, F, G e I, referidos a los cargos en los que se le imputa a la procesada presunta falta de motivación en las resoluciones recaídas en las medidas cautelares dictadas por su despacho y por las que otorga ascensos a Oficiales de la Policía Nacional del Perú, se concluye que las mismas han sido dictadas con la debida motivación y de conformidad con la Ley N° 27854- Ley del Proceso Contencioso Administrativo y las normas procesales contenidas en el Código Procesal Civil que son aplicables así como la Ley N° 28857- Ley del Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú y el Decreto Supremo N° 0022-82-IN que aprueba el Reglamento de Ascensos para los oficiales de la PNP, por lo que atendiendo a dichos fundamentos, no se ha evidenciado en los cargos a que hacen referencia los literales mencionados inconducta funcional de la procesada por la que se le debe de absolver de los cargos contenidos en los mismos.*

***Tercero**.- Que, en lo que respecta al literal H, de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que estamos frente a una actuación netamente jurisdiccional, e incluso la actuación de la doctora Salinas Larriviere no resulta aislada puesto que existen resoluciones emanadas por el Poder Judicial que han decidido sobre ascensos en el mismo sentido que ella, de manera que el Carácter jurisdiccional que corresponde a la imputación formulada resulta más Ostensible, por lo que se le debe de absolver también de dicho cargo imputado.*

Efrain Anaya Cardenas

d) Proceso Disciplinario N°041-2009-CNM

Los fundamentos del voto del señor Consejero Edmundo Peláez Bardales son los siguientes:

Primero.- *Que, se imputa a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere nueve cargos de inconducta funcional, conforme a lo señalado en la resolución emitida por mayoría, los que se relacionan con la tramitación de los cuadernos cautelares derivados de los expedientes contenciosos administrativos números 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, 2007-07195-0-1801-JR-CI-10, 2007-2848-0- 1801-JR-CI-09, 2007-9916-40-1801-JR-CI-09, 2007-6495-26-1801-JR-CI-09 y 2007-717-22-1801-JR-CI-09, sujetos al conocimiento de la citada magistrada;*

Segundo.- *Del estudio de los actuados correspondientes al presente proceso disciplinario, expreso mi conformidad con la evaluación y análisis de los cargos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno efectuados en los términos de la resolución en mayoría y suscribo los fundamentos por los cuales se absuelve a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere de los mismos;*

Tercero.- *En virtud del considerando que antecede, mi voto versará sobre el octavo cargo, referido a la medida cautelar solicitada por Eric Arturo Antúnez Rivadeneira, expediente N° 2007-2848-0-1801-JR-CI-0 9 respecto de la cual se imputa a la doctora Salinas Larriviere haber concedido un doble ascenso al demandante, por el solo transcurso del tiempo, vulnerando no sólo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°745 sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del grado inmediato superior en un mismo acto. Asimismo, es menester señalar, tal como se consignó en la resolución en mayoría, conjuntamente con el octavo cargo se analizará la parte del primer, segundo y noveno cargo correspondiente al expediente N° 2007-2848-0-1801- JR-CI-09;*

Cuarto.- *En tal sentido se procederá a analizar si la doctora Salinas Larriviere al conceder la citada medida cautelar y disponer un doble ascenso ha vulnerado o no el ordenamiento jurídico, debiendo realizarse dicho análisis a partir de los propios fundamentos de la resolución cuestionada, de modo tal que la valoración no implique una nueva apreciación o análisis de los hechos o medios probatorios, sino la constatación objetiva de que lo decidido por la Juez responde a un razonamiento lógico jurídico congruente que evidencie su sujeción a la Constitución y a la ley y no a valoraciones subjetivas o arbitrarias;*

Quinto.- *Que, de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que el 18 de enero de 2008, don Eric Arturo Antúnez Rivadeneira, Mayor de la Policía Nacional del Perú en situación de retiro, interpone medida cautelar contra el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, solicitando, entre otras cosas, su reincorporación provisional a la situación de actividad en el grado de Mayor de la Policía Nacional del Perú, debiendo computársele el tiempo que paso en situación de retiro como tiempo laborable para efectos de promoción al grado inmediato superior; su ascenso provisional al grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú, con fecha 1°de enero de 2001, debiendo computársele el tiempo que paso en situación de retiro como tiempo laborable para efectos de promoción en el grado y su ascenso provisional al grado de Coronel con fecha 1° de ene ro de 2005, debiendo computársele el tiempo que paso en situación de retito como tiempo laborable, para efectos de promoción en el grado;*

Sexto.- *Que, en ese sentido, se establece que el señor Eric Arturo Antúnez Rivadeneira, solicitó dentro de sus pretensiones su reincorporación a la situación de actividad y sus ascensos a los grados de Comandante y Coronel de la Policía Nacional del Perú con fechas 1° de en ero de 2001 y 1° de enero de 2005, respectivamente;*

Sétimo.- *Que, dichas pretensiones fueron amparadas en la resolución emitida por la procesada el 25 de marzo de 2008, encontrándose los fundamentos de su decisión respecto a estos extremos en los considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo. De la lectura de los mismos se verifica que la procesada fundamentó el otorgamiento de los grados de Comandante y Coronel a don Eric Antúnez Rivadeneira señalando que "… En cuanto al ascenso provisional del solicitante al grado de Comandante de la Policía Nacional con fecha primero de enero del año dos mil uno es de verse que la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicios que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso y que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica, este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente conforme a la Ley N°28857, Ley de régimen de personal de la Policía Nacional del Perú, en aplicación actual por la derogación del Decreto Legislativo N° 745, y el reglamento de ascenso; que siendo así, se infiere que el solicitante fue pasado a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros con fecha ocho de diciembre de dos mil en pleno proceso de ascenso, perdiendo la oportunidad de acceder a una vacante en dicho procedimiento para*

el grado inmediato superior conforme le correspondía, opción que no la ha tenido como los demás oficiales de igual grado y jerarquía y por hechos no imputables a su persona…";

***Octavo**.- Que, asimismo, en dicha resolución, la Juez procesada señala que " …En cuanto al ascenso provisional del solicitante al grado de Coronel de la Policía Nacional con fecha primero de enero del año dos mil cinco es de verse que la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicio que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso ya que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica, este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente conforme a la Ley N° 28857, Ley de régimen de personal de la Policía Nacional del Perú, en aplicación actual por la derogación del decreto legislativo N° 745, y el reglamento de ascenso; esta judicatura debe considerar que, habiéndose amparado la pretensión cautelar anterior, en caso ésta sea denegada, el solicitante podría nuevamente ser pasado a la situación de retiro por causal de renovación al amparo del artículo 49 de la Ley N° 28857…por lo que al haberse amparado el ascenso provisional del solicitante al grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú, con fecha primero de enero del año dos mil uno, se encontraría dentro de las causales legalmente previstas para su pase al retiro pudiendo generar que la resolución final que se expida en el expediente principal no sea cumplida conforme lo ordena el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial…por lo que al amparo de los argumentos citados…esta solicitud debe ser igualmente amparada "*

***Noveno**.- Que, al respecto, se verifica que la doctora Salinas Larriviere al momento de conceder los ascensos señala expresamente que "…la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicio que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso ya que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica, este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente…" esto es, fundamenta expresamente que la reincorporación a la situación de actividad de don Eric Antúnez Rivadeneira, no solamente implica el reconocimiento del tiempo que permaneció en retiro sino también los puntajes y evaluaciones que de no ser por el pase a retiro hubiera podido acceder, razones por las cuales concluye con la dación de la medida cautelar;*

Décimo.- *Que, en tal sentido, resulta evidente que existe congruencia procesal entre lo resuelto y el petitorio, además que la procesada motivó expresamente que la restitución de don Antúnez Rivadeneira a la situación de actividad implicaba también reconocimiento de los puntajes y evaluaciones con los que hubiera contado de estar en actividad y que servían para el ascenso, es decir, tuvo en cuenta al momento de motivar la resolución los requisitos que establece la ley para los ascensos, por lo que la motivación empleada en dicha resolución es adecuada, congruente y acorde con las leyes de la materia;*

Décimo Primero.- *Que, asimismo en cuanto al hecho que si se puede ascender en doble grado, cabe señalar que en el expediente de fojas 2692 a2698, obra la Resolución N°07, de 20 de marzo de 2 009, por el que la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo ordena que la entidad demandada otorgue el ascenso que le correspondía al actor en el grado de Mayor PNP, de este grado al de Comandante PNP y finalmente al grado de Coronel PNP, por considerar que "…La manifiesta arbitrariedad cometida por el Ministerio del Interior - Policía Nacional del Perú, al denegar la reincorporación del actor, oportunamente, ha generado la frustración de su proyecto de vida, el cual finalmente debe considerarse como daño a la persona, originado por la rigidez de un procedimiento y pronunciamiento contrario a derecho…"; es decir, a través de dicha sentencia se concede tres ascensos al demandante, los tres ascensos a los que hubiera podido acceder de no habérsele denegado su reincorporación oportunamente;*

Décimo Segundo.- *Que, por otro lado a fojas 2679 obra la Resolución Suprema N° 0310-2006-IN/PNP, del 18 de abril de 200 2, por la que se asciende por mandato judicial al teniente PNP Juan Humberto Llanos Palacios, primero al grado de Capitán PNP y luego al grado de Mayor PNP; y, a fojas 2680, obra la Resolución Ministerial N° 1108-2002-I N/ PNP, de 19 de junio del 2002, por la que se asciende por mandato judicial al teniente Santiago Luis Chávez Córdova, primero al Grado de Capitán y luego al grado de Mayor PNP;*

Décimo Tercero.- *Que, por lo expuesto, estando a que en el Poder Judicial los* órganos jurisdiccionales han concedido ascensos en dos y hasta en tres *grados, la resolución que concede la medida cautelar a don Eric Arturo Antúnez Rivadeneira otorgándole el Ascenso Provisional al Grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú con fecha 1° de enero del 2001, y el Ascenso Provisional al Grado de Coronel de la Policía Nacional del Perú con fecha 1°de enero del 2005 se encuentra debidamente motivada y avalada, legitimada por dichas resoluciones judiciales, por lo que se le debe absolver del cargo imputado a la doctora Alicia Salinas*

Larriviere; en definitiva, entonces, discrepo de los fundamentos y lo resuelto en mayoría en lo referente al octavo cargo, consecuentemente, acorde con los fundamentos previamente expuestos, mi voto es porque también se absuelva a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere de la imputación referida a la concesión de un doble ascenso al demandante Eric Arturo Antúnez Rivadeneira, en el trámite de la medida cautelar correspondiente al expediente N° 2007-2848-0-1801-JR-CI-09, así como por la parte del primer, segundo y noveno cargo correspondiente al citado expediente; expresando mi conformidad en los demás extremos de la resolución en mayoría.

Edmundo Pelaez Bardales.

d) "N° 078 - 2011-CNM". San Isidro, 23 de febrero de 2011

Visto; *El recurso de reconsideración interpuesto por la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere contra la Resolución N°245-2010 -PCNM; y,* ***Considerando:***

Primero*.- Que, por Resolución N° 245-2010-PCNM, el Consejo Nacional de la Magistratura absolvió a la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere del primer, segundo, tercer, cuarto, quinto, sexto, sétimo y noveno cargos imputados, destituyéndola respecto del octavo cargo, esto es, por el hecho de "Haber concedido en la medida cautelar derivada del expediente N° 2007-2848-0- 1801-JR-CI-09 un doble ascenso por el solo transcurso del tiempo, vulnerando no sólo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745, sino también los requisitos exigidos por la Ley de Ascensos y el Reglamento de la Policía Nacional, concediendo ascensos más allá del grado inmediato superior en un mismo acto";*

Segundo*.- Que, por escrito de 24 de noviembre de 2010, la doctora Salinas Larriviere interpone recurso de reconsideración contra la resolución citada en el considerando precedente en lo que corresponde al cargo por el cual se le destituyó, alegando que al sancionársele con tal medida se ha perdido de vista el contexto en el que se dictó la resolución por la que se le sanciona, siendo el mismo el que se desprende del texto de la demanda y de los medios probatorios aportados, y de acuerdo a ello, se habían lesionado derechos fundamentales del demandante Eric Arturo Antúnez Rivadeneyra; agregando que, no se trataba de un simple pedido de ascenso, sino que los pedidos expresos de ascenso formulados por el demandante constituían la consecuencia lógica de la declaración de nulidad de un acto administrativo que había frustrado su proyecto de vida;*

***Tercero**.- Que, asimismo, la recurrente alega que el concepto de proyecto de vida y su importancia en la Constitución Política del Perú no es simplemente su idea o convicción, sino que constituye un criterio institucionalizado por la propia Policía Nacional del Perú, la que en el penúltimo párrafo del punto D del rubro análisis del Informe N° 41-DIRREHUM-DIVPAP-NIB-SEC suscrito por el Coronel PNP Eduardo Orlando Chamorro Acosta (Jefe de la División de Procesos Administrativos, Promoción, Nombramiento y Beneficios) hace alusión al concepto de la reparación del daño al derecho constitucional al proyecto de vida;*

***Cuarto**.- Que, asimismo la recurrente señala que la noción de daño al proyecto de vida respecto de la carrera policial y las consecuencias inherentes a la reparación de tal daño, constituyen criterios hace mucho tiempo internalizados e institucionalizados por la Policía Nacional del Perú; agregando que, en ese sentido la reparación del daño al proyecto de vida causado a algún oficial superior implica el reconocimiento de los grados, condecoraciones, estudios, inscripción en el escalafón respectivo, puntajes, evaluaciones, etc., que le hubieran permitido continuar con su línea de carrera profesional;*

***Quinto**.- Que, la doctora Salinas Larriviere también alega que en ningún momento ha omitido fundamentar debidamente la resolución recaída en la medida cautelar cuestionada, puesto que del vigésimo primer y vigésimo segundo considerando se desprende que la situación del demandante era especial y al pasar a la situación de retiro perdió las oportunidades que todos aquellos oficiales que no sufrieron tal apartamiento si tuvieron, por lo que pretender colocarlo en una situación de igualdad con los demás oficiales, exigiéndosele exámenes de conocimiento, físico, entre otros, era sujetarlo a una situación injusta;*

***Sexto**.- Que, además la doctora Salinas Larriviere afirma que al pronunciarse respecto de la pretensión de ascenso al grado de Comandante señaló expresamente en el vigésimo primer considerando que la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicios que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso y que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente;*

***Sétimo**.- Que, en ese sentido la recurrente afirma que ya no tenía por qué pronunciarse respecto de los exámenes de conocimiento, físico,*

entre otros, puesto que claramente lo que estaba diciendo es que la restitución del peticionante en la situación de actividad implicaba el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la PNP con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicios que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso;

***Octavo**.- Que, la recurrente también afirma que se le ha sancionado con una norma derogada, puesto que la resolución impugnada se sustenta en el artículo 184 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que se encuentra derogada por la Ley N°29277, Ley de Carrera Judicial;*

***Noveno**.- Que, de las pruebas que adjunta la recurrente a su recurso impugnativo se aprecia que por Informe N° 41-DIRREH UM-DIVPAPNIB-SEC, sobre amnistía general concedida al Comandante PNP Ricardo Alberto Ganiku Furugen, el Jefe de la División de Procesos Administrativos, Promoción, Nombramiento y Beneficios, Coronel PNP Eduardo Orlando Chamorro Acosta en el literal E del rubro Análisis señala que " La reparación de los derechos consustanciales a la decisión principal de reincorporación, del citado oficial Superior, esto es la restitución de sus derechos y prerrogativas dejados de percibir por el cambio injusto de situación policial - de actividad a retiro- originada por la administración, comprende el reconocimiento de los grados, condecoraciones, estudios, inscripción en el Escalafón respectivo, puntajes, evaluaciones, etc.; que le hubieren permitido continuar con su línea de carrera profesional "*

***Décimo**.- Que, asimismo, por Resolución Ministerial N° 017 5-2008-IN/PNP, de 18 de marzo de 2008, el Ministro del Interior reincorporó al Comandante de la Policía Nacional del Perú en Situación de Retiro Ricardo Alberto Ganiku Furugen a la Situación de Actividad, ascendiéndolo al grado de Coronel de la Policía Nacional del Perú con eficacia a partir del 1° de enero de 1995, inscribiéndosele en el Escalafón correspondiente;*

***Décimo Primero**.- Que, asimismo, por Resolución N° 08, de 30 de marzo de 2006, el Primer Juzgado Civil de Piura en el proceso contencioso administrativo seguido por don Héctor Hernán León Fernández contra el Ministerio del Interior y otro, ordenó que el Ministerio del Interior expida nueva resolución otorgándole el ascenso en el grado de Mayor, Comandante y Coronel de la Policía Nacional del Perú, fundamentando su decisión, entre otras cosas en que " La restitución de derechos a favor del demandante implica también su antigüedad en el Grado a efectos del Escalafón de Oficiales Policiales, con el correspondiente abono del tiempo que permaneció indebidamente en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos*

de ascensos; y que de no haberse producido el cambio injusto de situación policial del accionante de actividad a retiro, que fue originada por la parte demandada, éste hubiera continuado en su línea de carrera profesional ascendente, conforme al Decreto Legislativo N° 745, concordante con la Ley N° 27238, Ley de la Policía Nacional y el Reglamento de Ascenso para Oficiales de la P.N.P aprobado por Decreto Supremo N° 0022-89-IN; que siendo así, se infiere que el demandante ha perdió la oportunidad de participar en el proceso de exámenes de ascenso para el grado inmediato superior conforme le correspondía, opción que no la ha tenido como los demás oficiales de igual grado y jerarquía, y ello por hechos imputables a la parte demandada";

***Décimo Segundo**.- Que, por resolución de 25 de marzo de 2008, la doctora Salinas Larriviere concedió la medida cautelar solicitada por don Eric Arturo Antúnez Rivadeneyra y ordena su reincorporación a la situación de actividad, así como el ascenso provisional al grado de Comandante y Coronel de la Policía Nacional del Perú, ascensos solicitados por el mismo, por considerar en el vigésimo primer y vigésimo segundo considerando que "…En cuanto al ascenso provisional del solicitante al grado de Comandante de la Policía Nacional con fecha primero de enero del año dos mil uno es de verse que la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el correspondiente reconocimiento del tiempo de servicios que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso y que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica, este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente conforme a la Ley N° 28857, Ley de régimen de personal de la Policía Nacional del Perú, en aplicación actual por la derogación del Decreto Legislativo N° 745, y el reglamento de ascenso; que siendo así, se infiere que el solicitante fue pasado a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros con fecha ocho de diciembre de dos mil en pleno proceso de ascenso, perdiendo la oportunidad de acceder a una vacante en dicho procedimiento para el grado inmediato superior conforme le correspondía, opción que no la ha tenido como los demás oficiales de igual grado y jerarquía y por hechos no imputables a su persona…";*

***Décimo Tercero.-** Que, asimismo, en dicha resolución, la doctora Salinas señala que " …En cuanto al ascenso provisional del solicitante al grado de Coronel de la Policía Nacional con fecha primero de enero del año dos mil cinco es de verse que la restitución provisional del recurrente a la situación de actividad implica también el reconocimiento de su antigüedad en el grado a efectos del escalafón de la Policía Nacional del Perú, con el*

correspondiente reconocimiento del tiempo de servicios que permaneció en retiro, puntajes, evaluaciones y retrasos de ascenso ya que, de no haberse producido el cambio en su situación jurídica, este hubiera continuado con el ejercicio de su derecho constitucional al proyecto de vida que implica la continuación de su línea de carrera profesional ascendente conforme a la Ley N° 28857, Ley de régimen de personal de la Policía Nacional del Perú, en aplicación actual por la derogación del decreto legislativo N°745, y el reglamento de ascenso; esta judicatura debe considerar que, habiéndose amparado la pretensión cautelar anterior, en caso ésta sea denegada, el solicitante podría nuevamente ser pasado a la situación de retiro por causal de renovación al amparo del artículo 49 de la Ley N° 28857…por lo que al haberse amparado el ascenso provisional del solicitante al grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú, con fecha primero de enero del año dos mil uno, se encontraría dentro de las causales legalmente previstas para su pase al retiro pudiendo generar que la resolución final que se expida en el expediente principal no sea cumplida conforme lo ordena el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial…por lo que al amparo de los argumentos citados…esta solicitud debe ser igualmente amparada "

***Décimo Cuarto**.- Que, lo expuesto revela que en el presente caso nos encontramos frente a una actuación netamente jurisdiccional, en la que la actuación de la doctora Salinas Larriviere no resulta aislada de los informes de la Policía Nacional del Perú y resoluciones emanadas por el Poder Judicial que han decidido en el mismo sentido que ella sobre ascensos en la Policía Nacional, encontrándose la resolución que concedió la citada medida cautelar debidamente motivada, por lo que el recurso de reconsideración resulta fundado, debiéndosele absolver del octavo cargo imputado;*

***Décimo Quinto**.- Que, finalmente es menester dejar claramente establecido que la Resolución N° 245-2010-PCNM, no se sustenta en normas derogadas, puesto que de conformidad con la Ley 28389 publicada en noviembre de 2004 se ha incorporado en el artículo 103 de la Constitución vigente, el principio de aplicación inmediata de la ley, conocido como teoría de los hechos consumados o hechos cumplidos, y en materia de responsabilidad administrativa disciplinaria de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, las inconductas funcionales incurridas con anterioridad a la vigencia de la Ley de Carrera Judicial, se regularan por las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, salvo que la sanción señalada por la Ley de Carrera Judicial fuese más favorable al magistrado procesado disciplinariamente, por lo que estando a que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley de Carrera Judicial preveían disposiciones sancionadoras del mismo nivel de severidad, es que se aplicó en el presente proceso disciplinario la Ley Orgánica del Poder Judicial;*

Por las consideraciones expuestas, estando a lo acordado por unanimidad por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en sesión de 3 de febrero de 2011, con la abstención del señor Consejero Vladimir Paz de la Barra y de conformidad con lo establecido en el artículo 37 incisos b) y e) de la Ley 26397;

Se resuelve:

Artículo Único.- *Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la doctora Alicia Dolores Salinas Larriviere contra la Resolución N° 245- 2010-PCNM, debiéndosele absolver del octavo cargo imputado.*

Regístrese y comuníquese.

Dra. Luz Marina Guzmán Díaz
Presidenta Consejo Nacional de la Magistratura.

21.2 Pre-compresión del contexto cultural judicial de las Resoluciones Judiciales objeto del procedimiento disciplinario que concluyeron en las *N°245 - 2010-PCNM P.D N°041-2009-CNM y N° 078 - 2011-CNM*

La percepción de una transformación en nuestra cultura jurídica de un Estado Legislativo a otra de un Estado Constitucional ha sido intuida por diversos académicos. Particularmente, el presente caso sugiere una interpretación sobre un evento judicial cautelar en materia contencioso administrativa, acaecido en la Corte Superior de Justicia de Lima, que nos rememora tal percepción a modo de pre-comprensión y nos sugiere interpretarla dentro de este proceso. Estas Resoluciones Judiciales que dieron lugar a la Resolución disciplinaria del CNM acontecieron hace, aproximadamente, seis años cuando la Magistrada investigada al igual que otro Juez suplente de la joven especialidad contencioso administrativa, decidieron la concesión de medidas cautelares consistentes en ascender provisionalmente al grado de General PNP, que sintetizamos a continuación con el nombre de "Evento Activista". Ambos Magistrados fueron sometidos a procedimientos disciplinarios y provisionalmente separados del Poder Judicial por medidas provisionales de "abstención" dictadas por el Órgano de Control de la Magistratura al interior de un procedimiento disciplinario. Al poco tiempo de sucedidos estos hechos, con fecha 28 de junio de 2008, mediante los Decretos Legislativos 1067 y 1069, el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso modificaba el original artículo 36 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) Ley 27584, así como el artículo 674 del Código Procesal Civil haciéndose al menos a

nivel legal, literalmente más restrictiva las medidas temporales sobre el fondo en los procesos civiles en general y, específicamente, en materia contencioso administrativo.

Tal sucesión de acontecimientos sugiere espontáneamente una relación causa efecto entre el "Evento Activista" consistente en la concesión de tales cautelares y el legislador restrictivo que hizo previsora y reactivamente las modificaciones. En tal contexto, el presente ensayo se plantee la pregunta sobre el contenido y el alcance de las mismas, evaluando la significación del evento dentro de una circunstancia que ciertamente dibuja una *ocatio legis* restrictiva que alcanzó en su momento relevancia mediática, pero no por ello debe perder su eje interpretativo dentro de una axiología constitucional no necesariamente coincidente con la coyuntural preocupación del legislador restrictivo. Un análisis desapasionado de los hechos sucedidos, pero comprometido con los valores constitucionales nos impone la tarea de comprender los diversos discursos (activista y restrictivo) alrededor del cual se asumieron posiciones que justificaron decisiones tan disímiles en el ejercicio de la función pública tanto administrativa, judicial o ejecutiva en la concesión judicial de la cautelar de ascenso, la imposición de la medida provisional administrativa de "abstención" en el procedimiento disciplinario sobre los magistrados que concedieron la medida y la modificación de textos legales. Reconstruir lo sucedido con una lectura integradora y ajustada a los valores constitucionales capaz de brindar una síntesis de comprensión en relación a la problemática cautelar en los procesos contenciosos administrativos, dentro de un horizonte ampliado, nos permitirá reasumir la orientación de la jurisdicción contenciosa administrativa elaborando un discurso cautelar como contralor efectivo de la arbitrariedad de la administración sin caer en posibles excesos de protagonismos hipotéticamente rechazados por la estimativa restrictiva.

Se debe tener presente que la temática cautelar es una de las más sensibles en la regulación del proceso judicial, cuya realización a efectos de una justicia más oportuna y realmente efectiva exige en el operador jurisdiccional una singular combinación de "audacia" y "prudencia". Específicamente, el tratamiento concreto de las cautelares en el proceso contencioso administrativo, con cuyo nombre técnico se comprende -más que una relación entre particulares y el Estado- una relación triangular tridimensional donde se dibuja además de la relación que posiciona al Estado con el privilegio de auto-tutela, una relación inter-orgánica entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, así como entre el poder judicial y el particular y entre particulares con mayor o menor poder económico o mediático.

La sensibilidad del tema cautelar no solo significa que se acepte la posibilidad que mediante una determinada resolución judicial sin convicción, en estado de cognición aún débil, se pueda suspender los efectos de una orden administrativa de paralización de obra o de cierre de local, sino que se pueda, positiva y coincidentemente, con lo que es materia de aseguramiento en la eventual sentencia, ejecutar anticipadamente un ascenso laboral, reincorporar a determinado servidor o funcionario público, inscribir provisionalmente una determinada junta directiva en los Registros Públicos, etc. Es decir, alterar la relación material anticipando en lo sustancial el contenido del fallo. Se trata, en un escenario de fuerte sensibilidad, explicitar los criterios y conceptos claves que se asumen, omiten o deben tomarse en cuenta a efectos de ser audaces y prudentes en la concesión o selección de la medida "adecuada", no solo atendiendo al control jurisdiccional de la administración a efectos de tender efectivamente a una tutela judicial realmente efectiva, sino con el fin de no perjudicar en su contenido esencial o perjudicar en el mínimo el interés público o de terceros cuando sin convicción, o con conocimiento débil se pretenda alterar la relación material, donde patológicamente se afecta un derecho sustantivo subjetivo de un particular.

Por consiguiente, no se trata de ser dogmáticamente restrictivos en la facultad del Magistrado a efecto de evitar cautelares arbitrarias (discurso de una cautela abstenida[414]), ni se trata de justificar decisiones sumamente amplias de los magistrados a efectos de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva (discurso de una cautela activista), sino de dibujar los contornos argumentativos que el operador jurisdiccional debe tomar en cuenta ante un caso concreto de petición cautelar, criterios que el presente ensayo pretende explicitar, con la finalidad de elaborar un discurso integrador en relación a las medidas temporales sobre el fondo en el proceso contencioso administrativo, que permitan garantizar un estándar de razonabilidad, aceptable a un auditorio universal propio de una situación ideal de diálogo correlativa a una comunidad jurídica real de argumentantes con el propósito común de garantizar en cada casuística una efectiva tutela jurisdiccional.

414 Por "cautela abstenida" entendemos un tipo ideal de cultura jurídica que comprende a los operadores del sistema judicial en su conjunto (abogados, jueces, doctrinarios, funcionarios del Poder Ejecutivo, Legislativo, órganos de control de la magistratura) y consiste en la orientación restrictiva de la concesión de las medidas cautelares, producida por una desconfianza al juez, un temor de éste a la opinión pública, una exigencia ciega de productividad que dificulta la concreción de criterios justos por la necesidad de una mayor motivación que justifique la inaplicación de una norma legal. (Véase Quispe Salsavilca, 2011).

21.3 Calificación de los sucesos como "Evento Activista"

Por evento activista entendemos a un conjunto de sucesos acaecidos alrededor de un *factum* del Juez. Una conducta judicial inusitada que, sin obedecer a actos de "corrupción", se aparta de la tradición y del texto legal por un propósito sublime de efectivizar principios frente a las reglas rígidas abstractas.

El caso que analizamos a continuación puede ser calificado como un evento de esta naturaleza. Dos jueces suplentes seleccionaron el discurso justificativo que permitiese una mayor acción judicial en la concesión de las medidas cautelares interpretando el marco normativo vigente como un todo, recreando el texto escrito legal y constitucional más allá de su literalidad desempeñando en ello un rol protagónico de primer orden. Pero, lejos de alcanzar el reconocimiento social, mediático de la comunidad académica o de la institución judicial, fueron provisionalmente abstenidos, separados de toda función judicial y si bien, luego de más de un año, fueron reincorporados, no han vuelto desde entonces a ejercer la función jurisdiccional como jueces suplentes. La frase napoleónica: *"Entre lo sublime y lo ridículo hay un paso"*, dicha por el emperador francés después de su fracaso en la campaña de Rusia parece apropiada para expresarla, en relación al evento, lo que intuimos corresponde a la amarga subjetividad de los magistrados, quienes pretendiendo efectivizar la justicia o acelerar el movimiento hacia una cultura jurídica propia de un Estado Constitucional (sublime) padecieron en carne propia el estigma de la medida provisional de "abstención" dentro de un procedimiento disciplinario. "Evento Activista" comprende así no solo el suceso de la concesión de las medidas cautelares, sino también las re-acciones producidas en contra de ella.

21.4 Elementos de circunstancias favorables al "Evento Activista"

La circunstancia en la que acontecieron las cautelares de ascenso, sin manifestaciones de corrupción, revela elementos conducentes al desenvolvimiento de una conducta "activista" en la judicatura. Tal conducta inusitada no se hubiese producido sino se hubieran objetivado previamente en el Código Procesal Civil quince años antes y en la ley contenciosa administrativa, seis años antes, una estimativa principista que reivindicara junto a la búsqueda de una tutela más efectiva de los derechos fundamentales, un mayor protagonismo del Juez en el proceso. De algún modo, es apreciable un movimiento de mediana o larga duración, de cambio de estimativa en nuestra cultura judicial de pase de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional, no solo por el cambio

normativo, sino también doctrinario donde se aprecia una recepción y desarrollo por parte de la comunidad académica de la literatura del Neo constitucionalismo o Estado Constitucional[415], perspectiva que a modo de pre-comprensión nos invita a considerar este evento activista, dentro de un proceso de mayor duración al pase de un Estado Constitucional, aun cuando nada nos asegure su total concreción.

21.4.1 El Juez como director del proceso y la plena jurisdicción en el contencioso administrativo

Quince años antes al "Evento Activista", entró en vigencia el Código Procesal Civil de 1993, que conceptuó al Juez como "Director del proceso". Seis años antes entró en vigencia la Ley 27584 que estableciendo un proceso contencioso administrativo regulado por una ley especial instauraba, en palabras de uno de sus autores, un cambio de paradigma de un contencioso objetivo de nulidad a otro subjetivo de "plena jurisdicción". Se ratificó así el protagonismo del Juez en el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración. Esto afectaba los límites del tradicional privilegio de auto-tutela de la administración al consagrarse entre otras cosas además el Principio de Igualdad de las Partes, la Suplencia de Oficio, flexibilización del Principio de Congruencia e introducirse pretensiones de plena jurisdicción. Se dibujaba con ello un marco normativo nuevo tendiente a facilitar un control judicial efectivo de la administración. Se establecía en materia cautelar reglas como el de la especial procedencia de las medidas innovativas y no innovativas[416]. Ciertamente, la resistencia de una cultura propia de un Estado Legislativo se mantuvo en el texto final originario de la Ley 27584, cuando este, a diferencia de la propuesta elaborada por los académicos, omitía referencia expresa a la pretensión de indemnización, pero el movimiento de mediana o larga duración ya estaba iniciado y objetivamente expresado en sus rasgos más fundamentales.

21.4.2 La Trayectoria judicial activista triunfante en el contencioso administrativo

No solo se trataba que había una nueva ley de la especialidad contenciosa administrativa, que daba mayor protagonismo al Juez en el proceso contencioso administrativo, sino que la judicatura contenciosa administrativa tempranamente tuvo un lugar activo no solo aplicando el nuevo texto legal, sino efectivamente estableciendo como regla en la generalidad de los casos la específica prescindencia de la audiencia de conciliación y de pruebas, propias del entonces legalmente previsto "proceso abreviado" en la especialidad, bajo el argumento que la

415 Eto Cruz, 2011: p. 13.

416 Véase artículo 37° del texto originario de la Ley 27584 LPCA.

naturaleza del proceso contencioso administrativo es por lo general de puro derecho (no se necesita actuación de medios probatorios, porque basta el expediente administrativo) y que en él se discute, sustancialmente, bienes indisponibles, al pretenderse en la generalidad de los casos la nulidad de un acto administrativo.[417]

Por consiguiente, de un modo jurisprudencial, se inauguró a partir de junio de 2003 -a un solo año de vigencia de la Ley 27584, en práctica cada vez más extendida y no por cambio legislativo- un nuevo proceso, al que finalmente en dos años terminaría el legislador contencioso por adherirse y denominarle "proceso especial" al modificar el texto originario de la Ley 27584 del año 2002 con la Ley 28531 publicada el 26 de mayo del año 2005. Se manifestaba con ello el reconocimiento de la sociedad civil a este "activismo jurisprudencial". De este modo, la especialidad al año 2008 se presentaba con el antecedente favorable triunfante en su activismo creador, que no se limitó en aplicar, el sistema de plena jurisdicción y la Ley 27584 en el proceso contencioso administrativo, sino que realizando un control constitucional, a partir del "derecho a resolver sin dilaciones indebidas", de la regla de la exigencia de la audiencia de conciliación y de pruebas, inauguró jurisprudencialmente el Auto Concentrado, celebrado favorablemente por la Sociedad Civil, material y legalmente ratificado por el legislador que crearía la denominación "proceso especial" para el proceso contencioso administrativo, hechos no ignorados por los jueces que concedieron las cautelares[418]

21.4.3 Antinomia en la regulación cautelar del proceso contencioso administrativo en el texto entonces vigente

21.4.3.1 Algunas Precisiones conceptuales

Dado que la antinomia que resaltamos como condición de posibilidad del "evento activista" en el presente ensayo consiste en una norma prevista en el artículo 37 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), texto originario referido a las medidas de innovar y no innovar, y al artículo 674 del Código Procesal Civil referido a las medidas temporales sobre el fondo, es preciso previamente entender con claridad a qué supuesto de hecho está aludiendo el legislador cuando se refiere a las medidas de innovar y no innovar, así como igualmente, a qué otro supuesto de hecho alude el ordenamiento cuando se refiere

417 Sobre el proceso de formación del "proceso especial", léase a Quispe Salsavilca /…, 2005: p. 10; y a Luján, 2005.

418 Debe tenerse presente que la Juez que concedió las medidas cautelares fue Secretaria de la entonces Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en la cual el suscrito formó parte y que estuvo presidida por el Dr. Garay Salazar, en agosto bajo la presidencia del suscrito de la entonces Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, y que en Junio del año 2003 emitió por primera vez el ***auto concentrado***.

a las medidas temporales sobre el fondo, lo que permitirá determinar si la regla específica de la ley contenciosa para las medidas innovativas son aplicables a algunos supuestos que puedan ser asimilados a las medidas temporales sobre el fondo. Para responder a esta pregunta es menester introducirnos a las clasificaciones de las medidas cautelares presentes en nuestro ordenamiento. Es preciso advertir que el legislador no ha utilizado un solo criterio de clasificación, sino múltiples. Así por ejemplo, emplea el criterio del momento de la presentación de la petición cautelar para distinguir entre medidas cautelares dentro y fuera del proceso.

Pero específicamente en relación a la expresión "medidas temporales sobre el fondo" debe precisarse que ella refiere a una clase de medida cautelar que obedece a un criterio de clasificación distinto de aquella otra que distingue entre las medidas cautelares de innovar y no innovar. Ciertamente, el legislador solo utiliza la expresión "medidas temporales sobre el fondo" sin referirse a la otra clase de medidas cautelares que siendo opuestas a ellas obedezcan al mismo criterio, lo que además de oscurecer la presencia de la otra correlativa clase de medidas cautelares, produce la impresión de que las "medidas temporales sobre el fondo" responden a una tercera clase dentro de un mismo criterio de clasificación que comprendería además las medidas de innovar y no innovar; pero tal apariencia no es correcta.

Las "medidas temporales sobre el fondo" nos refieren a aquellas medidas cuyos efectos son similares a la eventual sentencia que es materia de aseguramiento, lo cual naturalmente corresponde a la pretensión principal, criterio de clasificación de las medidas cautelares que permite distinguirlas entre "medidas coincidentes" que no son, sino las "temporales sobre el fondo", con las "no coincidentes" con la eventual sentencia materia de aseguramiento.[419]

Por el contrario, el criterio de clasificación que diferencia entre medidas innovativas y de no innovar alude a la incidencia de la medida

419 Respecto a la clasificación propuesta por Juan Monroy Palacios, ver Monroy, 2002: p. 183 y siguientes, que se basa en gran medida en la clasificación de Piero Calamandrei entre medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad (busca garantizar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final) y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal (busca la aceleración en vía provisoria la satisfacción del derecho recayendo la providencia directamente sobre la relación sustancial controvertida). Monroy Palacios con la denominación propuesta resalta el carácter complementario de ambos conceptos, en ambos incluso la coincidente. Caso típico, de medida temporal sobre el fondo, en el que incluso está previsto expresamente su otorgamiento, es el de asignación anticipada de alimentos, donde comúnmente se acompaña como anexo de la demanda la partida de nacimiento (instrumento público con alto grado de fuerza probatoria) y donde el peligro en la demora es manifiesto, al grado que como resaltamos por su impacto social y su vinculación con derechos fundamentales la ley las ha previsto expresamente. En materia contenciosa administrativa tal situación se presenta a modo de ejemplo en las medidas consistentes en la reposición de un empleado público, la inscripción registral de la directiva de una asociación, el *ascenso provisional al grado de General PNP,* etc.

con la relación material fáctico jurídico, lo cual no solo responde a otro criterio, sino también a otro ámbito de relación, porque debe tenerse presente que cuando se presenta una solicitud cautelar se puede distinguir hasta tres escenarios o "ventanas" en la litis. De este modo, antes de la interposición de la demanda, solo existe la "ventana" o "escenario" de la relación material, a la que hay que agregar la "ventana" o "escenario" la relación del proceso principal cuando ella es admitida, y la "ventana" o "escenario" de la relación cautelar cuando se presenta la solicitud cautelar; correspondiendo al criterio de clasificación que distingue entre medidas innovativas y de no innovar un criterio que vincula la medida con la "ventana" o "escenario" de la relación material. Son innovativas aquellas medidas cuya concesión alteran la realidad material fáctico jurídico, mientras que las segundas aseguran la eventual sentencia ordenando la prohibición de eventos que signifiquen la alteración de la relación material, lo que no se pregunta por la coincidencia de los efectos de la medida con la eventual sentencia, que pertenece a la "ventana" o "escenario" del proceso principal, criterio sobre el cual sí responde la medida temporal sobre el fondo como la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a eventualmente decidir en la sentencia en su integridad o solo en aspectos sustanciales por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta.

Tengamos en cuenta que el texto originario del Código Procesal Civil, además de establecer la regla de la excepcionalidad de las medidas innovativas en su artículo 682, establecía similar regla en el artículo 687 para las medidas de no innovar. Entonces, mal se puede concluir que para el legislador del Código Procesal Civil la clasificación de medidas de innovar y no innovar agote la clasificación de las medidas cautelares por su incidencia en la relación material, lo que nos lleva a hacer explícita dentro de esta clasificación a las medidas que sin ser no innovativas, no inciden en la relación material. Así por ejemplo, la medida de embargo en forma de inscripción dictada dentro de un proceso de obligación de dar suma de dinero no altera la posición de acreedor-deudor, ni la situación fáctica de la relación material, mientras que las medidas no innovativas contienen una orden de no alteración de la situación fáctica jurídica, por lo que bien tiene la naturaleza de una medida que altera o incide en la relación material.

Por consiguiente, las medidas cautelares se clasifican en el Código Procesal Civil según el criterio de su incidencia en la relación material entre aquellas que inciden con las que no inciden, sub clasificándose en relación a las primeras entre medidas innovativas y de no innovar.

21.4.3.2 La regla específica del artículo 37 de la LPCA para las medidas de innovar y no innovar

El artículo 37 de la Ley 27584 del entonces texto vigente de la ley contenciosa, establecía una regla específica para las medidas de innovar y no innovar consistente en su especial procedencia: "Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar"[420].

Como se puede apreciar, esta regla contiene dos supuestos de hecho (las medidas de innovar y no innovar pertenecientes al proceso contencioso administrativo), a las cuales aplica la misma consecuencia jurídica consistente en que "son especialmente procedentes". En relación a los supuestos de hecho, hay que señalar que al comprender a las medidas de innovar y no innovar, literalmente, alcanza a todas las medidas cautelares que inciden en la relación material. Esto también fue previsto para el texto del Código Procesal Civil (artículos 682 y 687), pero con la consecuencia opuesta de la excepcionalidad. Entonces, una interpretación sistemática del texto del ordenamiento que no se limite a un contenido literal del ordenamiento, sino a la integridad del mismo respetando su coherencia interna y Principio de No Contradicción e Igualdad de Trato, debe ser capaz de explicar cómo resulta razonable que en el caso específico del proceso contencioso administrativo, rija la consecuencia totalmente opuesta a la regla general de la excepcionalidad de las medidas innovativas[421] y de no innovar.

En ese sentido, además de la axiología valorativa de la LPCA de concebirse de plena jurisdicción e introducir como principio el de suplencia de oficio y de igualdad, hay que adicionar la circunstancia muy específica, propia de la controversia procesal de la especialidad contenciosa administrativa, de significar en su esencia la alteración de las naturales posiciones en el proceso, por imposición del privilegio de auto-tutela de la administración, transformando al acreedor de la relación material (Estado) no en demandante, como le corresponde a cualquier particular, sino en ejecutante administrativo y correlativamente al particular que de acuerdo a la regla general del monopolio de la tutela por el Poder Judicial debería corresponderle la posición de demandado a situarse en la posición de demandante de la relación procesal.

---

420 Este texto sigue sin alteración alguna vigente sólo que con el Texto Único Ordenado de la Ley D.S. 013-2008, expedido a raíz de todas las modificaciones establecidas al texto originario ha cambiado su numeración correspondiéndole la numeración de artículo 39.

421 Véase artículo 682 del Código Procesal Civil que dice: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley".

Por consiguiente, la regla de la "especial procedencia" de las medidas innovativas encontraría una justificación constitucional al permitir un efectivo control judicial de la actividad administrativa del Estado, que goza de modo extraordinario del privilegio de auto-tutela.

En relación al otro tema controvertido del originario artículo 37, sobre la consecuencia jurídica contenida con la expresión "especial procedencia", hay que señalar que ella no es usada en ningún otro supuesto en la ley especial. Se aprecia su empleo en el texto procesal general del artículo 615 del Código Procesal Civil para el supuesto de la solicitud presentada por quien ha obtenido sentencia favorable con la consecuencia jurídica de convertir en inexigible los requisitos de la petición cautelar previstos en los incisos 1 y 4 del artículo 610 consistentes en la exposición de sus fundamentos (lo que jurisprudencialmente es interpretado como una prescindencia del análisis de la verosimilitud) y ofrecer contracautela. Entonces, ¿qué alcance y significado debería darse a la calificación de "especial procedencia" para las medidas de innovar y no innovar en el contencioso administrativo? Ciertamente, la LPCA no especificaba como sí lo hizo el artículo 615 del Código Procesal Civil, el alcance de su significación, pero estimamos que no debe comprenderse por "especial procedencia" lo mismo. Es decir, ello no debe significar que el operador jurisdiccional deba sustraerse de analizar la verosimilitud y de exigir contracautela, por cuanto el significado literal de esta expresión resalta únicamente un particular tratamiento que solo en el supuesto de mediar una sentencia favorable justifica tal efecto, porque en un contexto donde ya ha habido pronunciamiento de certeza en una instancia es razonable que se prescinda del análisis de la verosimilitud y de la contracautela, pero no cuando el efecto de la "especial procedencia" se derive de una estimativa constitucionalista que busca la efectividad del control jurisdiccional a una administración que goza del privilegio de auto-tutela declarativa y ejecutiva.

En ese sentido, resulta razonable que "especial procedencia" de las medidas de innovar y no innovar en el proceso contencioso administrativo solo signifique la no aplicación de la regla de la "excepcionalidad" prevista en el texto general del Código Procesal Civil (artículos 682 y 687). Ello es así por cuanto la medida natural a concederse en el proceso contencioso administrativo es la supresión provisional del privilegio de auto-tutela de la administración, que no es sino la suspensión de los efectos de la resolución administrativa impugnada judicialmente.

21.4.3.3 Las medidas temporales sobre el fondo en el PCA. Ausencia de regla en la específica LPCA y excepcionalidad en el artículo 674 del Código Procesal Civil

Las medidas temporales sobre el fondo, consistentes en un anticipo de lo que el juzgador va a decidir en la eventual sentencia en su integridad o solo en aspectos sustanciales, no tenían una regla específica en la ley especial. Por ello, una interpretación espontánea casi natural podría concluir en la aplicación para ese caso de la regla general de la excepcionalidad establecida en el Código Procesal Civil, -actualmente como veremos más adelante se ha vuelto aún más restrictiva-, al exigírsele para su concesión una extraordinaria verosimilitud y peligro en la demora.

Al respecto téngase presente que en nuestra legislación, inicialmente solo eran exigibles para el Juez, sin que ello sea conjuntivo la necesidad impostergable del solicitante o el fundamento que demuestra la demanda, al disponer el artículo 674 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado por la Resolución Ministerial 10-93-JUS, publicado el 23 de abril de 1993, que:

*"Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide **o** por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo- en aspectos sustanciales de ésta".*

Entonces, es menester contrastar esta regla del Texto del Código Procesal Civil (artículo 674) con el artículo 37 del texto originario de la LPCA, donde se menciona que son especialmente procedentes las medidas de innovar y no innovar. El artículo 674 del CPC se refiere a las medidas temporales sobre el fondo y la consecuencia que obtiene es la "excepcionalidad", situación diametralmente opuesta a las medidas de innovar y no innovar cuya consecuencia es la "especial procedencia".

En consecuencia, la calificación de una medida como innovativa o de ejecución temporal sobre el fondo es relevante en el contencioso administrativo porque el tratamiento es totalmente opuesto; pero esta delimitación todavía abstracta configura una auténtica antinomia cuando descubre que en la casuística, dado que como ya hemos explicado el criterio de la clasificación de las medidas innovativas y temporales sobre el fondo son distintas, se presentan medidas que al mismo tiempo que de innovar o no innovar significan también medidas temporales sobre el fondo.

Entonces para estos casos, ¿cuál regla debería aplicarse? Se produce una antinomia donde el criterio de la especialidad no parece suficiente para determinar la norma aplicable. Es el caso, por ejemplo, de la medida de inscripción provisional que al mismo que altera la realidad fáctico jurídica (innovativa) anticipa los resultados de la eventual sentencia coincidiendo en lo sustancial con ello cuando además de solicitar la nulidad de la resolución del Tribunal Registral que denegó una solicitud de inscripción se solicitó como pretensión de plena jurisdicción se ordene a los registros públicos la inscripción registral. Esta antinomia se presentaba así como condición de posibilidad para justificar una pluralidad de respuestas entre ellas el evento activista que es objeto de análisis.

21.5. Análisis de microscopía: el emblemático expediente N° 2006-46466-71-1801-JR-CI-09

21.5.1. Presentación y descripción del expediente emblemático

Involucrando la investigación a la Magistrada Salinas, su actuación en diversos expedientes, nos centramos a continuación en el detalle del emblemático expediente N° 2006-46466-71-1801-JR-CI-09, el cual en lo sustancial manifiesta una actuación de la Magistrada semejante a la que ejerció en los otros expedientes, que igualmente fueron objeto de investigación disciplinaria.

En el expediente N° 2006-46466-71-1801-JR-CI-09, la pretensión principal de la demanda, admitida el 29 de enero del 2005, no se limitaba a un pedido de nulidad de un acto administrativo, sino consistía sustancialmente en que se reconociera a favor del recurrente el grado de General de la Policía Nacional del Perú con fecha 1 de enero del 2005,por la afectación del debido proceso y al derecho fundamental al proyecto de vida, solicitando además que se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú en el grado de General de la Policía Nacional del Perú con todas las prerrogativas, beneficios, honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú, así como la asignación de un puesto de comando en dicho grado y en mérito a su antigüedad en el grado en la Policía Nacional del Perú. La demanda fue admitida el 29 de enero del 2005.

En la solicitud cautelar se peticionaba como medida temporal sobre el fondo, el reconocimiento a favor del recurrente del Grado de General de Policía Nacional del Perú con fecha 1 de enero del 2005, se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú en el grado de General de la Policía Nacional del Perú con todas las

prerrogativas beneficios honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú así como la asignación de un puesto de comando en dicho grado y en mérito a su antigüedad en el grado en la Policía Nacional del Perú.

Mediante Resolución Número uno de fecha 14.03.08, el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo concedió la medida cautelar solicitada por el recurrente ordenando que "el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceda a ascender provisionalmente a don Juan José Marcelino Santivañez Marín al grado de General PNP, a partir del primero de enero del año 2008, considerando desde esa fecha tiempo laborable en dicho grado, se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú con todas las prerrogativas, beneficios, honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú, así como se le asigne un puesto de Comando en dicho grado, y en mérito a su antigüedad en el grado", dando el plazo de tres días bajo apercibimiento de proceder conforme a ley en caso de incumplimiento.

21.5.2. Los requisitos de concesión de las medidas cautelares

Los requisitos de la concesión de la medida cautelar en la doctrina y en la legislación especial del proceso contencioso administrativo son tres: La verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida. En el Código Procesal Civil se señala, además, la contracautela, pero esta no se encuentra prevista expresamente en el texto de la LPCA. Por esta razón, doctrinariamente, se ha mencionado que en rigor es un requisito de ejecución de la medida, aspecto que habría sido recogido conscientemente por el legislador de la Ley 27584.

21.5.2.1 La verosimilitud del derecho invocado

La teoría cautelar rechaza el dogma de la certeza del proceso tradicional, consistente en la necesidad ineludible como requisito para la ejecución judicial la certeza del juzgador derivada de una cognición plena. Tal dogma, elaborado en un contexto de racionalismo y cientificidad del proceso, se flexibilizó como consecuencia de "la rebelión de las masas", acaecida en el siglo XX, por cuanto los crecientes derechos económicos y sociales exigían no solo su reconocimiento declarativo, sino también su eficacia en el plano material, incursionando, por consiguiente, la teoría cautelar. Esta, en medio de una cognición no plena, se ha limitado a exigir solo una apariencia del derecho, es decir, un prejuzgamiento surgido en una circunstancia de cognición insuficiente para emitir una decisión con certeza, pero capaz de justificar una decisión que eventualmente altere la posición desventajosa del demandante,

asegurando la ejecutabilidad de la eventual sentencia y la satisfacción subjetiva de la parte que normalmente soporta la carga de la demora del proceso. Precisamente, el tamiz de la calificación de la verosimilitud por parte del juzgador es la seguridad que tiene la *inaudita pars,*que la concesión de la medida al demandante no sea una arbitrariedad en su perjuicio, sino que haya pasado un test consistente en la "posibilidad razonable" que la demanda sea declarada fundada. Precisamente por ello, la verosimilitud involucra a nivel de probabilidad un juicio lógico, la construcción de un silogismo, que comprende el establecimiento de la premisa mayor, la premisa menor, el nexo deóntico y la conclusión, como subsunción a nivel de probable y eventualmente también una ponderación a nivel de probable como justificación del establecimiento de la premisa mayor.

21.5.2.2. El peligro en la demora

Este requisito resume la razón de ser de la institución cautelar, por cuanto sin él no cabría ni siquiera hablar de la posibilidad de su concesión. Sin duda, el lapso que transcurre para que se cumpla la prestación del servicio de justicia de decisión final y ejecución configura la inevitable -por necesaria concreción del debido proceso- demora que, naturalmente, soporta el demandante. Y al configurarse como peligro puede en no pocas veces convertir en irreparable el perjuicio material al derecho del actor, afectando la eficacia de la eventual decisión final. Por esta razón. el establecimiento de una tutela jurisdiccional efectiva estima en tal supuesto como necesaria la posibilidad de la emisión de una decisión preventiva que pueda alterar la situación de desventaja del demandante, que en el contencioso administrativo es el particular frente al Estado. De esta manera, el legislador estima el supuesto de peligro en la demora como un requisito de concesión de la medida cautelar. En el supuesto contrario,, es decir, en la situación que el transcurso del tiempo producido a consecuencia del proceso no configure peligro, aun cuando pueda haber verosimilitud en el derecho invocado, así como adecuación de la medida, la medida deberá ser rechazada.

21.5.2.3.La adecuación de la medida

Por adecuación de la medida se alude a la exigencia que la específica medida solicitada sea la que corresponda otorgar de acuerdo a la naturaleza de la situación por encontrarse tal medida cautelarmente peticionada vinculada a lo que es materia de aseguramiento o a su conveniencia, conforme a ciertos criterios estándares reconocidos legislativamente o jurisprudencialmente por la experiencia práctica. En relación a lo primero, se señala que la medida a concederse debe

ser congruente (vinculación cualitativa) y proporcional (calificación cuantitativa) con aquello que es materia de aseguramiento (eventual decisión de fondo). De esta manera, el tema de la adecuación introduce el tema de la específica medida, ante la posibilidad de múltiples medidas, que pueden solicitarse (desde el lugar del demandante) o se concederse (desde el lugar del operador jurisdiccional). En relación a lo segundo, concerniente a la conveniencia, se adiciona a la selección de la medida criterios orientados a determinar la maximización de utilidad social de la medida atendiéndose a un test de costo-beneficio en relación a bienes jurídicos afectados o a la irreversibilidad de la medida, en el supuesto abstracto que ello supone siempre el riesgo de una afectación irreparable, no sustituible al afectado con la medida.

21.5.3. Escenarios de posibles en el horizonte de respuesta judicial

21.5.3.1. El antecedente conservador de la denegatoria

Si nos encontramos dentro de un proceso de cambio de estimativa en nuestra cultura judicial, no nos debe sorprender el hecho de los antecedentes conservadores de denegatoria en casos semejantes. Ciertamente, la casuística revela que incluso la misma Magistrada en la **Resolución Uno del 8 de febrero de 2007** recaída en el **Expediente 2006-4590-63 (Medida Cautelar)**, rechazó la solicitud cautelar de don William Higinio Cabello Toribio, cuando este solicitó medida cautelar dentro de proceso ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, con la finalidad que: "a) se le otorgue la bonificación del diez por ciento en la Notal Final del Cuadro de Mérito para el proceso de Ascenso de Oficiales de la PNP –Promoción dos mil siete, de conformidad con lo que dispone la Ley 23324 y b) se disponga el ascenso del recurrente quien ostenta el grado de Comandante PNP al grado de Coronel PNP, por haber alcanzado la vacante respectiva, atendiendo a las consideraciones expuestas".[422] Pero aún en este caso, el rechazo

422 Considerando Primero de la Resolución 01 de fecha 08-02-2007 (Expediente 2006-4590-63). La juzgadora motivó el rechazo en la falta de verosimilitud argumentando: *"A que, lo solicitado por el recurrente por ahora no resulta viable, por cuanto,* ***si bien se ha establecido haber participado en el conflicto con el Ecuador como se verifica de los anexos adjuntado, obteniendo incluso las felicitaciones públicas, también lo es que la entidad demandada fundamenta sus decisiones en normas especiales, para el otorgamiento de beneficios como el solicitado****, remarcando el hecho que, en sede administrativa el solicitante no ha obtenido resolución favorable a dicho pedido, por lo cual en el expediente principal impugna dicha resolución, por lo cual la Policía Nacional del Perú, teniendo protestad de revisión y otorgamiento de beneficios, actuó de acuerdo a sus prerrogativas, por lo cual y a efectos de desvirtuar lo señalado en las resoluciones cuestionadas será necesario un previo debate en el cuaderno principal, luego de lo cual el órgano jurisdiccional podrá asumir una posición jurídica adecuados a los fines de la tutela pretendida y a la justicia que debe emanar de toda decisión del Poder Judicial".* (Véase Considerando Tercero de la Resolución 01 de fecha 08-02-2007

se basó en la falta de verosimilitud, no teniendo precedente –al menos conocida- la reflexión jurisprudencial o académica de una denegatoria cautelar en base a fundamentos del carácter extraordinario de las medidas temporales sobre el fondo, pese a cumplirse los requisitos de la ordinaria verosimilitud y del peligro en la demora. La condición de posibilidad del evento activista consistente en la antinomia del artículo 674 del CPC con el artículo 37 de la LPCA no había sido aún analizada, ni doctrinaria ni jurisprudencialmente, a efectos de fundamentar el rechazo de la medida cautelar.

21.5.3.2. El antecedente de la concesión cautelar de la Tercera Sala

En el mismo expediente descrito en el acápite anterior la **Resolución cautelar fue revocada** por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la CSJL mediante la Resolución Dos de fecha 28 de mayo de 2007 recaída en el Expediente 964-2007, sustentándose en su quinto considerando acerca de la verosimilitud del derecho invocado:

"Que, en ese sentido, de la revisión de los recaudos aparejados al cuaderno de apelación objeto de análisis se aprecia que los medios probatorios ofrecidos por el recurrente, meridianamente nos llevan a establecer concierto grado de verosimilitud que: (i) el recurrente prestó servicios el año de mil novecientos ochenta y uno, en el PVT HUANÉSIMO TUMBES, en los meses de enero y febrero (meses en que se suscitó el conflicto con el Ecuador); (ii) el recurrente se encontraría incurso dentro de los alcances de la Ley 23324, la cual en su artículo 1 establece que: "El personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que intervino en forma directa en defensa de la integridad territorial con ocasión del conflicto en la Frontera Norte en Enero y Febrero de 1981, en la Cordillera del Cóndor, será bonificado por una sola vez, en su nota final del Cuadro de Mérito para el Ascenso, en la siguiente escala: hasta en un 15% para quienes participaron en combate en forma decidida, valiente, y con riesgo de sus vidas y hasta en un 10% para quienes se distinguieron por su sacrificio, iniciativa y eficiencia, sin perjuicio de las distinciones, honores y citaciones a que se han hecho acreedores"; y, (iii) al no haberle sido otorgada hasta la fecha la bonificación del 10% en la nota Final del Cuadro de Mérito para el ascenso al grado inmediato superior, le correspondería gozar del beneficio estipulado en la normatividad acotada; máxime si se tiene en cuenta que la autoridad administrativa si bien no emitió pronunciamiento expreso sobre su situación jurídica en el procedimiento administrativo iniciado mediante escrito de fecha cinco de enero de dos mil seis –existiendo denegatoria ficta-, sí lo hizo en casos similares al de autos,

(Expediente 2006-4590-63).

concediéndoles a otros oficiales de la PNP el derecho solicitado en aplicación de la acotada normatividad (…)".

Agregando, en relación al requisito de **la adecuación** lo siguiente:

"Que, en lo atingente al requisito de adecuación de la medida, si bien el artículo 37 de la Ley 27584 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece: "son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar"; **ello, no es óbice para otorgar una medida temporal sobre el fondo** como la solicitada por el pretensor, por cuanto dicha disposición no excluye la procedencia de este tipo de medidas, más aún si ésta resulta ser una medida congruente y proporcional con el objeto de aseguramiento, esto es, la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia".

En base a estos fundamentos, dicho órgano superior -a diferencia de lo decidido por la Magistrado Salinas- percibiendo la antinomia del artículo 674 del CPC y el artículo 37 de la LPCA, concedió la medida cautelar y ordenó que la entidad demandada, dando cumplimiento a la Ley 23324, otorgue al recurrente la bonificación del 10% en la nota final del cuadro de méritos para el proceso de ascenso de oficiales PNP- Promoción 2007, **disponiendo de manera excepcional su ascenso del grado de Comandante PNP al grado de Coronel PNP.** Pero adviértase que en este caso, claramente, no nos encontrábamos en el supuesto del artículo 172 de la Constitución Política, esto es de ascenso de Generales de las Fuerzas Armadas o Policiales reservada al Presidente de la República.

Bajo tal contexto, de suponerse que esta decisión adoptada por el órgano superior podría haber sido conocida por la Magistrado Salinas ya tiempo después. Es verosímil pensar que tal criterio podría haber influenciado en una mayor reflexión y permisividad en el análisis de las medidas cautelares que sobre el tema de ascensos podría haber sido puesto a su conocimiento con posterioridad.

21.5.3.3. La Alternativa "activista" de conceder los ascensos cautelares

Decir que hay verosimilitud y peligro en la demora es reconocer la presencia de los dos requisitos preponderantes para la concesión de una cautelar. En realidad, ello reconoce una situación que en principio exige la toma de una medida para asegurar la eventual sentencia. Que tenga que ser la solicitada u otra más razonable o adecuada a los fines del proceso es un análisis ulterior.

Téngase presente que en el caso concreto en el que se planteaba un ascenso a General de la Policía, el análisis de la verosimilitud tendría que ver en el aspecto que la pretensión no solo se limitara a la nulidad del acto administrativo, que no lo había considerado dentro del ascenso al demandante. Al comprender la pretensión de ascenso (pretensión de plena jurisdicción) era menester que se analizara contra lo que parecía ser un impedimento constitucional (artículo 172), el cual parecería establecer una regla de reserva del acto de ascenso al presidente de la República, acto que tradicionalmente no se ha encontrado sujeto a control jurisdiccional por ser considerado un "acto político" o de "gobierno".

La pregunta que seguidamente uno se formula al respecto es que si dentro del cambio de estimativa propio de un Estado Constitucional, donde los "actos políticos" no sujetos a control jurisdiccional tienden a disminuirse sino extinguirse se comprendía también al acto del artículo 172 de la Constitución Política, tema sumamente polémico que no por ello podía ser de plano negada como alternativa, más aún en el contexto de la trayectoria de una judicatura activista victoriosa. Ciertamente, de ordenarse por medida cautelar el ascenso a General de la Policía, significaba además conceder una "medida temporal sobre el fondo", lo que de acuerdo a la regla general de las medidas cautelares presente en el texto del Código Procesal Civil solo podía ser otorgada, excepcionalmente, ante una extraordinaria verosimilitud y una extraordinario peligro en la demora.

Por consiguiente, la alternativa activista de conceder las medidas cautelares tenía además el reto de argumentar sólidamente esa extraordinaria verosimilitud. Ser consciente que ello significaba ir contra una tradición anterior, de atreverse a acontecer y más todavía de acontecer omitiendo la sólida argumentación, la reacción conservadora propia de la cultura de un Estado Legislativo era predecible.

21.5.3.4. La Alternativa de *conceder adecuando*

21.5.3.4.1. Medida solicitada y medida concedida

El Código Procesal Civil establece la regla general para el requisito de adecuación. A diferencia de los otros requisitos de concesión (verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora), que la falta de adecuación en la medida solicitada no es causal de su rechazo, sino que simplemente habilita al operador jurisdiccional conceder otra medida que considere adecuada[423]. Esto ciertamente flexibiliza, al interior

423 "El Juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere

del proceso cautelar, el Principio de Congruencia, propio del Debido Proceso, pero no significa de ningún modo una habilitación para permitir en el Magistrado una discrecionalidad ilimitada, absoluta, arbitraria. Por el contrario, el precepto que autoriza al Magistrado apartarse de lo peticionado como medida, facultándolo a conceder otra medida distinta a la solicitada en la petición cautelar, exige que la específica medida seleccionada por el magistrado deba ser igualmente como se le exige al peticionante "adecuada", es decir, congruente y proporcional con lo que es materia de aseguramiento lo que corresponde a la eventual sentencia favorable al demandante. Por consiguiente, resulta totalmente absurdo que al solicitar el peticionante una medida cautelar adecuada ,el Juez, ejerciendo la facultad prevista en el artículo 611 del Código Procesal Civil, conceda una medida además de distinta a la solicitada no congruente ni proporcional. Atiéndase a esto particularmente, porque ello en rigor significa que la específica selección del Juez se enmarca dentro de lo definido no por él, sino por el mismo demandante que es el peticionante de la medida cautelar[424]. Por consiguiente la congruencia en sus rasgos esenciales se mantiene y no se afecta. Similar regla en materia del proceso contencioso administrativo se repetía en el original artículo 36 de la LPCA –actual artículo 39 del Texto Único Ordenado- al establecer que "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva".

De esta regla se infiere que el operador jurisdiccional goza de la facultad de conceder una medida distinta a la peticionada por el actor, flexibilizando el Principio de Congruencia, pero manteniéndolo en lo sustancial por cuanto su actuación siempre ha de moverse dentro de lo peticionado por el demandante en el principal.

Delimitemos ahora los supuestos en que esta facultad puede ser utilizada por el Magistrado. Ciertamente en ella no están comprendidos los casos en los cuales este estime que no hay peligro en la demora, porque entonces la medida de ninguna manera será concedida. Los supuestos se restringen a aquellos casos en que el operador jurisdiccional califica la existencia de verosimilitud y peligro en la demora, supuesto en el que se presentan las siguientes situaciones:

1) En primer lugar está el supuesto de una medida peticionada que goza de una ordinaria verosimilitud y peligro en la demora, pero que no es adecuada por no ser congruente o proporcional. La consecuencia de

adecuada, siempre que (se aprecie verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora)"

424 Por esto no es correcta la apreciación de Ariano, 2004:p.1; que dice que el Código Procesal Civil "le da carta blanca al juez para que determine, sin límites aparentes, el contenido de la medida cautelar a conceder".

ello será el rechazo de la medida solicitada. Se analiza la posibilidad de su variación por otra que sea congruente y proporcional y, eventualmente, es concedidapor el Juez la medida adecuada no solicitada.

2) En segundo lugar, está el supuesto de una medida peticionada que goza de una ordinaria verosimilitud y peligro en la demora, y es además adecuada por ser congruente y proporcional, pero que al tratarse de una medida temporal sobre el fondo se advierte que no goza de una extraordinaria verosimilitud o extraordinario peligro en la demora. La consecuencia de ello será el rechazo de la medida solicitada. Se analiza la posibilidad de su variación por otra medida que no sea la temporal sobre el fondo. El Juez concede, eventualmente, la medida adecuada que no es temporal sobre el fondo y no ha sido solicitada.

De este modo, puede presentarse situaciones en las que habiendo verosimilitud y peligro en el retraso se rechace por falta de una extraordinaria verosimilitud o un extraordinario peligro en la demora. La consecuencia podría ser la de adecuación. El juez podrá conceder una medida distinta a la temporal sobre el fondo, pero qué sucedería si además de no haberlo solicitado el operador jurisdiccional no aprecia como posible, porque de las circunstancias actuales no lo advierte otra medida. No tendrá otra alternativa que el rechazo de la medida cautelar.

21.5.3.4.2. Conceder adecuando en el caso emblemático

El análisis precedente significa la posibilidad que en el caso emblemático era una alternativa conceder la medida cautelar adecuándola por otra menos gravosa, que no tuviera la naturaleza de una temporal sobre el fondo. ¿Pero cuál medida podía concederse?¿Acaso una de no innovar que ordenara que se mantenga la situación del demandante en su grado vigente? La alternativa de conceder adecuando exigía una argumentación y una imaginación de atender a una medida adecuada no irreversible (podría ponerse "reversible") que a su vez de justificar con un discurso la naturaleza de la variación y con ello un discurso argumentativo sólido, no constituyera una temporal sobre el fondo.

21.5.4. El discurso justificativo de la Resolución Cautelar

La solicitud cautelar fue concedida mediante Resolución Uno de fecha 14.03.08, motivándose en relación a la verosimilitud del derecho invocado, en que se había comprobado con los documentos adjuntados que el demandante ocupaba el puesto número catorce del Escalafón de Oficiales Coroneles en situación de actividad, que había sido declarado apto mediante Orden General Número Diez del 31 de octubre del 2007 para postular al grado de General, que contaba con los otros requisitos

exigidos como ser egresado y diplomado del INAEP, con más de 28 años de servicios en la institución, cursos de perfeccionamiento de la Escuela Superior de la PNP durante los años de 1985 y 1989, así como que no registraba sentencia judicial condenatoria con pena privativa de la libertad consentida o ejecutoriada durante toda su carrera, que no registraba juicios pendientes ni investigaciones administrativo disciplinarias ante los tribunales administrativos disciplinarios ni sanciones y que era su tercera postulación al proceso de ascenso a General. Asimismo, se tuvo presente la inobservancia al debido proceso administrativo, pues no se cumplió con la Directiva Número 01-02-2007-DGPNP-DIRREHUM-A "Normas y Procedimientos para el Proceso de Selección y Ascenso a en los grados de Teniente General y General de la Policía Nacional del Perú" al no haber accedido a ninguna vacante para el proceso de ascenso del año 2007- promoción 2008 por haberse otorgado vacantes a Oficiales Coroneles que habían sido declarados inaptos para dicho proceso y que no cumplían con los requisitos mínimos requeridos para su promoción en el cargo.

En relación a la adecuación de la medida, el considerando décimo séptimo hizo referencia que "la Ley 27584 señala que son especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y de no innovar por ende, a efectos de asegurar la efectividad de la sentencia que puede emitir en el principal y teniendo en cuenta que la medida solicitada resulta adecuada, considerando que la medida innovativa es la adecuada respecto de lo solicitado (…) por lo cual resulta pertinente por ahora",por lo que concedió la medida en los términos solicitados.

Ante ello, el Procurador Público mediante escrito presentado con fecha 25.04.08 solicitó la variación de la medida cautelar informando que no corresponde otorgar el ascenso al grado de General de Policía Nacional del Perú, al Ministerio del Interior ni menos a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú. Señala que el mandato es jurídicamente imposible al contravenir lo dispuesto en el artículo 172 de la Constitución Política del Estado Peruano; lo que dio lugar a la Resolución N° 10 de fecha 29.04.08, en la que identificando que el pedido no es de variación de medida cautelar, sino de la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declaró improcedente el pedido de Variación de Medida Cautelar, por no cumplir con el presupuesto del artículo 617° del Código Procesal Civil (que regula la variación de la medida cautelar). Mediante Resolución N° 12 de fecha 28.04.08 invocando el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se requirió al Ministerio del Interior como al Director General de la Policía Nacional del Perú, el cabal cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 1 en el plazo de diez días bajo apercibimiento de ley.

21.6. Reacción contra el activismo judicial

21.6.1. Reacción y cultura de tutela abstenida

Por "Cultura de Tutela Abstenida" entendemos un "tipo ideal" al estilo weberiano[425], que se presenta como una construcción edificada sobre el opuesto contra-fáctico de la cultura jurídica propia del Estado Constitucional, donde se posiciona un Juez propio de un Estado Constitucional con valor de "tutela judicial efectiva". El nombre "abstenida" alude a su sentido lingüístico de privarse de algo que en relación a la justicia es privarse de su propia esencia de su propia razón de ser que es impartir justicia.[426] De este modo, "Cultura de Tutela Abstenida" o "Cultura Abstenida" aludiría a una determinada visión de mundo, de hábitos, de creencias, de actitudes vinculadas al quehacer judicial donde se desarrolla una "tutela abstenida", la cual es propia de un Estado Legislativo. La vigencia hipotética de este Estado se aprecia en la reacción que generó las medidas adoptadas por los jueces activistas.

21.6.2. La denuncia ante la OCMA

La concesión de medidas cautelares fue puesta a conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, a través de una denuncia del Ministerio de Justicia, lo que tempranamente, con su misma calificación dio origen a una medida provisional disciplinaria consistente en la separación momentánea del Magistrado (Resolución de abstención), de fecha cinco de junio del año 2008, la cual fue

425 Los "tipos ideales" construidos y empleados por Max Weber fueron concebidos como construcción conceptual que encuentra su material paradigmático esencialmente en las realidades de la acción social a partir de las cuales crea conceptos generalizantes puros, con el propósito de utilidad para la imputación causal histórica de los fenómenos culturalmente importantes, sin que coincida plenamente con una realidad histórica determinada sino que permita comprenderla empleando eventualmente para su comprensión más de un tipo ideal. Lo expresado es un parafraseo casi textual de Weber, 1984:p.16.

426 En esto recogemos la distinción a modo complementario de la diferencia entre 'Tutela jurisdiccional efectiva' y 'tutela Abstenida' "En símbolos alegóricos la 'tutela judicial efectiva' se representa por una mujer con vendas en los ojos, una espada en la mano y en la otra una balanza; por el contrario, a la tutela abstenida sugerimos representarla sin espada ciertamente con vendas en los ojos una balanza en la mano izquierda y vacía en la derecha luego de haberse colocado la papa en la vagina. / El tubérculo como representación no de poder sino de potencial fecundo (que en la labor jurisdiccional debe entenderse el propio juicio, el propio criterio sustentado en la razón y la voluntad propia comprensiva de los valores constitucionales) que sin embargo se emplea como contrapoder, como autocontrol sobre sí misma a punto de privarse de su propia razón de ser, de su aspecto más fecundo y fértil, porque precisamente el Juez cuando se encuadra dentro del tipo ideal de la tutela abstenida renuncia a asumir su propio criterio, por temor a ser sancionado, elige la opción interpretativa más cómoda, la que ignora los principios constitucionales, satisfaciendo con ello un requerimiento evidente de la sociedad civil: el de mayor productividad en el menor tiempo posible". (Véase Quispe Salsavilca, 2011).

revocada después de más de un año por el órgano de control de segunda instancia, esto es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

21.6.3. Crónica del correlato mediático

El caso de los ascensos fue de conocimiento público, su emisión fue noticia, trascendió tanto a la prensa televisiva como a la prensa escrita, las cuales manifestaron un gran interés con relación al procedimiento disciplinario que se inició contra la Magistrada Alicia Salinas, por haber concedido –entre otros- el ascenso del Coronel PNP Juan José Santiváñez Marín a través de una medida cautelar, lo cual cobró singular importancia para la población al trasmitir estos medios de comunicación la actitud de esta Jueza y de personajes del Poder Ejecutivo como la entonces ministra de Justicia (Rosario Fernández) y el ex ministro del Interior (Luis Alva Castro). Además de las propias deducciones que estas fuentes de información transmitieron. Así por ejemplo, el ex Ministro del Interior, Luis Alva Castro, expresó públicamente su oposición al otorgamiento de la medida cautelar efectuada por la Magistrada Alicia Salinas mediante la cual ascendió, provisionalmente, a un Coronel de la PNP, en base a que dicha decisión atentaría contra lo prescrito en el artículo 172 de la Constitución Política del Perú, por lo que se negaba en su calidad de Titular del Interior a cumplir con dicha decisión[427], declaración que fue reiterada en otros medios de prensa[428]. En similar orientación la ex ministra de Justicia, Rosario Fernández manifestó que la concesión significaba un mal uso de las medidas cautelares y un exceso por parte de esta juzgadora, razón por la cual hizo pública su solicitud ante la Jefa del OCMA para que se investigara el ascenso

---

427 Véase Diario El Correo, Pág. 5 **del miércoles 4 de junio de 2008.** Noticia : **"ANUNCIA ALVA CASTRO IRÁN AL TC" donde se dice:** *"El Ministro del Interior acudirá al Tribunal Constitucional para impedir que se viole la Carta Magna como pretende el fallo de la jueza Salinas, que ordena ascender en forma provisional a un oficial. "Vivimos en un Estado de Derecho y voy a pelear hasta el final para que el TC nos dé la razón, porque si queremos limpiar la institución no puede ser que se sigan cometiendo errores y se mantenga a personas que han sido sancionadas y castigadas", sostuvo el titular del sector, Luis Alva Castro".*

428 Véase Diario Perú 21, Sección: "POLITICA", Pág. 8. **del Jueves 5 de junio de 2008.** Noticia: **"MINISTRO NO ACATARÁ FALLO QUE ASCIENDE A OFICIAL PNP" (…)** *Se trata de la medida cautelar que ordena dar el grado de general a coronel José Santivañez.* (…) El ministro del Interior, Luis Alva Castro, aseveró ayer que no acatará la resolución judicial que ordenó ascender al grado de general al coronel PNP José Santivañez Marín pues, según su lectura de la Constitución, el único que puede ordenar esta disposición es el Presidente de la República. *La resistencia del Ministro a la decisión de la jueza Alicia Salinas fue respaldada por el Director General de la Policía, Octavio Salazar, por la abogada del Despacho Ministerial, Nora Chacaltana, y por el Procurador del Sector, Pedro de las Casas, quienes acompañaron a Alva en la rueda de prensa convocada para hablar sobre este tema.*

"El poder judicial, a través de una magistrada, no está facultado para otorgar ningún ascenso, no se puede acatar la resolución que asciende a los señores oficiales a un grado superior, no se puede, el propio Tribunal así lo sostiene".

del Coronel PNP Juan José Santivañez Marín[429], hecho que consideró como absolutamente escandaloso[430], preocupación compartida por el propio Presidente del Poder Judicial[431]. Hay que agregar el discurso apologético de la Abstención a la Magistrada, sucedido con ocasión de la separación provisional disciplinaria de la Jueza por parte de los mismos actores[432]. Este correlato mediático en contra del evento activista quedaría sin embargo de algún modo equilibrado a nivel mediático en sus inicios por cuanto, en diversas entrevistas efectuadas por diarios de prensa televisiva y escrita, donde la magistrada involucrada manifestó que su polémica decisión que autorizó el ascenso provisional del

429 Véase Diario Oficial "El Peruano", Sección: "DERECHO", Pág. 14. **Del Martes 3 de junio de 2008.** En primera plana**, Rosario Fernández, ministra de justicia "PIDE EVITAR MAL USO DE MEDIDAS CAUTELARES".** Noticia: "PIDEN A LA OCMA EVITAR MAL USO DE MEDIDAS CAUTELARES". *"La ministra de Justicia consiguió ayer el compromiso de la jefa de la Ocma, Elcira Vásquez, de que se sancionará a la jueza Alicia Salinas, quien la víspera ordenó –vía medida cautelar- que el Ministerio del Interior y la PNP asciendan provisionalmente al coronel PNP Juan José Marcelino Santivañez Marín al grado de general, en oposición al art. 172 de la Constitución, que señala que el Presidente de la República es el que otorga los ascensos en la PNP y la FF AA".*

430 Diario Oficial "El Peruano", Sección: "POLITICA", Pág. 6. **Del Miércoles 4 de junio de 2008.** Noticia: **"ES NECESARIA UNA REFORMA DE JUSTICIA"** y debajo en resaltada la palabra: "Infracción" cuyo acápite indicaba: *"Fue clara en señalar, sin embargo, que el Jefe del Estado no va a ser obligado, como pretende esta medida cautelar, a violar la Constitución./ Fernández formuló estas declaraciones al referirse nuevamente a la resolución de la Jueza Alicia Salinas, que ordena, bajo una medida cautelar, un ascenso provisional de un coronel al rango de general de la Policía Nacional del Perú (PNP), hecho que atenta contra la seguridad jurídica del país./ Resolución sobre ascenso. / Este es un caso absolutamente escandaloso y si he ido al Poder Judicial es como una ciudadana más que cumple su función. Son casos que atentan contra la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Inclusive en otra resolución se asciende dos grados a un mayor, inmediatamente a coronel./ Se mostró, asimismo, consternada por el hecho de que los 25 casos presentados ante la Corte Superior de Lima para ascensos, sean 16 los que tiene en su despacho la referida magistrado, titular del 9 Juzgado ".*

431 Diario Expreso, Pág. 8. del **Miércoles 4 de junio de 2008.** Noticia: "**MINISTRA EJERCIÓ SU DERECHO CIUDADANO**". *"El Presidente del Poder Judicial (PJ), Francisco Távara Córdova, dijo ayer compartir la preocupación adoptada por la Ministra de Justicia, Rosario Fernández, por el caso de la Juez Alicia Salinas, que ordenó al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú (PNP) ascender provisionalmente al coronel Juan Marcelino Santivañez Marín al grado de general./ " Comparto la preocupación de la ministra de Justicia; al final será la Ocma que, en ejercicio de la autonomía que le compete, analizará esa situación y decidirá si abre proceso disciplinario o no", precisó ".*

432 Diario Oficial "El Peruano", Sección: "POLITICA", Pág. 4. del **Domingo 8 de junio de 2008.** En primera plana, en la portada: **"Luis Alva Castro, ministro del Interior" y**: **"OCMA ACTUÓ EN DEFENSA DE LA PNP".** Noticia: **"OCMA DEFIENDE A PNP".** *"La Oficina de Control de la Magistratura (Ocma) del Poder judicial actuó en defensa de la institucionalidad al suspender del cargo a la Jueza Alicia Salinas, denunciada por tramitar irregularmente demandas de ascensos y reincorporación de efectivos de la Policía Nacional del Perú (PNP) y el Ejército", dijo el Ministro del Interior, Luis Alva Castro. (...)Agregó que el Presidente de la República es quien otorga los ascensos a los generales y la medida cautelar dictada por la magistrado constituye una clara infracción a la Constitución y en las leyes en las que esto está expreso"*

Coronel Juan José Santivañez Marín estuvo arreglada a Ley[433] y que la opinión de estos personajes se trataría de una interferencia a su independencia jurisdiccional[434]. Hay que sumar el discurso neutral

433 Diario Expreso, Pág. 2 del miércoles 4 de junio de 2008**.** En primera plana, en letras pequeñas: "Oficiales afirman que se han cometido errores al dejarlos de lado en el proceso de ascenso. Jueza responde a Ministra Fernández" además: **"2600 DEMANDAS POR ASCENSOS POLICIALES"** Noticia: **"JUEZA DEFIENDE SU FALLO CONTRA VIENTO Y MAREA".** *"A pesar de la ola de críticas en su contra, la jueza Alicia Salinas Larriviere negó ayer haber actuado a espaldas de la ley y la Carta Magna, al dictar una medida cautelar para disponer el "ascenso provisional" del coronel PNP Juan José Santivañez Marín al grado de general de dicha institución policial "*

434 Diario La República, Sección: "POLITICA", Pág.7 del **jueves 5 de junio de 2008.** En primera plana, se dice: **"HABLA JUEZA DE LOS POLICIAS".** Noticia: **"LA MAYORÍA DE LOS 800 EXPEDIENTES CONTRA PNP EN LIMA ES POR ASCENSOS"** precediendo a la entrevista a la Magistrada Alicia Salinas, que se detalla a continuación: **"- La Ministra de Justicia, Rosario Fernández, cuestionó que usted vea 16 demandas contra la Policía, como la que presentó el coronel Juan José Santivañez, ¿Qué otros juzgados ven casos de ese tipo?** *- Nosotros somos 25 juzgados contenciosos y en 24 de ellos por lo menos hay muchos de estos procesos. Y es así porque el juez titular de ese juzgado ha sido procurador en el Ministerio del Interior y por ello se está inhibiendo del conocimiento de estos procesos. (...)* ***¿Por los ascensos?*** *- Por distintas cosas, pero la mayoría es por ascensos, porque ha habido irregularidades en el proceso, tal como yo lo advertí en la resolución que es materia de cuestionamiento (el caso del coronel Juan José Santivañez) por el Ministerio del Interior ante la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).* ***-¿Los juzgados de provincia también tienen casos de ascenso?*** *Claro que sí, contra la Policía hay miles.* ***-¿Cuántos expedientes de esta naturaleza ve su juzgado?*** *-Por lo menos más de 60. -* **¿Y hubo irregularidades en el caso del coronel Santivañez?** *-En este caso yo verifiqué que el proceso de ascenso no fue regular porque hay directivas que dicen los requisitos para un ascenso. El solicitante los cumplía y estaba dentro del escalafón de aptos, sin embargo, han sido ascendidos otros que no estaban en la lista de aptitud y que no cumplían con los requisitos. (...)* ***-El ministro del Interior, Luis Alva Castro, indicó que no es competencia de un juzgado ordenar ascensos, sino del Presidente de la República…*** *-El artículo 172 efectivamente señala que el presidente es el que otorga los ascensos, siempre y cuando éstos sean arreglados a ley. Esto también lo ha dicho claramente el Tribunal Constitucional, cuando dice que las prerrogativas del Presidente no están fuera del control constitucional. Entonces, las resoluciones que dé el presidente también tienen que estar arregladas a derecho.* ***-El procurador del Ministerio del Interior, Pedro de las Casas, argumentó que no se ha ejecutado la medida cautelar porque hay una apelación pendiente…-*** *El Código Procesal Civil refiere que no se puede conceder una apelación hasta que no se ejecute la medida cautelar, y como ellos no lo han hecho, no se ha podido conceder la apelación.* ***Pero hay otras medidas similares en otros casos que sí se han ejecutado…*** *-Así es. Las salas contenciosas y otros juzgados también han ordenado ascensos provisionales. La señora ministra dijo que lo más escandaloso era que se trataba de un ascenso provisional, pero esa es la naturaleza de las medidas cautelares, la provisionalidad. Se dan estas medidas cuando se advierte que hay bastantes probabilidades de que la sentencia ampare la demanda presentada. En base a ello yo he resuelto.* ***-¿Por qué cree que se ha presentado una queja sólo contra usted cuando otros juzgados han dictado medidas similares? -****El Ministro del Interior presentó directamente al doctor Távara, diciendo que se mostraba preocupado por las medidas cautelares que estaban tomando algunos jueces. Eso quiere decir que no sólo era yo quien había emitido ese tipo de resoluciones, sino en todo el país. (...)* ***-¿Cree que la presencia de la ministra de Justicia, Rosario Fernández, en la OCMA fue una injerencia política?*** *-Yo me siento presionada porque su presencia puede ser un político frente a mi resolución, que es un tema netamente jurisdiccional. Pero también me siento segura de mi resolución, ese es el principal escudo que me respalda".*

de varios representantes de la comunidad académica como Samuel Abad[435], César Valega y Aníbal Quiroga[436], quienes interpretaron las declaraciones de los actores del Poder Ejecutivo como la expresión de una disconformidad respecto de las decisiones que adopta el organismo encargado de la administración de justicia en el país en el tema específico de los ascensos y reposiciones del personal policial. Pero coincidieron en la necesidad de aclarar que prima en el actual Estado de Derecho el respeto a las decisiones del Poder Judicial, ya sea en casos, privados y públicos, como en los penales, por lo demás ciertas opiniones de la prensa expresaban la sospecha de una actitud no muy coherente del Ejecutivo[437] y que quizás no pocos ascensos dados por el Ejecutivo

435 Diario La República, Pág. 9. **Del miércoles 4 de junio de 2008.** Noticia: **"PRECISIONES"** en un recuadro se numeró la siguiente opinión:

"1 ***Fundamentos.*** *El constitucionalista Samuel Abad expresó que la resolución de la magistrada Alicia Salinas está fundamentada, al haber hallado indicios que revelan que no se tornaron en cuenta los requisitos legales establecidos para el ascenso.*

2 Debe cumplirse. Indicó que por regla general las medidas cautelares deben cumplirse de inmediato, y eso debió hacer el Ministerio del Interior, independientemente de presentar un apelación si no estaba de acuerdo con su contenido, o de presentar una queja ante la OCMA. Dijo que si bien la Ministra de Justicia, Rosario Fernández, tienen derecho a opinar, es función de los procuradores ver los juicios del Estado."

436 Diario Expreso, Pág. 11. **Viernes 6 de junio de 2008.** Noticia: **"EL PODER JUDICIAL SÍ PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE ASCENSOS"** se detalló las entrevistas de este modo: *"(...) Valega resaltó la atribución que tiene el PJ para revisar los actos administrativos./ " El Poder Judicial de acuerdo a nuestro estado de derecho tiene la potestad de administrar justicia en todos los casos y aclarar la situación que en la vía administrativa, pública o privada pueda ser considerada injusta", dijo en dialogo con EXPRESO./ Explicó que cuando hay un proceso relativo a una situación militar o policial, el Estado tiene la posibilidad de presentar los argumentos que sustentan su decisión pero lo que no se puede impedir es que finalmente decidan.(...)/ De similar parecer fue Aníbal Quiroga, quien al ser consultado por este diario, manifestó que por mandato de la Constitución los poderes políticos (ministerios) deben acatar los fallos y resoluciones judiciales, pero al mismo tiempo sostuvo que éstos deben ser razonables y ajustados a derecho. / " Si hay controversia en acatar un fallo y su viabilidad o legalidad, eso puede ser corregido por la Corte Superior", apuntó tras precisar que hace falta jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de medidas cautelares porque algunas de ellas son notoriamente improcedentes e insostenibles."*

437 Diario Perú.21, Reportaje de Roberto Cáceres. Pág. 6 del **miércoles 4 de junio de 2008.** Noticia: **"PARA LA OCMA, TITULAR DE JUSTICIA ARMÓ UN 'SHOW' " (…)**: **Ministra ocultó que, hace 43 días, ya existe un proceso a la juez que favoreció a coronel PNP.(…)** ***Perú.21*** *ha comprobado –con personal del propio Control Interno- que la titular de Justicia no dijo toda la verdad sobre este tema. Al respecto ha quedado demostrado que la queja fue presentada por el procurador del Ministerio del Interior, Pedro de las Casas, y que el 22 de abril pasado se le notificó que se había abierto proceso preliminar a la magistrada. Eso significa que, hace 43 días, ya existe un proceso en la OCMA contra la jueza Salinas por haber dispuesto el ascenso provisional al grado de general del coronel PNP Juan José Santivañez Marín.(...)/ Los miembros de la Oficina de Control de la Magistratura, con quienes conversó este diario, señalaron que la Ministra conocía que se iba a pasar a la segunda etapa de la investigación, y esta habría sido una de las razones para que saliera ante la prensa pidiendo, supuestamente por primera vez, que se abra proceso a la jueza Salinas, cuando en realidad ya hay un proceso y este entrará en su segunda etapa.*

Por estas consideraciones, dicho personal indicó que el organismo de control interno considera todo este episodio como un show de la ministra".

habían sido irregularmente concedidos[438].

21.6.4. Las medidas de abstención

Por Resolución de fecha cinco de junio del año 2008, la Oficina de Control de la Magistratura dispuso la abstención de la Magistrada en tanto se resuelve su situación laboral, en el procedimiento disciplinario acumulado 68-20008, 73-2008, 5454-2008, 6061-2008, 5292-2008, 5293-2008, 5294-2008, 5295-2008 y 5297-2008 por las irregularidades advertidas en los expedientes 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 y 2007-2848-0-1801-JR-CI-09.

438 Diario La República, Sección "Política". Reportaje de María Elena Castillo. Pág. 6. Del jueves 5 de junio de 2008. Noticia: **"POLICIAS RECLAMAN POR ASCENSOS".** *" El caso del coronel Juan José Santivañez Marín es sólo la punta del iceberg, pues hay más de 2 mil 600 demandas presentadas ante el Poder Judicial por oficiales de la Policía Nacional solicitando su ascenso al grado superior porque consideran que han cometido errores al desembarcarlos del proceso de selección(...) Su hijo y abogado José Santivañez Antunéz defiende alrededor de 700 de estos casos, varios de los cuales han sido ya atendidos en base a una medida cautelar, similar a la que dictó la juez Salinas./ " Aquí tengo 60 resoluciones de ascensos obtenidos en los últimos tres años, sea por una sentencia judicial o por una medida cautelar, tanto para el grado de coronel como para el de general. Así que es mentira que un juez no se puede pronunciar sobre este tema, como aseguran ahora ", sostuvo, mostrando varias resoluciones ministeriales suscritas por el actual ministro del Interior, Luis Alva Castro, y una RS suscrita por el Presidente Alan García. (...)/ "Tal como figura en el escalafón de recursos humanos de la Policía, mi padre se ubicó en el puesto 14 del cuadro de mérito. El año pasado se dieron 20 vacantes y él debía ascender. Lo raro es que se quedaron los 20 oficiales que estaban primeros, y en lugar de ello ascendieron a los puestos 42, 57, 66, 139 y 148, entre otros ", advirtió. Explicó que no se ha respetado la directiva que norma los ascensos a general al haber ascendido por ejemplo, al general Antero Huaroto, que no cumple la exigencia de ser egresado del CAEN o el Instituto de Altos Estudios Policiales (INAEP). /"La norma también dice que no deben tener juicios ni investigaciones pendientes, pero tres de los coroneles ascendidos estaban siendo investigados. Además, primero debían ser declarados aptos para el ascenso, sin embargo, la institución policial declaró inaptos a dos de los ascendidos", reveló con documentos en mano./ Precisamente la Jueza Alicia Salinas evaluó todas estas situaciones y el 14 de marzo pasado dictó medida cautelar a favor del coronel Santivañez, indicando que el proceso de ascenso 2007 para los grados de teniente general y general de la Policía "no se ha desarrollado de conformidad con las normas previstas" y ordena que lo asciendan provisionalmente en un plazo de tres días.(...)/ Pero, además, porque existe el peligro de que la demora del proceso contencioso administrativo perjudique aún más al oficial, ya que podría ser invitado al retiro por renovación al haber solicitado el ascenso por tercera vez". Así también véase* Diario La República, Reportaje de Marcela Canales. Pág. 10 y 11. **Del viernes 6 de junio de 2008. Donde se afirma** En primera plana, en letras pequeñas: "General confirma primicia de Expreso" y en letras grandes: **"ASCENSOS PNP FUERON A DEDO".** Al interior, la Noticia: **"SÍ HUBO IRREGULARIDADES EN ASCENSOS PNP EL AÑO PASADO"** *"La conferencia de prensa ofrecida el último miércoles por el ministro del Interior Luis Alva Castro, sobre el tema de los ascensos de la Policía Nacional del Perú (PNP), en la que afirmó que sólo lograron el grado superior los que tenían los méritos suficientes para hacerlo y que todo responde a un minucioso trabajo de elección por capacidades, le podría costar caro al titular del sector. Sucede que ante esas declaraciones de Alva Castro, en todo momento fue respaldado por el Director PNP, Octavio Salazar Miranda, un testigo clave que ha salido al frente para manifestar que si hubo irregularidades en el proceso de ascenso de coroneles a generales del año 2007".*

21.6.5. El Discurso justificativo de las imputaciones del Órgano de Control

La Oficina de Control de la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Investigación 00157-2008-Lima a través de la Resolución 26 del 15 de enero de 2009, llegó a proponer la destitución de la Magistrada Alicia Dolores Salinas Larriviere por su actuación como Juez Suplente del Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo atribuyéndole fundamentalmente los siguientes cargos:

La emisión de mandatos judiciales que ordenaban la reincorporación de oficiales, suboficiales y de servicios de la Policía Nacional del Perú (PNP) hasta por más de un grado, puntajes, reconocimiento de tiempo de servicios y demás prerrogativas con la finalidad de conseguir beneficios que slo pueden ser otorgados por el Poder Ejecutivo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por ley. Apreciándose específicamente el siguiente discurso: "(…) la jueza investigada Alicia Dolores Salinas Larriviere, en la tramitación de cuadernos cautelares derivados de los expedientes administrativos 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 (…) concedió lo peticionado por los accionantes en dichas causas, generando ascensos provisionales que no estaban previstos en la legislación que en cada caso reguló las jerarquías y ascensos de la Policía Nacional del Perú, siendo que en dichas normas (Decreto Legislativo Nº 745 -vigente para las promociones de mil novecientos noventa y uno al dos mil seis- y las Leyes Nº 28757 y Nº 28857 –vigentes para las promociones dos mil siete, dos mil ocho y dos mil nueve), únicamente se han previsto ascensos definitivos al grado inmediato superior como resultado de una evaluación de méritos y deméritos de cada postulante previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas que han regido para cada proceso; lo cual concuerda con lo vertido en la sentencia recaída en el expediente Nº 1338-2004-AA/TC[439] (…), encontrándose por ello acreditada la vulneración al Principio de Legalidad previsto en el artículo sexto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial referido a los Principios Procesales de la Administración de Justicia"[440].

439 *"Por otro lado el ascenso de los oficiales de Policía Nacional no es automático, sino que requiere de un proceso de evaluación de carácter eliminatorio, regulado por el Reglamento de Ascensos para Oficiales de la Policía Nacional del Perú aprobado por el Decreto Supremo Nº 022-89-IN del catorce de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el mismo que contempla diversos factores de evaluación y selección para determinar el orden de méritos, tales como tiempo de servicios reales y efectivos, rendimiento profesional, ser declarado apto A en la ficha médica del año del proceso de ascenso, pruebas de aptitud física y de tiro, pruebas de conocimientos, experiencia para el servicio policial, moral y disciplina. Sólo al final del proceso el ascenso de los oficiales es otorgado por Resolución Suprema" (FJ. 3).*

440 Véase el considerando décimo de la Resolución 26 del 15 de Enero de 2009.

La presunta irrogación de facultades inherentes al presidente de la República en contravención al artículo 172 de la Constitución Política del Estado, en el caso de ascenso a generales y tenientes generales, vulneración al artículo 168 de la misma, respecto a los demás grados y de la Ley 28805, respecto a los actos administrativos que habían sido resueltos por un comisión especial creada por dicha ley[441]. Se advierte en el Considerando Décimo Segundo de la Resolución 26 del 15 de enero de 2009 el siguiente texto: "(…) conforme al segundo párrafo del artículo 172 de la Constitución Política del Estado: "Los ascensos se confieren de conformidad con la Ley. El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente", lo cual implica que los ascensos deben efectuarse conforme a lo regulado por la norma correspondiente, aspecto que ha sido expresado en el considerando relativo a la infracción al Principio de Legalidad, empero también supone que existen dos presupuestos que deben cumplirse para el ascenso de los Generales de la Policía Nacional, esto es, primero, que el instituto correspondiente debe proponer el ascenso de determinado Oficial candidato (para cuyo efecto debe haber cumplido los requisitos exigidos por el reglamento de la institución), y segundo que dicho ascenso sea otorgado por el Presidente de la República; supuestos que no se han cumplido en la tramitación del expediente Nº 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 seguido por Juan José Marcelino Santivañez Antúnez contra el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, en el cual se aprecia que la Jueza investigada por resolución del catorce de marzo de dos mil ocho ordenó a los demandados proceder con el ascenso provisional del demandante al grado de General de la Policía Nacional a partir del primero de enero del dos mil ocho, con lo cual queda acreditada no sólo la inobservancia de la prerrogativa del Presidente de la República prevista en la Constitución Política del Estado, sino que dicha inobservancia se vería seriamente agravada al haberla soslayado con conocimiento pleno de su existencia, al haberla invocado en el quinto considerando de la aludida resolución".

No haber motivado las razones excepcionalísimas que ameritarían una medida cautelar temporal sobre el fondo, vulnerando el deber de motivación, señalando específicamente que: "(…) la jueza investigada Alicia Dolores Salinas Larriviere, en la tramitación de cuadernos cautelares derivados de los expedientes administrativos 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 (…) concedió lo peticionado por los actores disponiendo sus ascensos provisionales a través de medidas

441 A partir del tercer cargo se trata de imputaciones adicionadas de oficio en el trámite del Expediente 2006-46466-0-1801-JR-CI-09.

innovativas, no obstante que las solicitudes de estos contenían pedidos de medidas temporales sobre el fondo las cuales buscaban ejecutar de manera anticipada lo que iba a ser materia de pronunciamiento del Juez en su sentencia, sin expresar siquiera las razones excepcionalísimas que justificaban el dictado de esa medida, menos las razones por las cuales dicha magistrado adecuó los pedidos de los actores a tal modalidad cautelar; lo cual implica grave afectación al Principio de Motivación regulado en el artículo doce del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (…)[442]".

Haber violado el Principio de Congruencia, por cuanto en el quinto considerando pese a establecer que el ascenso a General es una prerrogativa del presidente de la República, ordena al ministro del Interior y al director de la PNP que concedan el ascenso, conducta que importaría además un abuso de sus facultades al pretender que el ninistro del Interior y el Director General de la PNP ejerzan las prerrogativas del presidente de la República.

Haber vulnerado el Principio de Suplencia de Oficio por cuanto, no obstante identificar que el pedido formulado por el Procurador Público no correspondía a una variación de medida cautelar, sino la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar por no cumplir con el presupuesto del artículo 617 del CPC. Motivando en el Considerando Décimo Cuarto de la Resolución 26 del 15 de Enero de 2009 lo siguiente: "(…) de lo actuado en el proceso Nº 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, seguido por Juan José Marcelino Santivañez Antúnez se desprende que la Jueza investigada con fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, recibió la solicitud del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior cuya sumilla consignaba variación de medida cautelar, sin embargo su contenido revelaba la imposibilidad jurídica de los requeridos (Ministerio del Interior y Director de la Policía Nacional del Perú) de cumplir dicha medida toda vez que no estaban premunidos de tal atribución, ante lo cual la Jueza Salinas Larriviere se limitó a declararlo improcedente por incumplir al artículo 617 del Código Procesal Civil, al no existir congruencia entre lo peticionado y la sumilla y al haber omitido consignar la medida por la cual debía sustituirse la anterior, lo cual evidencia que dicha magistrado ciertamente se abstuvo de cumplir con su deber de complementar o suplir de oficio

442 *"Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente"*. (Véase Considerando Décimo Primero de la Resolución 26 del 15 de Enero de 2009).

las deficiencias advertidas en el escrito presentado, vulnerando así el Principio de Suplencia de Oficio regulado por la Ley de la materia".

Haber dictado una medida innovativa pese a que solicitó una medida cautelar temporal sobre el fondo sin justificar su adecuación a dicha forma con la cual habría pretendido subsumir la medida cautelar dentro de los supuestos de procedencia especial de las medidas cautelares reguladas en el artículo 37 de la Ley 27584, con lo cual habría transgredido además el Principio de Independencia e Imparcialidad.

Haber afectado el Principio de Independencia e Imparcialidad, apreciándose en el considerando Décimo Quinto de la Resolución 26 del 15 de enero de 2009 la siguiente justificación: "(…) las conductas funcionales descritas anteriormente con ocasión de la tramitación de los procesos contencioso administrativo Nº 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 (…) que giraron a cargo de la Jueza Alicia Salinas Larriviere, se aprecia una violación sistemática a diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, lo cual no sólo implica incumpliendo a sus deberes de sujeción a las garantías del debido proceso, sino también a los principios de imparcialidad e independencia que son inherentes a los magistrados de este Poder del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[443](…) y el artículo dieciséis del mismo cuerpo normativo[444](…), los cuales coinciden con el criterio asumido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2465-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004[445](…)".

No haberse ajustado a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, lo cual fue argumentado en el considerando Décimo Sexto de la Resolución 26 del 15 de enero de 2009 con el siguiente texto: "(…) de los actuados correspondientes en el cuaderno cautelar

---

443 *"El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley".*

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

445 *"El Juez debe ser un sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente despojarse de cualquier interés particular o influencia externa. / Por ello, su propio estatuto le exige la observación de una serie de deberes y responsabilidades en el ejercicio de sus funciones. Esto, a su vez justifica la existencia de un poder disciplinario interno para el logro de la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas".* (FJ. 12)

del expediente Nº 2007-2748-3-1801-JR-CI-09 (…) se aprecia que por resolución de fecha veinticinco de marzo de 2008, la jueza investigada concedió lo peticionado ordenando al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceder a reincorporar provisionalmente a la situación de actividad al accionante –quien había pasado a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros de dicha institución cuando ostentaba el cargo de Mayor de la Policía Nacional del Perú, pese a los prescrito por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente Nº 090-2004-AA/TC (…) en cuyo tercer fundamento se expresa que en atención a la importancia creciente del tema ese Colegiado decidió analizar su naturaleza e implicancia con vocación vinculante y en cuyo cuarto fundamento cita el criterio ya sentado por dicho Colegiado en la sentencia del expediente 1906-2002-AA/TC que considera que: «…el pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es una facultad discrecional del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional…», así como lo vertido en la sentencia del expediente Nº 3246-2003-AA/TC referido a que: «…el ejercicio de dicha atribución no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase a retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme el artículo ciento sesenta y ocho de la Carta Magna (…), lo cual no ha sido considerado por la magistrado investigada al momento de resolver la medida cautelar y ordenar se conceda la reincorporación del demandante a las Fuerzas Policiales en el grado que ostentaban con antelación, esto es, Mayor de la Policía Nacional, infringiendo con ello su deber de resolver conforme a los criterio esbozados por el Supremo Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes cuyo efecto erga omnes es de obligatorio cumplimiento para todas las instancias de este Poder del Estado conforme el Código Procesal Constitucional"

21.6.6. La Reacción legislativa

21.6.6.1. Modificación del Código Procesal Civil (674 Mod. DL 1069 28.06.08)

A efectos de comprender el significado de la modificatoria del Código Procesal Civil, decretada a solo tres semanas de adoptada la medida provisional de abstención el 28 de junio de 2008 mediante el Decreto Legislativo 1069, es preciso determinar cómo estuvieron reguladas en el texto primigenio del Código Procesal Civil las medidas temporales sobre el fondo, labor que por contrastación permitirá

confirmar o rechazar la espontánea inferencia sobre que dichos cambios normativos obedecen a una lógica restrictiva del legislador destinada a limitar las facultades de los juzgadores en el otorgamiento de las medidas temporales sobre el fondo.

Al respecto, téngase presente lo descrito en el acápite 20.4.3.3 de esta investigación en que se muestra que inicialmente solo eran exigibles para el Juez, sin que ello sea conjuntivo la necesidad impostergable del solicitante o el fundamento de la demanda, siendo que la modificación del Decreto Legislativo 1069 de fecha 28 de junio de 2008, modificó este artículo eliminado el disyuntivo "o" por una secuencia de requisitos separada por coma detallándose el siguiente texto: *"Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta,* ***siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público****".*

De este modo, al mismo tiempo que se convirtió en conjuntiva la exigencia de la extraordinaria verosimilitud y el extraordinario peligro en la demora, el legislador incorporó al texto original de la norma que regulaba las medidas cautelares sobre el fondo una exigencia adicional consistente en que el juzgador debe evaluar su impacto dado que únicamente será concedida: "(…) siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público". Por consiguiente, el cambio normativo establecido se constituye como **una norma restrictiva** con relación al texto anterior a la modificatoria para este tipo de medidas cautelares, confirmándose la inferencia espontánea que hiciéramos al conceptuar este texto como una reacción de la cultura abstenida propia del estado Legislativo.

21.6.6.2 Modificación de la Ley Contencioso Administrativa (Artículo 39)

La otra modificatoria corresponde al texto de la Ley especial contenciosa administrativa que es concerniente a los Requisitos de las Medidas Cautelares. El texto originario del artículo (36) decía textualmente: *"De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar"*. Mientras que el texto modificatorio al regular el requisito de la verosimilitud del derecho invocado decía: *"Para tal efecto se deberá*

ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la actuación inmediata de la actuación impugnable"[446].

De lo que se infiere, por contraste, que el cambio operado tuvo intencionalmente el propósito de darle el mismo tratamiento que al requisito de verosimilitud del derecho invocado, a los aspectos de la adecuación de la medida como afectación al interés público e irreversibilidad, lo que significa que si no se cumple con la adecuación el operador debería rechazar la medida, al no estar facultado para adecuarla en tal supuesto.

Lo que sí, aparentemente hallaría una respuesta a esta interrogante, es el hecho de que dicha propuesta normativa surgiría como una reacción a los hechos acaecidos a inicios del mes de junio de 2008, referido al ascenso provisional ordenado a favor del Coronel de la PNP Juan José Santivañez Antúnez mediante la concesión de una medida cautelar por parte de la Magistrada Alicia Salinas Larriviere, que causó conmoción por los reclamos protagonizados por el Poder Ejecutivo a través del ministro del Interior (Luis Alva Castro) y la ministra de Justicia (Rosario Fernández), así como la opinión de la prensa y la comunidad jurídica por haber sido supuestamente dictada en contra del ordenamiento jurídico y de las facultades del presidente de la República previstas en el artículo 172 de la Constitución Política del Estado. En este caso, si bien a criterio de la Magistrada Alicia Salinas, esta medida cautelar se constituía en una de naturaleza innovativa, se ha observado que la misma, en realidad, también se constituía en la ejecución anticipada de lo que en el proceso principal se ordenaría con la sentencia de declararse fundada la demanda, esto es, de ascender a este efectivo policial al grado inmediato superior por no haber ascendido en el proceso de ascenso policial del año 2007.

446 Artículo 39.- Requisitos: La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnable.

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar. Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria. Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

21.7 Recomposición de la tendencia hacia el horizonte del estado constitucional

El desenvolvimiento de los hechos posteriores a la adopción de la medida de abstención se inclinan a ratificar la tendencia del movimiento de nuestra cultura judicial de pase de una cultura abstenida propia de un Estado Legislativo a una cultura propia de un Estado Constitucional.

Esbozamos a continuación tres etapas. Una primera donde la magistrada con el propósito de ser actora de una justicia independiente y guardiana de los derechos subjetivos seleccionara la alternativa activista; una segunda donde estas decisiones no alcanzaron el reconocimiento, durante ni después de lo sucedido, acaeciendo que el "novedoso criterio" no solo no diera origen a una nueva jurisprudencia que asumieran los órganos superiores uniformemente, sino que por el contrario el criterio fuera tempranamente abortado por sus mismos actores y originase una fuerte reacción de la cultura jurídica propia del Estado Legislativo al punto de golpearles en carne propia, apartándoles de la función judicial y motivando un cambio legislativo, más restrictivo en materia cautelar; y una tercera etapa de recomposición de un movimiento cultural constitucionalista, donde, además del discurso seguido por la magistrada abstenida, el discurso neutral de los representantes de la comunidad académica recogida por la prensa. Es relevante la opinión de la Defensoría del Pueblo, referida expresamente al evento analizado, con la siguiente expresión: "Solamente se podrá permitir el control disciplinario judicial si la motivación es absolutamente irrazonable"[447]. Así como por cuanto obtuvieran los dos magistrados suplentes abstenidos la revocatoria de la medida de abstención impuesta por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y finalmente la total absolución[448].

Por consiguiente, la reacción de la cultura del Estado Legislativo manifestada en una campaña mediática, en la adopción de la medida provisional de "abstención", así como en una reacción legislativa más restrictiva, en la concesión de cautelares en general y contra el Estado en particular, no alcanzó el consenso de la comunidad académica por lo que, finalmente, no pudo significar una total preminencia del modelo del Estado Legislativo, sino un continuar en el movimiento de nuestra cultura jurídica que va de un estado Legislativo al Estado Constitucional de mayor protagonismo de los jueces.

447 Véase Oficio N° 008-2010-DP-AAC de fecha 18.01.10.

448 Véase la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 078-2011-CNM de fecha 23.02.11 publicada el 10.03.11 que declaró fundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 245-2010-PCNM de fecha 05.07.10.

22. Caso 8: Ratificación del Juez Macedo Cuenca

22.1. Presentación

En el Perú, todo Magistrado titular es seleccionado y sujeto a ratificación cada siete años por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), órgano constitucional autónomo de composición plural y de la sociedad civil. Por Resolución N° 242-2002-CNM, de fecha 24 de abril de 2002, don Juan Ricardo Macedo Cuenca fue nombrado Juez Especializado en lo Civil del Distrito Judicial de Lima. Cuando el Magistrado aludido pasó su proceso de ratificación el año 2011[449] constaba en su legajo 114 medidas disciplinarias, todas ellas referidas al retardo en la administración de justicia. Previo a su ratificación, el Ministerio Público ante una denuncia penal formulada contra el Juez Macedo determinó que frente al Derecho Constitucional de las partes el cumplimiento de los plazos previstos el Juez Macedo optó por favorecer frente al derecho a resolver dentro de un plazo razonable otro Derecho Constitucional el de la "indelegabilidad" percibido como presupuesto de autonomía e independencia. El Consejo Nacional de la Magistratura en un primer momento no ratificó al Juez Macedo y ante una solicitud de reconsideración lo ratificó estimando, por mayoría la dedicación de Juez Macedo a preservar el Principio de Indelegabilidad, considerando como un hecho decisivo que en los últimos años el Juez Macedo había dado un giro notable en el aumento de su producción jurisdiccional.

Como desarrollaremos en la tercera parte de la presente investigación el caso de la ratificación del Juez Macedo es útil para comprender el concepto de *independencia* e *imparcialidad* y, particularmente, su relación con el factor tiempo.

22.2 Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en el Proceso de Ratificación

a) "N° 321-2010-PCNM. *Lima, 6 de setiembre de 2010*

Visto: *El expediente de evaluación y ratificación del doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca, Juez Especializado en lo Civil de Lima del Distrito Judicial de Lima; y,*

Considerando:

Primero.- *Que, por resolución N° 242-2002-CNM, de 24 de abril de*

449 La Convocatoria N° 002 -2010-PCNM, cuya resolución de renovación de confianza hacia el Juez Macedo Cuenca fue expedida el 5 de agosto de 2011, en la cual se sometió a proceso de ratificación a todos debió iniciarse el dos mil nueve porque siendo designado magistrado el 2002 le correspondía el proceso de ratificación después de 7 años, lo cual revela que el congestionamiento de expedientes también se produce a nivel del CNM.

2002, el doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca fue nombrado en el cargo de Juez Especializado en lo Civil de Lima del Distrito Judicial de Lima y juramentó en el cargo el 30 de abril de 2002, fecha desde la cual ha transcurrido el período de siete años a que se refiere el artículo 154° inc. 2) de la Constitución Política del Estado para los fines del proceso de evaluación y ratificación correspondiente;

Segundo.- *Que, por Acuerdo adoptado en sesión del 10 de junio 2010, se aprobó la convocatoria N° 002-2010-CNM de los proceso individuales de evaluación y ratificación, entre otros, del doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca en su calidad de Juez Especializado en lo Civil del Distrito Judicial de Lima, siendo el período de evaluación del magistrado desde el 30 de abril del 2002 a la fecha de conclusión del presente proceso, cuyas etapas han culminado con la entrevista personal al evaluado en sesión pública del 6 de setiembre de 2010; habiéndose garantizado el acceso previo al expediente e informe final para su lectura respectiva, por lo que corresponde adoptar la decisión;*

Tercero.- *Que, con relación al rubro conducta, de los documentos que conforman el expediente del proceso de evaluación y ratificación, se establece que el magistrado evaluado muestra lo siguiente:*

a)- En relación a las quejas y/o denuncias tramitadas en su contra y de las sanciones disciplinarias impuestas, por Oficio N° 569-2010-J-ODECMA-CS-JLI/PJ, del jefe de la Oficina Desconcentrada de control de la Magistratura de Lima, se informa que al evaluado se le han impuesto una suspensión de 60 días, 15 multas de las cuales 7 del 10%, 5 del 5%, una del 3% y una del 1% de su haber mensual, 92 apercibimientos, 4 amonestaciones y 2 llamadas de atención todas por irregularidades funcionales, y respecto a las quejas el Órgano de Control informó que se han presentado en su contra un total de 201 quejas, de las cuales 48 han sido archivadas y 51 se encuentran en trámite, registrando también 39 denuncias, de ellas 32 han sido declaradas no ha lugar, infundadas o improcedentes; 3 han sido declaradas fundadas que corresponden a los Expedientes -N° 511010000-2005-899-0, -N° 511010000-2007-144-0 y -N° 511010000-2008-144-0 y 4 se encuentran en trámite.

Sobre los referidos antecedentes de su conducta, se le formularon diversas preguntas durante su entrevista pública, siendo su respuesta que tales medidas disciplinarias, quejas y denuncias, guardan relación con el hecho de no haber delegado funciones jurisdiccionales al personal auxiliar de su despacho, tema que fue materia de investigación de su tesis de maestría y dejó de aplicar dichos planteamientos después que le impusieron la medida disciplinaria de suspensión el 3 de octubre de 2008, aspecto que llama la atención porque el magistrado evaluado realizaba proyecciones y aplicaba convicciones personales en la función, sin tener en cuenta que dicha práctica

era en desmedro del servicio de la administración de justicia, de los usuarios y justiciables;

b)- En relación a la Participación Ciudadana, se ha recibido dos escritos que cuestionan su conducta e idoneidad, en su descargo el magistrado ha señalado que tales denuncias también se deben a que hasta el año 2007 no delegaba funciones al personal de su despacho y que privilegiaba la calidad de justicia en base a una investigación y la elaboración de su tesis de maestría aspecto repetido por el (Pág. 2.-) magistrado evaluado en su entrevista pública, sin embargo, dicha explicación resulta absolutamente impropia e insatisfactoria; de otro lado, se ha recibido el apoyo por su labor de parte del Sindicato Unitario de Trabajadores del Módulo Corporativo en lo Civil de la Corte Superior de Lima, aspecto que se toma con las reservas del caso;

c)- Respecto a su asistencia y puntualidad, según información remitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, se encuentra dentro de un estándar regular;

d)- En lo que respecta a los referéndums del Colegio de Abogados de Lima realizados respectivamente en los años 2002 y 2006, se aprecia que (2002)en el primer año obtuvo 313 votos desfavorables y (2006)en el segundo 68 votos negativos, resultado reprobatorio por la comunidad jurídica de Lima, donde ejerce sus funciones, lo que también constituye un aspecto negativo a su actuación como magistrado;

e)- Respecto a la información patrimonial del magistrado, no se aprecia variación significativa, conforme lo ha declarado periódicamente a su institución; y,

f)- Con relación a los procesos judiciales, como demandante registra una sobre estafa de jubilados y como demandado aparece en 12 demandas de las cuales 10 han sido declaradas improcedentes y 2 se encuentran en trámite sobre las cuales con ocasión de su entrevista pública refirió que tienen origen en las medidas disciplinarias que le fueron impuestas;

Cuarto.- *Que, con relación a los aspectos de idoneidad, se aprecia que:*

a)- sobre la calidad de sus decisiones, según la información proporcionada por el especialista y que el Consejo asume con ponderación, de las 16 resoluciones entregadas para su calificación, 7 han sido calificadas como buenas y 9 aceptables,

b)- En cuanto a la gestión de los procesos, se admitieron 5 expedientes, de los cuales uno ha recibido la calificación de 1.75 y los 4 restantes por decreto de 2 de setiembre de 2010 se ha prescindido de su evaluación;

c)- Respecto a la celeridad y rendimiento, los reportes remitidos por el Poder Judicial consigna una producción limitada del evaluado;

d)- Respecto a la organización del trabajo, se ha calificado con 1.50 que corresponde al año 2009, período informado por el evaluado;

e)-Respecto a las publicaciones, el magistrado evaluado ha presentado 2 documentos, los cuales no han sido evaluados porque no cumplen con las formalidades establecidas en el reglamento vigente; y,

f)-Respecto al desarrollo profesional, se aprecia que durante el período de evaluación, ha acreditado 1 diplomado realizado el 2006 en el cual ha obtenido la calificación de 14 y 3 cursos obteniendo buenas calificaciones; además el evaluado no es docente. En atención a lo contenido en este rubro, se aprecia limitada participación en eventos académicos de capacitación y/o actualización;

Quinto.- *Que, de lo actuado en el proceso de evaluación y ratificación ha quedado establecido que el doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca durante el período sujeto a evaluación no ha satisfecho en forma íntegra las exigencias de conducta e idoneidad que debe demostrar un magistrado, por las numerosas y graves medidas disciplinarias impuestas en su contra, los cuestionamientos de la ciudadanía y la desaprobación de un sector de los abogados del foro de Lima; tampoco ha demostrado una capacitación y actualización sostenida, que se ha confirmado en el acto de la entrevista pública, falencias en las funciones de gestión y liderazgo inherentes al cargo que ostenta, lo que ha sido admitido por el magistrado y que como consecuencia de ello ha sido objeto de un considerable número de medidas disciplinarias, quejas y denuncias, todo lo cual revela su falta de idoneidad para continuar en el cargo; de otro lado, este colegiado también tiene presente el examen psicométrico (psiquiátrico y psicológico) practicado al evaluado;*

Sexto.- *Que, por lo expuesto, tomando en cuenta los elementos glosados, se determina la convicción unánime de los señores Consejeros intervinientes en el sentido de no renovar la confianza al magistrado evaluado;*

(Pág.- 3) En consecuencia, el Consejo Nacional de la Magistratura en cumplimiento de sus funciones constitucionales, de conformidad con el inciso 2 del artículo 154° de la Constitución Politica del Perú, artículo 21 inciso b) y artículo 37° inciso b) de la ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, y artículo 36° del Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, y al acuerdo adoptado por el pleno en sesión del ***9 de agosto de 2010****, con la abstención del señor Consejero Luis MaezonoYamashita;*

Resuelve:

Primero.- *No Renovar la confianza al doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca, en consecuencia, no ratificarlo en el cargo de Juez Especializado en lo Civil de Lima del Distrito Judicial de Lima.*

Segundo.- *Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese, en cumplimiento del artículo trigésimo noveno del Reglamento de Evaluación y Ratificación vigente.*

Edmundo Peláez Bardales
Luz Marina Guzmán Díaz.
Carlos Mansilla Gardella
Gastón Soto Vallenas.
Vladimir Paz de la Barra
Gonzalo García Núñez.
Secretario General del CNM: Jorge Matienzo Luján.

Notificado en: La Capilla 1172, Rímac, Lima, el lunes 24 enero 2011

b) N° 511-2011-PCNM . *Lima, 25 de agosto de 2011*

Visto: *El expediente de evaluación y ratificación de don Juan Ricardo Macedo Cuenca; y*

Considerando:

Primero: *Que, por Resolución N° 242-2002-CNM, de 24 de abril de 2002, don Juan Ricardo Macedo Cuenca fue nombrado Juez Especializado en lo Civil de Lima, Distrito Judicial de Lima; siendo comprendido en tal condición en la Convocatoria N° 002-2010-CNM de los procesos individuales de evaluación y ratificación, por haber transcurrido el período de siete años a que se refiere el artículo 154° inc. 2) de la Constitución Política del Estado, desde la fecha de su juramentación al cargo, el 30 de abril de 2002, desde la que además se cuenta el período de evaluación que comprende hasta la fecha de conclusión del presente proceso;*

Segundo: *Que, habiéndose desarrollado las etapas previas del proceso de evaluación y ratificación; y, en mérito de lo dispuesto por Resolución N° 132-2011- PCNM, de 22 de febrero de 2011, que declaró fundado en parte el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución N° 321-2010-PCNM, de 06 de septiembre de 2010, el Consejo Nacional de la Magistratura acordó reponer el estado del proceso a la etapa de la entrevista personal que se realizó en sesión pública de 27 de mayo de 2011, conforme a la reprogramación del cronograma de actividades aproba-*

do por el Pleno, por consiguiente habiendo culminado el presente proceso de evaluación y ratificación, desarrollado con las garantías de acceso previo al expediente e informe final para su lectura, así como respetando en todo momento el derecho al debido proceso, corresponde adoptar la decisión final respectiva;

***Tercero**: Que, con relación al rubro conducta, de los documentos que conforman el expediente del proceso de evaluación y ratificación se precisa que este caso presenta singularidades que el Colegiado asume con ponderación y racionalidad, a efectos de evaluar la naturaleza de las sanciones que aparecen anotadas en el record disciplinario del magistrado Macedo Cuenca, apreciándose que si bien el número de aquellas como dato aislado podría resultar significativamente desfavorable, sin embargo los motivos de tales medidas se refieren a retardos en la tramitación de los procesos, debido al excesivo celo denotado por el evaluado de priorizar el principio de inmediación, así como la indelegabilidad de funciones jurisdiccionales para la atención directa de los casos sometidos a su conocimiento;*

La singularidad del caso del juez Macedo Cuenca radica en que éste desde que asumió el cargo como Juez Especializado en lo Civil de Lima decidió aplicar el criterio legal de la no delegación de las funciones jurisdiccionales, poniendo en práctica su trabajo académico "Propuesta Innovativa: La delegación de funciones jurisdiccionales como afectación a los principios de independencia e imparcialidad" tesis N° 55-AMAG que obra en la biblioteca de la Academia de la Magistratura y un Proyecto de Investigación de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (2007-2008) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos intitulado: "La delegación de funciones jurisdiccionales y la independencia y exclusividad judicial en el Perú", de modo tal que no sólo decidía en cada caso la calificación de las demandas, autos que deciden sobre excepciones, autos de saneamiento, autos definitivos y sentencias, sino que personalmente se encargaba de su redacción.

***Cuarto:** La no delegación de las funciones jurisdiccionales tiene asidero constitucional y legal, desde que la independencia es consustancial a la condición de juez conforme lo establece el artículo 146°.1 de la Constitución, de manera tal que ningún otro funcionario o auxiliar jurisdiccional puede arrogarse la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado. Desde una perspectiva legal, el Código Procesal Civil en su artículo 1° estatuye que la función jurisdiccional es indelegable, incluso para la Ley de la Carrera Judicial la delegación de funciones jurisdiccionales constituye una falta grave (art. 47°.11);*

Precisamente, al ser evaluadas dos denuncias penales contra el juez Macedo Cuenca por delito de denegación y retardo de justicia, el Ministerio Público respaldó la posición de dicho magistrado respecto a su sistema o modelo de trabajo implementado en los primeros años de su gestión; es así que por Resolución N° 1665-2010-MP-FN, del 12 de octubre de 2010, la Fiscalía de la Nación declaró INFUNDADA la denuncia por la presunta comisión de los delitos de denegación y retardo de justicia y abuso de autoridad, precisando en sus consideraciones que "debe reconocerse que dicho retraso encuentra una justificación que no resulta irrazonable que se deriva de la aparente colisión (…) de dos principios y derechos de la administración de justicia. De un lado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (…) y de otro lado, los principios de independencia judicial y de inmediación que obligan al magistrado a realizar los actos más importantes del proceso personalmente y sin delegación alguna bajo sanción de nulidad", precisando la glosada resolución que "esta decisión encuentra sustento en una postura teórica e ideológica sobre la actuación del juez dentro del procesos, que no sólo ha sido observada en el caso analizado sino en todos los casos tramitados ante el 42° Juzgado Civil de Lima", concluyendo que "así las cosas, no se aprecia que en el comportamiento del investigado haya mediado intención de vulnerar el correcto funcionamiento de la administración de justicia (…) por lo que no concurre en su caso el elemento dolo necesario para configurar el delito de denegación y retardo de justicia". De otro lado, en el expediente N° 053-2007- C.I..LIMA, la Fiscalía de la Nación en forma consecuente declaro INFUNDADA una segunda denuncia contra el evaluado por la presunta comisión de los delitos de prevaricato y denegación y retardo de justicia, señalando además de lo antes expuesto que el "retraso encontraría justificación en un hecho expuesto en sus propias resoluciones (…) que resolvía sin mediar delegación de facto de la función jurisdiccional; lo cual no resulta irrazonable". Por su parte, en el proceso penal por denegación y retardo de justicia - negativa a administrar justicia, Exp. N 46-08, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres, por resolución del 15 de diciembre de 2008, se ha pronunciado absolviendo al Magistrado Macedo Cuenca de la acusación Fiscal, precisando en sus consideraciones que " la conducta no se encuadra en el tipo penal materia de acusación fiscal" y que "en todo caso, su conducta constituye un retraso en el trámite del proceso que debe ser sancionado con medida disciplinaria(...) como en efecto lo ha efectuado la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial".

***Quinto:** El juez Macedo Cuenca desde que inició su gestión o modelo de despacho y atención de las causas con aplicación estricta de la no delegación de funciones jurisdiccionales, puso en conocimiento del mismo a los diversos órganos de gobierno y control del Poder Judicial. Es así que*

el 29 de setiembre de 2004 dirigió al Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial el Oficio N° 22-2004-42° JEC, por el que comunicaba su cronograma de expedición de sentencias, que ha trabajado incluso durante la huelga y que ejercer labor jurisdiccional con la carga procesal que soporta y sin delegación de funciones conlleva inevitablemente a la imposibilidad de cumplir los plazos legales. Con el mismo tenor dirigió al Jefe de la ODICMA de Lima el Oficio N° 21-2004-42° JEC, del 28 de setiembre de 2004. Mediante Oficio N° 003-2005-42° JEC, del 07 de enero de 2005, puso en conocimiento de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima su método de trabajo de indelegabilidad de funciones, que su labor obraba en su computadora y solicitó que los funcionarios de la Oficina de Desarrollo de la Presidencia supervisaran y cotejaran su trabajo jurisdiccional, así como un control cualitativo de la magistratura. A través del Oficio N° 007- 2006-42° JEC, del 31 de enero de 2006, solicitó a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima se disponga la medida más adecuada para descongestionar el juzgado, e informó que durante el periodo de vacaciones seguiría laborando, afectando su derecho al descanso. El 23 de julio de 2007 el magistrado Macedo Cuenca dirigió el Oficio N° 016-2007 a la Jefatura de ODICMA de Lima sobre su metodología de trabajo y el estado de la carga procesal de su despacho. Con Oficio N° 017-2007-42° JEC, del 14 de junio de 2007, solicitó a la doctora Elcira Vásquez Cortez, Jefa de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, investigar la práctica de la delegación de facto de la función jurisdiccional, explicando su método de trabajo y reclamando que no se le aplique responsabilidad objetiva. Cabe destacar que este oficio no fue proveído. Por último, mediante Oficio N° 034-2008-42° JEC, del 29 de mayo de 2008 solicitó a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, al Jefe de la ODICMA de Lima y al Administrador del Módulo H-20, que se contratara auxiliares jurisdiccionales y comunicó que había ordenado a dos especialistas que apoyen en la labor de calificar demandas. De los elementos objetivos antes glosados se desprende que el magistrado Macedo Cuenca no procedió contra la ley ni por interés personal ni al margen del sistema de justicia, sino que implementó el mandato legal de no delegación de la función jurisdiccional de manera estricta con conocimiento expreso de sus superiores administrativos y de los órganos de control del Poder Judicial, lo que originó que se afectara la celeridad en la atención de los casos, habiéndosele aplicado medidas disciplinarias por retraso al no delegar funciones, cuando ello precisamente es lo que la ley proscribe;

No se trata pues de un juez que con su desempeño jurisdiccional y de gestión hubiere afectado los principios de integridad o diligencia judicial, pues los retardos no se han debido a su falta de atención de las causas, a su desidia o flojera, sino a su pretensión de preservar los principios del Código Procesal Civil en donde la figura relevante es el Juez como Director del

proceso, código que precisamente se elaboró y promulgó para dejar atrás al modelo de despacho judicial donde los otrora Escribanos del Estado y luego Secretarios Judiciales, tenían el verdadero poder de la tramitación y decisión de las causas judiciales.

Sexto: *Por otro lado, en el expediente de evaluación y ratificación obra la constancia expedida por el Especialista Legal Carlos Aldo Salinas Sánchez del 42° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en la que señala que el juez Macedo Cuenca desde que asumió el cargo el 2002 ha venido realizando las labores encomendadas de manera indelegable, en cuanto se refiere a resoluciones de fondo, calificación de demandas, autos definitivos y autos de saneamiento. Asimismo se toma en cuenta que durante el periodo de evaluación la Corte Superior de Justicia de Lima informa que el juez Macedo Cuenca sólo hizo uso de 16 días de licencia, de los cuales 2 correspondieron a razones de salud, 1 a su onomástico y el resto fueron oficiales, lo que revela que se trata de un magistrado dedicado a su labor jurisdiccional, lo que se sustenta además con el hecho de concurrir a laborar los sábados, domingos y feriados, así como donar sus vacaciones del 2006 y 2009, todo ello con el loable propósito de disminuir la carga procesal sin afectar los principios de inmediación, independencia e imparcialidad;*

Sétimo: *Que, adicionalmente a lo advertido en forma previa, se debe valorar el hecho que en la etapa final del periodo de evaluación a partir del año 2008, el magistrado Macedo Cuenca ha denotado un cambio sustancial en su metodología de trabajo que ha derivado en la reducción significativa de conductas sancionables por retraso en la administración de justicia, siendo que del reporte de la OCMA del 26 de mayo de 2011, las sanciones en los años 2008 (3 amonestaciones y 2 multas), 2009 (2 amonestaciones) y 2010 (1 amonestación y 1 multa), además de derivarse de quejas de los años anteriores, se han reducido significativamente, lo que se valora favorablemente. De otro lado, la mejora en su metodología de trabajo ha redundado en el incremento de la producción de su despacho (Cuarto Juzgado Constitucional) en el que en los años 2009 y 2010 su estándar de producción se encuentra entre los mejores comparativamente entre los 10 Juzgados en lo Constitucional. En tal sentido, es pertinente precisar que el presente caso no presenta rasgos comunes con otros procedimientos de evaluación y ratificación conocidos por este Consejo en los que se ha valorado el retraso por imputación directa vinculada a la ineficiencia o impericia que afectan la idoneidad, sea en la actuación judicial o fiscal. Más aún, el cambio en la metodología de trabajo que se advierte en el evaluado ha favorecido una mejora en el equilibrio que debe existir entre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de independencia judicial y de inmediación, aspecto que va de la mano con la calidad de decisiones y*

la calidad en la gestión de los procesos, cuya evaluación es altamente satisfactoria;

A lo antes expuesto debe sumarse que mediante Resolución del 26 de enero de 2011 el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial le ha expresado al señor Juez Juan Ricardo Macedo Cuenca el reconocimiento y felicitación por la utilidad y pertinencia del aporte efectuado con relación al manejo célere de expedientes vinculados a la Oficina de Normalización Previsional - ONP en los procesos de habeas data.

Octavo: *Que, a) por el mecanismo de participación ciudadana se han recibido dos cuestionamientos, los que inciden directamente en retardos, que se deben valorar conforme a las consideraciones previamente anotadas, habiendo absuelto el evaluado los mismos a satisfacción del Colegiado; por su parte, cuenta con una expresión de apoyo del Sindicato Unitario de Trabajadores del Poder Judicial, que aprecian su labor ejercida con respeto y valoración de los trabajadores; todo lo cual se valora en forma ponderada, destacándose que en ningún caso se advierten cuestionamientos que imputen actuaciones vinculadas a actos de corrupción por parte del evaluado; b) asiste con regularidad y puntualidad a su despacho y no registra ausencias injustificadas; c) con relación a los referéndums del Colegio de Abogados, se cuenta con información de la consulta al gremio de Lima en los años 2002 y 2006, en los que obtuvo índices razonablemente aceptables, toda vez que dada la metodología empleada, que evaluaba la desaprobación del gremio, se ubicó en dichas consultas en el puesto 117 de 755 y 318 de 1355 magistrados, respectivamente; de igual forma, no se advierte que el magistrado evaluado haya sido sujeto de sanción, queja o proceso disciplinario alguno por el gremio profesional de abogados que menoscaben la valoración de su conducta; d) el magistrado evaluado no registra antecedentes negativos de* índole policial, judicial, ni penal; así como anotaciones negativas vigentes en otros registros de *carácter administrativo y comercial, ni sentencias en su contra derivadas de procesos judiciales con declaración de responsabilidad; e) en cuanto al aspecto patrimonial no se aprecia variación significativa o injustificada, conforme ha sido declarado periódicamente por el evaluado a su institución, lo que se comprobó en el acto de su entrevista personal dando cuenta en forma clara y transparente sobre este aspecto. En líneas generales, se concluye que el magistrado evaluado ha observado conducta adecuada en los términos razonablemente exigidos a los magistrados del país, no existiendo elementos objetivos y probados que desmerezcan este rubro de la evaluación realizada;*

Noveno: *Que, en lo referente al rubro idoneidad, se aprecia que: a) en el aspecto de calidad de decisiones ha obtenido una calificación prome-*

dio de 1.75 sobre un máximo de 2.0, lo que constituye una nota destacada muy por encima del promedio que este Colegiado valora favorablemente; b) en cuanto a la calidad en la gestión de procesos y organización del trabajo se aprecian calificaciones que denotan tramitación adecuada en sus procesos y buena organización, hecho que se refleja además de manera particular en los años 2009 y 2010 en que se ha ubicado en los primeros lugares de producción jurisdiccional de los 10 juzgados constitucionales, lo cual es congruente con el cambio de metodología aludido en la evaluación del rubro conducta, lo que refleja sus competencias para un desempeño adecuado de la función jurisdiccional; c) asimismo, en concordancia con los ítems precedentes, es pertinente destacar que en el acto de su entrevista personal sus expresiones denotaron dominio de las materias concernientes a la especialidad de su despacho y la gestión del mismo; f) de otro lado, sobre su desarrollo profesional, según el formato de información presentado por el evaluado, se advierte que es egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, asimismo de la Maestría en Filosofía, ambas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; cuenta además con 4 cursos de especialización y diplomados, tres de ellos desarrollados en la Academia de la Magistratura, destacando el Curso de Preparación para el Ascenso del año 2009, obteniendo en todos ellos notas aprobatorias. En líneas generales, de la información evaluada e indicadores analizados se colige que posee las competencias y capacidad necesarias para desempeñar la función jurisdiccional, por lo que la evaluación conjunta del factor idoneidad permite concluir que don Juan Ricardo Macedo Cuenca cuenta con un nivel adecuado de calidad y eficiencia en su desempeño, para los fines de desarrollar en forma adecuada su función como Juez;

***Décimo:** Que, de lo actuado en el proceso de evaluación y ratificación ha quedado establecido que don Juan Ricardo Macedo Cuenca es un magistrado que evidencia conducta aceptable y dedicación a su trabajo, lo que se verificó tanto en la documentación obrante en autos como en el acto de entrevista personal; asimismo, denota competencias sólidas compatibles con la función jurisdiccional que desempeña, por lo que se puede concluir que durante el periodo sujeto a evaluación ha satisfecho en forma global las exigencias de conducta e idoneidad. De otro lado, este Consejo también tiene presente el examen psicométrico (psiquiátrico y psicológico) practicado al evaluado;*

***Décimo Primero:** Que, por lo expuesto, tomando en cuenta los elementos previamente glosados, se determina la convicción mayoritaria del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en el sentido de renovar la confianza al magistrado evaluado;*

En consecuencia, el Consejo Nacional de la Magistratura en cumplimiento de sus funciones constitucionales, de conformidad con el inciso 2 del artículo 154° de la Constitución Política del Perú, artículo 21° inciso b) y artículo 37° inciso b) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, y artículo 36° del Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado por Resolución N° 635-2009-CNM, y al acuerdo por mayoría adoptado por el Pleno en sesión de 25 de agosto de 2011, con la abstención del señor Consejero Luis MaezonoYamashita;

Resuelve:

Primero: *Renovar la confianza a don Juan Ricardo Macedo Cuenca y, en consecuencia, ratificarlo en el cargo de Juez Especializado en lo Civil de Lima, Distrito Judicial de Lima.*

Segundo: *Regístrese, comuníquese y archívese, en cumplimiento del artículo trigésimo noveno del reglamento de Evaluación y Ratificación vigente.*

Gonzalo García Núñez
Gastón Soto Vallenas
Pablo Talavera Elguera
Máximo Herrera Bonilla

c) Voto del Señor Consejero Vladimir Paz de la Barra

Vistos:

El expediente de evaluación integral y ratificación y el informe individual de evaluación, correspondientes al doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca, Juez Especializado en lo Civil de Lima, además la respectiva Acta de Lectura suscrita por el referido magistrado a las 5:35 de la tarde del día 26 de mayo de 2011, en la que aparece que se apersonó a las oficinas de la Dirección de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de este Consejo, para dar lectura de todos los documentos antes citados; y por último, realizada la entrevista personal del mencionado magistrado en sesión pública de 27 de mayo de 2011 ante el Pleno del Consejo, en el que se verificó los rubros de conducta e idoneidad del citado magistrado en base a toda la información recabada, entrevista personal que se encuentra totalmente grabada en un medio audiovisual; y,

Considerando:

Que, el Estado garantiza a los magistrados judiciales su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, conforme lo dispone el artículo 146º inciso 3) de la Constitución Política; caso contrario, no serán ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Que, en el caso específico del Juez Especializado en lo Civil de Lima doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca, de la lectura de su Informe Individual de Evaluación correspondiente a la Convocatoria Nº 002-2010-CNM, se advierte que en el rubro conducta, dicho magistrado durante el periodo de evaluación que se inicia el 30 de abril de 2002, tiene 114 medidas disciplinarias, de las cuales presenta ***una suspensión de 60 días*** *en el Expediente Nº 223- 2007-OCMA;* ***seis multas*** *del 10% en los Expedientes Nos. 385-2008-ODICMA, 306-2008- OCMA, 66-2003-OCMA, 5746-2006-OCMA, 007-2006-ODICMA y 11-2004-OCMA respectivamente;* ***seis multas*** *del 5% en los Expedientes Nos.1404-2007-OCMA, 1967-2007- ODICMA, 1780-2002-ODICMA, 2073-2006-ODICMA, 1074-2004-OCMA y 158-2004-ODICMA,* ***una multa*** *del 7% en el Expediente Nº 008-2004-ODICMA y* ***una multa*** *del 3% en el Expediente Nº 1278-2004-OCMA;* ***noventa y dos apercibimientos*** *en los Expedientes Nos. 00001-2006-OCMA, 176-2007-ODICMA, 345-2006-OCMA, 346-2006-OCMA, 442-2006-OCMA, 465-2006-OCMA, 585-2006-OCMA, 588-2006-OCMA, 670-2006-OCMA, 1068-2006-OCMA, 1508-2006-OCMA, 440-2007-OCMA, 454-2007-OCMA, 545-2007-OCMA, 546-2007-OCMA, 674-2007-OCMA, 864-2007-OCMA, 955-2007-OCMA, 998-2007-OCMA, 1074-2007-OCMA, 1099-2007-OCMA, 1118-2007-OCMA, 1251-2007-OCMA, 1438-2007-OCMA, 1498-2007- OCMA, 1753-2007-OCMA, 161-2008-OCMA, 1498-2008-OCMA, 1665-2008-OCMA, 1347- 2009-OCMA, 1400-2009-OCMA, 1489-2009-OCMA, 151-2002-OCMA, 55-2006-OCMA, 625- 2003-ODICMA, 1580-2002-ODICMA, 1605-2003-ODICMA, 2300-2003-ODICMA, 767-2006- OCMA, 2016-2003-ODICMA, 2064-2004-ODICMA, 737-2006-OCMA, 1032-2005-ODICMA, 1049-2005-ODICMA, 674-2004-ODICMA, 59-2005-ODICMA, 1083-2006-ODICMA, 006-2006-OCMA, 2237-2005-ODICMA, 1610-2005-ODICMA, 872-2005-ODICMA, 1167-2005-ODICMA, 6339-2007-OCMA, 1473-2004-ODICMA, 806-2005-ODICMA, 1473-2006-ODICMA, 488-2006- ODICMA, 2329-2005-ODICMA, 3165-2006-5º SALA CIVIL, 2256-2005-ODICMA, 1811-2006- ODICMA, 2218-2005-ODICMA, 521-2006-ODICMA, 1401-2006-ODICMA, 916-2009-ODECMA, 1060-2005-OCMA, 1085-2005-OCMA, 1118-2002-ODICMA, 123-2003-ODICMA, 128-2006-ODICMA, 141-2005-ODICMA, 1579-2002-ODICMA, 1742-2002-ODIC-*

MA, 1774-2005-ODICMA, 1781-2002-ODICMA, 1796-2005-ODICMA, 2138-2002-ODICMA, 2168-2002-ODICMA, 2701- 2006-ODICMA, 284-2006-OCMA, 331-2004-ODICMA, 371-2003-OCMA, 400-2004-ODICMA, 413-2004-OCMA, 535-2005-OCMA, 646-2006-ODICMA, 71-2003-OCMA, 775-2005-OCMA, 860-2004-ODICMA, 861-2005-OCMA, 905-2006-ODICMA y 963-2003-OCMA; ***una severa llamada de atención*** *en el Expediente Nº 1457-2002-ODICMA;* ***dos llamadas de atención*** *en el Expediente Nº 2443-2006/QD-ODICMA y en la Queja Nº 464-2007-OCMA; y* ***cuatro amonestaciones*** *en las Quejas Nos. 1045-2008 y 1420-2008, y en los Expedientes Nos. 135- 2009-ODECMA y 1486-2009/QD-OCMA.*

Que, estas 114 medidas disciplinarias que presenta el citado magistrado, constituye hasta la actualidad el récord de sanciones en lo que va de las Convocatorias de Ratificación en las que ha participado el suscrito, en calidad de Consejero representante de los Colegios de Abogados del país.

Que, la actividad conductual del referido magistrado que ha merecido 114 medidas disciplinarias, emerge de su propia personalidad y conciencia; dentro del contexto del desarrollo de la función social de Juez que le encomendó la sociedad a través de este Consejo Nacional de la Magistratura; función social que no ha sabido desempeñar, por cuanto tal cantidad de sanciones firmes impuestas por la OCMA, ODICMA, ODECMA y la 5ta. Sala Civil, respectivamente, se refieren a lo siguiente:

a) Descuido en trámites de procesos

b) Hábitos y Conductas Irregulares - Retardo

c) Retraso por no delegar funciones jurisdiccionales

d) Inobservancia de normas procesales y administrativas

e) Retardo al no expedir sentencias

f) Irregularidades y descuido en la tramitación de procesos

g) Irregularidad funcional (abuso de autoridad y recorte del derecho de defensa)

h) Negligencia inexcusable en los procesos

i) Inobservancia de normas procesales y sustantivas

Que, siendo esto así, el magistrado Juan Ricardo Macedo Cuenca no merece la confianza de los Colegios de Abogados del país, razón por la que no debe ser ratificado; tanto más, si al ratificar a un magistrado con 114 medidas disciplinarias, se crearía un grave precedente en el desarrollo de la función constitucional de ratificación de magistrados que

posee este Consejo, toda vez que algunos magistrados no ratificados con mucho menos sanciones disciplinarias se valdrían de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, para cuestionar las resoluciones de no ratificación que expida el Consejo Nacional de la Magistratura.

Vladimir Paz de la Barra

d) Voto de la Señora Consejera Luz Marina Guzmán Díaz

Visto el expediente de evaluación integral y ratificación del magistrado Juan Ricardo Macedo Cuenca, Juez Especializado en lo Civil de Lima del Distrito Judicial de Lima, y considerando;

***Primero.-** Respecto a su conducta, de la revisión de los documentos obrantes en su expediente de evaluación, así como de lo vertido durante la entrevista pública practicada al evaluado, se advierte que registra 114 medidas disciplinarias de las cuales 1 suspensión de 60 días, 14 multas (1 multa del 3%, 6 multas del 5%, 1 multa del 7% y 6 multas del 10% de su haber mensual), 92 apercibimientos, 4 amonestaciones, 1 severa llamada de atención y 2 llamadas de atención por irregularidades funcionales, récord disciplinario considerablemente alto que revela la condición de inconducta funcional persistente durante el periodo de evaluación; además, tiene de 201 quejas interpuestas en su contra, de las cuales 3 han sido declaradas fundadas que corresponden a los expedientes N° 511010000-2005-899-0, N° 511010000-2007-144-0 y N° 511010000-2008-144-0. Asimismo, se ha recibido dos denuncias de participación que cuestiona su conducta, lo cual también traduce su indolencia en el menoscabo de una justicia equitativa y oportuna. Asimismo, resulta relevante tener en cuenta los resultados de los referendos llevados a cabo por el Colegio de Abogados de Lima en los años 2002 y 2006 en los cuales el evaluado no cuenta con un número considerable de apoyo de los colegiados, de lo que se desprende que su labor funcional no reúne las garantías y calidades exigidas por la comunidad jurídica donde ejerce la función, lo que resta legitimidad a su autoridad como magistrado;*

***Segundo.-** Respecto a su idoneidad, se aprecia en la calidad de sus decisiones que han sido evaluadas como aceptables; en cuanto a la Gestión de Procesos tiene la condición de aprobatoria; en cuanto a la Celeridad y Rendimiento es deficiente; respecto a la Organización del Trabajo tiene la condición de aceptable; así mismo el magistrado evaluado ha presentado publicaciones; en el Desarrollo Profesional ha acreditado participación en 1 diplomado realizado en el año 2006 obteniendo calificación aprobatoria, ello conlleva a evidenciar que no demuestra capacitación permanente; registra docencia en la Academia de la Magistratura; de otro lado es egresado de las maestrías de Derecho Constitucional y Derechos*

Humanos, y en Filosofía e Historia, ambas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos;

Tercero.- *Que, el proceso de ratificación debe entenderse como una evaluación integral de la conducta e idoneidad de un magistrado durante el periodo de siete años, debiendo acreditar el evaluado copulativamente el cumplimiento mínimo de los estándares requeridos en ambos rubros, de manera que pueda establecerse que guarde las condiciones debidas para continuar en el cargo. En el presente caso, si bien el evaluado registra 2 calificaciones positivas y 3 negativas en los parámetros referidos a su idoneidad, éstos deben ser valorados conjuntamente con su desempeño conductual durante el periodo de evaluación, el mismo que evidencia deficiencias y controversias que no permiten generar la convicción que garantice un adecuado servicio de justicia a la ciudadanía;*

Cuarto.- *Que, teniendo en cuenta estos aspectos, queda establecido que el magistrado Juan Ricardo Macedo Cuenca no satisface las exigencias conductuales que justifiquen su permanencia en el servicio.*

Por tanto, basándome en la objetividad de lo actuado, mi voto es porque no se le renueve la confianza al magistrado Juan Ricardo Macedo Cuenca y, en consecuencia, no se le ratifique en el cargo de Juez Especializado en lo Civil de Lima del Distrito Judicial de Lima.

Luz Marina Guzmán Díaz".

22.3. La indelegabilidad como envío

En un contexto de salida de una dictadura que tuvo manifestaciones de corrupción en el ámbito público, incluyendo al Poder Judicial, no es casual que las nuevas generaciones de magistrados que salieran nombrados por un nuevo Consejo Nacional de la Magistratura, selector independiente e imparcial en relación con los poderes públicos (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial), representativo de la sociedad civil, un Magistrado recién nombrado pretendiera manifestar de manera opuesta y de ruptura con lo anterior, encarnar los principios de *independencia* e *imparcialidad*[450] del Magistrado en su manifestación más palpable y objetiva ante su propia conciencia. De este modo, el juez Macedo se centró en el tema de la indelegabilidad. La actividad judicial como función indelegable por lo demás está expresamente prevista en el artículo primero del Código Procesal Civil[451] y objetivamente, además, de ser

450 Artículo 146°.1 de la Constitución.
"Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.
El Estado garantiza a los magistrados judiciales:
1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley."
451 Artículo 1.- La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder

defendida por la doctrina nacional. Podía, sin duda, presentarse como la manifestación más reglada y objetiva del Principio de Independencia e Imparcialidad. El juez Macedo asumió la indelegabilidad como envío y desarrolló a través de él una ética de convicción[452] a nivel teórico y práctico. Es así que ya desde el año 2001, cuando aún solo era un aspirante a Juez, Macedo escribe sobre su propuesta innovativa elaborando un trabajo académico titulado: "La delegación de funciones jurisdiccionales como afectación a los principios de independencia e imparcialidad"[453], donde la indelegabilidad es llevada al extremo en una ética de convicción radical como principio jerárquicamente superior al desarrollo de un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que a la pregunta ¿hay algo que puede delegar el Juez a sus auxiliares? Responde que simplemente nada. Toda la actividad propiamente jurisdiccional desde la lectura del expediente hasta la redacción de la sentencia es actividad judicial, nada de ello es delegable. Esta posición, sin duda, es teóricamente sostenible y fácilmente no puede ser desbaratada con argumentos doctrinarios, pero tiene límites prácticos, los cuales se harían palpables cuando habiéndola asumido con coherencia a su práctica en la judicatura desde sus inicios[454], mantendría en su despacho un fuerte retraso por la que estaría sometido a una gran cantidad de procedimientos disciplinarios por retardo, así como a un tortuoso proceso de ratificación.

Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República.

452 En esto recogemos el concepto Weberiano de la ética de la convicción como opuesta a la ética de la responsabilidad.Léase al respecto el texto: "La política como vocación", donde se aprecia que a comienzos del siglo XX,Max Weber distinguió de modo claro lo que denominó "la ética de la convicción" de la "ética de la responsabilidad" (Ver Weber, 1919: p. 23), entendiendo por la primera aquella que se determina únicamente por la obligación moral y la intransigencia absoluta en el servicio a los principios y por la segunda aquella que valora las consecuencias de sus actos y confronta los medios con los fines, siendo una expresión de racionalidad instrumental, en el sentido que no sólo se valora los fines sino los instrumentos para alcanzar determinados fines. En su concepción el actuar de los ciudadanos en la polis, debía considerar ambas éticas dado que una ética de la convicción sin una ética de la responsabilidad es una ética estéril que no va tener mayor impacto en la sociedad y una ética de la responsabilidad que prescinda de la ética de convicción es manipulación pura sin orientación alguna.

453 Trabajo académico del Juez Macedo Cuenca, (Ver Macedo, 2001); propuesta innovativa presentada ante el Programa de Formación de Aspirantes III curso-Prácticas de Observación de Despacho. Más tarde desarrollaría un Proyecto de Investigación de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (2007-2008) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos intitulado: "La delegación de funciones jurisdiccionales y la independencia y exclusividad judicial en el Perú".

454 La Resolución de Ratificación N° 511–2011–PCNM en su considerando Quinto literalmente señala**: "***El juez Macedo Cuenca desde que inició su gestión o modelo de despacho y atención de las causas con aplicación estricta de la no delegación de funciones jurisdiccionales, puso en conocimiento del mismo a los diversos órganos de gobierno y control del Poder Judicial"*.*

22.4 La resolución de la Fiscalía de la Nación en el expediente N° 1665-2010-MP-FN

En el mencionado expediente N° 1665-2010-MP-FN[455] del 12 de octubre de 2010, se le atribuye al doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca, en su condición de Juez del 42° Juzgado Civil de Lima, la presunta comisión del delito de *Denegación y Retardo de Justicia*, por haberse negado a administrar justicia en la causa N° 42201-2003, sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria, seguida por César Augusto Torres Torres con Nérida Macassi Chávez de Zambrano y otro, retrasando injustificadamente, por un año y cuatro meses (al momento de presentación de la denuncia), el lanzamiento dispuesto como apercibimiento en la Resolución N° 35 del 16.10.2006; imputándosele asimismo el delito de *Abuso de Autoridad*, porque con su conducta arbitraria habría violado sus deberes de función y ocasionado serios perjuicios económicos al denunciante, atentando contra su tranquilidad. La Fiscalía declararía infundada la denuncia, en la medida que encontró válida la justificación consistente en la colisión de independencia judicial e inmediación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[456]. Similar actuación de la fiscalía se produciría con la Resolución de la fiscalía de la Nación Expediente Nº053-2007-C.I. Lima (Lima 15 de abril de 2011) que declaró infundada la denuncia por presunta comisión de los delitos de *Prevaricato y Denegación y retardo de justicia*, en la cual en el numeral V.10 argumentaba como fundamento de su decisión que el retraso del Juez Macedo encontraba justificación en el hecho expuesto en sus propias resoluciones consistente en que *"resolvía sin mediar delegación de facto de la función jurisdiccional; lo cual no resulta irrazonable, pues es una posición que deriva de la aparente colisión, en el caso concreto (dada la organización del despacho del 42° Juzgado*

455 De manera similar la resolución en el expediente N° 053-2007-C.I.-LIMA, la Fiscalía de la Nación en forma consecuente declaro INFUNDADA una segunda denuncia contra el evaluado por la presunta comisión de los delitos de prevaricato y denegación y retardo de justicia señalando además de lo antes expuesto que el "retraso encontraría justificación en un hecho expuesto en sus propias resoluciones (…) que resolvía sin mediar delegación de facto de la función jurisdiccional; lo cual no resulta irrazonable".

456 "(…) debe reconocerse que dicho retraso encuentra una justificación que no resulta irrazonable y que se deriva de la aparente colisión, en el caso concreto (dada la organización de justicia). De un lado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que, concatenado con el principio procedimental de celeridad procesal, exigen al Magistrado realizar diligentemente la actividad procesal dentro de los plazos establecidos o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, considerado en razón de datos objetivos, como son: la complejidad del asunto, la actuación del Magistrado y la conducta de las partes: y de otro lado los principios de independencia judicial y de inmediación que obligan al magistrado a realizar los actos más importantes del proceso personalmente y sin delegación alguna, bajo sanción de nulidad. Contexto conflictivo en el cual el investigado optó por privilegiar los principios de independencia judicial e inmediación en todas sus actuaciones jurisdiccionales importantes y, por tanto, decidió resolver de manera personal los asuntos de fondo planteados en el proceso, tal como indicó en las sucesivas resoluciones dictadas a partir del pedido del demandante para que se haga efectivo el apercibimiento de lanzamiento".

Civil de Lima), de los principios y derechos de la administración de justicia. De un lado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que, concatenado con el principio procedimental de celeridad procesal, exigen al magistrado realizar diligentemente la actividad procesal dentro de los plazos establecidos o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, considerando en función de datos objetivos, como son: la complejidad del asunto, la actuación del magistrado y la conducta de las partes; y de otro lado, los principios de independencia judicial y de inmediación que obligan al magistrado a realizar los actos más importantes del proceso personalmente y sin delegación alguna, bajo sanción de nulidad".

22.5 El proceso de ratificación

La actuación del juez Macedo llevó al Consejo Nacional de la Magistratura-después de una inicial no ratificación-determinar, finalmente, mediante una discordia entre sus integrantes el voto ganador de la ratificación, no por una valoración probatoria, sino por una calificación de los hechos referidos a la conducta del magistrado como justificante del retardo.

22.6 Argumentos sustanciales en el discurso justificativo de no ratificación contenidos en la resolución del 6 de setiembre de 2010

"2.-Por Acuerdo adoptado en sesión del 10 de junio 2010, se aprobó la Convocatoria N° 002-2010-CNM de los proceso individuales de evaluación y ratificación, entre otros, del doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca en su calidad de Juez Especializado en lo Civil del Distrito Judicial de Lima, siendo el período de evaluación del magistrado desde el 30 de abril del 2002 a la fecha de conclusión del presente proceso, cuyas etapas han culminado con la entrevista personal al evaluado en sesión pública del 6 de setiembre de 2010.

3.- Por Oficio N° 569-2010-J-ODECMA-CSJLI/PJ, del jefe de la Oficina Desconcentrada de control de la Magistratura de Lima, se informa que al evaluado se le han impuesto una suspensión de 60 días, 15 multas de las cuales 7 del 10%, 5 del 5%, una del 3% y una del 1% de su haber mensual, 92 apercibimientos, 4 amonestaciones y 2 llamadas de atención todas por irregularidades funcionales, y respecto a las quejas el Órgano de Control informó que se han presentado en su contra un total de 201 quejas, de las cuales 48 han sido archivadas y 51 se encuentran en trámite, registrando también 39 denuncias, de ellas 32 han sido declaradas no ha lugar, infundadas o improcedentes; 3 han sido declaradas fundadas que corresponden a los Expedientes -N° 511010000-2005-899-0, -N° 511010000-2007-144-0 y -N°

511010000-2008-144-0 y :4 se encuentran en trámite. Los hechos referidos a su conducta guardan relación con el hecho de no haber delegado funciones jurisdiccionales al personal auxiliar de su despacho, tema que fue materia de investigación de su tesis de maestría y dejó de aplicar dichos planteamientos después que le impusieron la medida disciplinaria de suspensión el 3 de octubre de 2008, aspecto que llama la atención porque el magistrado evaluado realizaba proyecciones y aplicaba convicciones personales en la función, sin tener en cuenta que dicha práctica era en desmedro del servicio de la administración de justicia, de los usuarios y justiciables

5.- El doctor Juan Ricardo Macedo Cuenca durante el período sujeto a evaluación no ha satisfecho en forma íntegra las exigencias de conducta e idoneidad que debe demostrar un magistrado, por las numerosas y graves medidas disciplinarias impuestas en su contra, los cuestionamientos de la ciudadanía y la desaprobación de un sector de los abogados del foro de Lima; tampoco ha demostrado una capacitación y actualización sostenida, que se ha confirmado en el acto de la entrevista pública, falencias en las funciones de gestión y liderazgo inherentes al cargo que ostenta, lo que ha sido admitido por el magistrado y que como consecuencia de ello ha sido objeto de un considerable número de medidas disciplinarias, quejas y denuncias, todo lo cual revela su falta de idoneidad para continuar en el cargo".

22.7 El discurso justificativo de la resolución de ratificación

22.7.1 La ponderación

"Tercero: Tales medidas se refieren a retardos en la tramitación de los procesos, debido al excesivo celo denotado por el evaluado de priorizar el principio de inmediación, así como la indelegabilidad de funciones jurisdiccionales para la atención directa de los casos sometidos a sus conocimiento; decidió aplicar el criterio legal de la no delegación de las funciones jurisdiccionales, poniendo en práctica su trabajo académico "Propuesta Innovativa: La delegación de funciones jurisdiccionales como afectación a los principios de independencia e imparcialidad" tesis N° 55-AMAG que obra en la biblioteca de la Academia de la Magistratura y un Proyecto de Investigación de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (2007-2008) de la universidad Nacional Mayor de San Marcos intitulado: "La delegación de funciones jurisdiccionales y la independencia y exclusividad judicial en el Perú", de modo tal que no sólo decidía en cada caso la calificación de las demandas, autos que deciden sobre excepciones, autos de saneamiento, autos definitivos y sentencias, sino que personalmente se encargaba de su redacción.

Cuarto: La no delegación de las funciones jurisdiccionales tiene asidero constitucional y legal, desde que la independencia es consustancial a la

condición de juez conforme lo establece el artículo 146°.1 de la Constitución, de manera tal que ningún otro funcionario o auxiliar jurisdiccional puede arrogarse la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado. Desde una perspectiva legal, el Código Procesal Civil en su artículo 1° estatuye que la función jurisdiccional es indelegable, incluso para la Ley de la Carrera Judicial de la delegación de funciones jurisdiccionales constituye una falta grave (art. 47°.11)".

22.7.2 Macedo ha cambiado

Las palabras exactas utilizadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en la resolución de ratificación del doctor Macedo Cuenca fueron: "Macedo Cuenca ha denotado un cambio sustancial en su metodología de trabajo", con lo cual el CNM interpretaba que Macedo habría advertido lo anti-productivo de su política de trabajo en base al estricto Principio de la Indelegabilidad y empezó a delegar ciertas funciones para poder avanzar más rápido con los procesos pendientes y poder ser ratificado. En términos weberianos, podríamos decir que el CNM interpretó que Macedo abandonó su inicial ética de la convicción por una más pragmática ética de la responsabilidad, más ajustada a lo estimado por la sociedad civil, hecho acreditado, que determinó la renovación de confianza en el cargo.

En la argumentación fáctica, que revela este cambio más pragmático en el Juez Macedo, el CNM alude en su sétima consideración a la reducción significativa de las conductas sancionables por retraso en la administración de justicia en los últimos años: 3 amonestaciones y dos multas en los años 2008, dos amonestaciones en el año 2009 y una amonestación y una multa en el año 2010. Más aún el voto ratificatorio ganador del CNM específicamente refiere "A lo antes expuesto debe sumarse que mediante Resolución del 26 de enero de 2011 el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial le ha expresado al señor Juez Juan Ricardo Macedo Cuenca el reconocimiento y felicitación por la utilidad y pertinencia del aporte efectuado con relación al manejo célere de expedientes vinculados a la Oficina de Normalización Previsional – ONP en los procesos de habeas data

22.8 Muerte de la indelegabilidad y agonía del juez independiente e imparcial

Tal vez Macedo,durante su primer periodo como juez, identificó la indelegabilidad con el juez independiente e imparcial. Pensó que -por decirlo metafóricamente- matar al juez indelegable sería matar al juez independiente e imparcial. Solo después de la presión de los órganos de control y de ratificación, Macedo matizaría, a niveles

aceptables para el CNM, su ética de la convicción por una ética de la responsabilidad interpretando quizás en su fuero interno, que la muerte del juez indelegable no significa necesariamente la muerte del juez independiente e imparcial, sino solo su agonía.

Nietzsche empleó la frase: "Dios ha muerto" para dar a entender que las propias personas hemos convertido a Dios en un objeto (muerto), sin autoridad, y que son las iglesias el mejor ejemplo de las "tumbas de Dios". En base a este inquietante mensaje de Nietzsche, podemos decir que con la decisión tomada por el juez Macedo Cuenca, al abandonar el tan protegido Principio de la Indelegabilidad, ha definido la ruptura de la muerte del juez indelegable. La mayor prueba de ello es él mismo que "cambiado" permanece como magistrado ratificado. Sigue presente como autor de trabajos que ilustran sobre la importancia de la estricta indelegabilidad, pero al no aplicarla termina extinguiéndose por una fuerza gigantesca que escapa de cualquier factor humano, nos referimos al factor tiempo, cuya mayor comprensión para el entendimiento de la *independencia* e *imparcialidad* lo desarrollaremos en la tercera parte de la presente investigación.

TERCERA PARTE

DOS ELEMENTOS TRANSVERSALES. EL FACTOR DEL DEBIDO RAZONAMIENTO Y EL FACTOR TIEMPO

23. Dos elementos Transversales. El Factor del Debido Razonamiento y El Factor Tiempo

En la descripción de los ocho casos efectuada en la segunda parte del presente trabajo, se detectaron como elementos de superficie: la "debida motivación" y la "inusitada celeridad". Estos elementos son de superficie porque siendo visibles permiten hacer inferencias sobre la conducta transgresiva del magistrado al deber de independencia e imparcialidad, aspecto que en definitiva apunta hacia la subjetividad del juez, lo que en principio parece imposible de ser estructurado.

En esta tercera parte pretendemos hacer un análisis inductivo profundo, elaborando a partir de los hechos el concepto genérico, contrastando y relacionando la presencia de los elementos encontrados, concebidos estos transversalmente en los ocho casos descritos.

La información procesada nos permitirá construir nuevos conceptos, realizar metonimia jurídica a efectos de alcanzar clasificaciones que sean útiles[457] para esclarecer nuestra problemática, es decir definir si la conducta del magistrado es transgresiva o se ajusta al deber de independencia e imparcialidad. En base a los elementos llamados superficiales se analiza la "inusitada celeridad", la que es percibida como una manifestación del "factor tiempo". Este factor se manifiesta en verdad de dos maneras, como "inusitada celeridad" y como "retardo" o "dilación indebida".

Sólo así podemos en esta tercera parte del trabajo focalizar nuestro análisis en la actuación del Magistrado como sujeto responsable de su subjetividad. De este modo la comprensión del íter de la subjetividad

457 Específicamente nos referimos a la clasificación entre: Motivación posible y motivación imposible; Motivación Presente real, presente en apariencia, parcialmente presente y no presente; y entre "criterio activista" y "abstenido" que desarrollaremos más adelante.

del Juez, en la formación de una decisión judicial independiente e imparcial, se realizará a partir de la lectura de los casos concretos bajo un enfoque, como ya lo hemos anunciado levinasiano, es decir, vamos a proceder a deconstruir y reconstruir el concepto de independencia personal e imparcialidad como límite positivo constituyente.

Queremos entender el concepto de independencia, no como un valor absoluto que supone que nadie puede interferir en la función del magistrado, sino como límite constituyente positivo de su función. Para ello es necesario describir el íter de su subjetividad más allá de un discurso concebido como proceso lógico, porque la verdad no es consecuencia de un proceso lógico a la que se llega a través de un método correcto, sino una experiencia holística. Es así que nuestro propósito al describir la actuación del juez (independiente e imparcial o transgresor de este deber) cuando éste toma una decisión, es el recoger la modalidad volitiva de su subjetividad a partir de los elementos superficiales de "la debida motivación" y del "factor tiempo". La subjetividad del juez es en principio imposible de ser estructurada y aprehensible; sin embargo puede conocerse parcialmente a través de sus manifestaciones objetivadas en el discurso judicial; es decir en la resolución cuyo contenido comprende la parte expositiva, considerativa y decisoria, así como a través de otros hechos objetivados como el factor tiempo en su vertiente de inusitada celeridad.

A partir de las concretas descripciones, así como de la metonimia de las clasificaciones de la motivación y del criterio, se obtienen los elementos estructurales que responden a la pregunta acerca de la viabilidad del control ex post de la independencia e imparcialidad. Asimismo surge otra pregunta: cuáles son las medidas necesarias a tomarse en cuenta para una mayor concreción de la independencia e imparcialidad, cuando estos valores entran en colisión con otros, como los de seguridad jurídica, predictibilidad y productividad.

En relación a ello planteamos una tipología de los jueces en el Estado Constitucional recogiendo en buena medida la tipología de dominación elaborada por Weber. Este autor nos habla de tres tipos de dominación: tradicional, legal y carismática, distinguiendo entre racionalidad formal y la racionalidad sustantiva. A partir del ello construimos una clasificación de los jueces como técnico de la ley, funcionario y profeta, Finalmente concluimos esbozando una propuesta que armoniza los principios del Estado Constitucional, con los valores en colisión antes referidos.

24. Decisión y Juez.

Dos de las tres resoluciones disciplinarias de destitución del CNM provenientes de procedimientos disciplinarios: caso Armijo y Agüero[458] , se han fundamentado en la grave transgresión del Magistrado al deber de independencia e imparcialidad. A esta convicción se arribó a partir de la lectura de tres resoluciones judiciales de Armijo y una de Agüero, así como del hecho de la "inusitada celeridad".

Este hecho nos lleva necesariamente a pensar en la vinculación entre acto y sujeto actuante, entre decisión independiente e imparcial con el concepto de juez independiente e imparcial. Porque es a través de la sola lectura de la decisión (sentido y justificación), y complementariamente, de la actuación célere en el tiempo -sin que haya algún medio probatorio sobre acto de corrupción- que el máximo órgano de control disciplinario infiere una conducta transgresiva de los principios de independencia e imparcialidad del juez. Lo estimado: la decisión independiente e imparcial, sirve de justificación en el procedimiento disciplinario para que eventualmente el juez sea destituido. Pero lo real y finalmente querido no es el Juez independiente e imparcial sino la decisión independiente e imparcial; en otras palabras, el juez independiente e imparcial es estimado solo porque se presenta como una condición de posibilidad para que se produzca la decisión independiente e imparcial.

Dentro de la clasificación tripartita de la independencia[459] , que comprende la orgánica, funcional y la de la capacidad subjetiva[460] , nos centramos en la presente investigación en esta última, de la cual preferimos hablar como independencia e imparcialidad resaltando con ello su vinculación con la decisión judicial. Es más, hablamos más de la decisión independiente e imparcial que de juez independiente e imparcial[461] . Desde luego que toda decisión fundamentada en un discurso racional sólo puede ser consecuencia de una actividad humana, donde se ejercita la capacidad de juzgar[462] , la razón y la

---

458 En el caso Salinas a diferencia de los casos Armijo y Agüero la resolución de destitución no fue definitiva sino revocada como consecuencia de un recurso de reconsideración ante el CNM, pero igual la primera resolución de destitución posteriormente revocada se fundamentó en la grave transgresión al deber de independencia e imparcialidad.

459 Siles, ha distinguido sólo dos acepciones como independencia institucional y personal (Véase, Álvarez/Ardito…, 2003:p.202) la cual hemos desarrollado en el numeral 6 de la parte Primera de la presente investigación.

460 Como ya nos hemos referido al abordar la clasificación tripartita del Tribunal Constitucional peruano en el numeral 5 de la parte primera de la presente tesis en la que aludimos a la Sentencia de Expediente N° 0023-2003-AI/TC-Lima -Código de Justicia Militar y Ley Orgánica de Justicia Militar. En Defensoría del Pueblo, 2004: p.314 y 315. (FJ 31).

461 Corrales Melgarejo, 2011.

462 "La facultad de juzgar particulares (descubierta por Kant), la capacidad de decir 'Esto está mal', 'Esto es bello', etc. No coincide con la facultad de pensar, el pensamiento opera con

voluntad, orientadas a la ejecución de una acción consistente en un acto de habla[463] con poder performativo. Pero no toda decisión humana es justa, por ser consecuencia de un discurso racional sino porque surge de una voluntad que comprende y trasciende el horizonte limitado y parcial de los intereses de las partes, alcanzando un horizonte más amplio caracterizado por el consenso de la comunidad jurídica y política.

Con ello queremos resaltar que lo específicamente estimado es la decisión independiente e imparcial, lo cual tiene como condición necesaria y creemos indiscutible, la presencia de un Juez o un juryman independiente e imparcial, esto es un ser humano que reúna satisfactoriamente todos los requisitos exigibles para ser considerado "un buen juez" en capacidad de resolver las controversias con criterio independiente e imparcial, formado en él no a modo de capricho autárquico sino autónomo, que sin dejar de ser propio es relacional con las partes y su comunidad política[464] .

25. El Elemento Transversal de la Debida Motivación.

25.1 Debida Motivación y Decisión Independiente e Imparcial.

Las garantías del ordenamiento, cuyo objeto es asegurar el acceso a un juez ependiente e imparcial, tales como la de inamovilidad[465] y

lo invisible, con representaciones de cosas que están ausentes; el juzgar siempre se ocupa de cosas particulares que están a mano. Pero ambas están interrelacionadas de forma semejante a como se interconectan la conciencia moral y la conciencia del mundo. Si el pensar -el dos en uno del diálogo silencioso- actualiza la diferencia dentro de nuestra identidad, dada en la conciencia, y por ello produce la conciencia como su subproducto, entonces el juzgar, el subproducto del efecto liberador del pensar, realiza el pensamiento, lo hace manifiesto en el mundo de las apariencias, donde nunca estoy solo y siempre demasiado ocupado para pensar. La manifestación del viento del pensar no es el conocimiento, es la capacidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo. Y esto en los raros momentos en que se ha alcanzado un punto crítico, puede prevenir catástrofes, al menos para mí". (Arendt, 2002: p. 215).

463 La noción de "acto de habla" ha sido desarrollada por la filosofía analítica, especialmente Austin. Véase al respecto Alexy, 2007:p.92. y siguientes.

464 Para efectos de esta proposición entendemos por comunidad política, la comunidad real de comunicación del discurso judicial, que lo constituyen todos los ciudadanos con capacidad de comprensión, lo cual tiene en su centro a la comunidad académica de abogados y juristas. Se puede distinguir entre una comunidad ideal de comunicación de la real porque en la primera siguiendo a Apel (Véase Apel, 1991:p. 163-164) se constituye por el reino de los fines como una prefiguración metafísica del a priori anticipada contra-fácticamente, mientras que la segunda se constituye por el a priori de la facticidad, una forma sociocultural de vida.

465 "Para el Tribunal Constitucional, la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el justiciable, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que, importa tomar en cuenta dos aspectos: a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial. b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados

permanencia[466] del Juez, no definen la independencia e imparcialidad como un límite positivo constituyente de la función judicial, sino que son las premisas a partir de las cuales se conciben la independencia personal e imparcialidad como valores no absolutos que se predican de un sujeto libremente ilimitado y que por lo tanto necesitan ser limitados negativamente a efectos de evitar la arbitrariedad que puede sobrevenir por un exceso de independencia personal.

Es en virtud de la garantía de la "debida motivación" donde de acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, "el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos"[467] . En esta cita se manifiesta la independencia personal e imparcialidad como resultado de un íter subjetivo cuyo proceso es menester definir en sus elementos más estructurales a partir de los casos planteados y en donde distinguimos el momento de la comprensión y el del criterio.

25.2 La motivación como elemento objetivo lingüístico.

El discurso justificativo de los hechos y de la norma jurídica no sólo debe ser concebido o pensado por el Magistrado sino que debe estar expresado en la resolución haciendo posible del derecho de impugnación o la satisfacción del derecho a ser oído. Es por eso que se habla del derecho a la debida motivación. La motivación expresada en un texto, es decir en un conjunto de proposiciones articuladas lógicamente para que a través de diversos enlaces fundamenten una decisión, es un instrumento democrático de control de no arbitrariedad de las decisiones de poder. Esta es una garantía del Estado de Derecho y por consiguiente una garantía moderna, sobre la cual gira no sólo una axiología libertaria (la del ideal de asociación de hombres libres que se auto-regulan), sino que se presentaen el contexto de una tecnología en la que la lecto-escritura ha llegado a configurar una cultura de masas.

ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías "temporales" de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente". En: STC N° 0023-2003-AI/TC (FJ 35) sobre Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra los artículos II y III del Título Preliminar del Decreto N.° Ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar.

466 "Mediante esta disposición constitucional se establece una garantía a favor de los magistrados judiciales, quienes no podrán ser separados de la carrera judicial de manera inmotivada. Ello contribuye a garantizar la independencia e imparcialidad del Juez, que una vez nombrado –de conformidad con su estatuto legal- gozará de seguridad laboral para ejercer su cargo de manera permanente hasta la configuración de un límite objetivo, que bien puede consistir en un elemento de carácter temporal [se refiere a la edad de los magistrados para jubilarse] En: STC N° 8623-2006-PA/TC (FJ. 4).

467 Véase STC N° 1480-2006-AA/TC. (FJ 2).

Y esto es así más por las modernas tecnologías que por la imprenta. Es decir más por el empleo del internet en sus diferentes modalidades que por el uso masivo del papel impreso.

25.3 Motivación real y motivación posible.

Si concebimos el "deber de motivación" como un elemento de superficie útil, a efectos de permitir la inferencia de la conducta transgresiva del deber de independencia e imparcialidad, entonces resulta del mayor interés realizar una clasificación que permita objetivamente definir en qué supuesto la motivación puede ser una señal inequívoca de afectación al deber de independencia e imparcialidad y con ello ser útil también en la determinación del grado de esta afectación. Esta necesidad de clasificación sobrepasa a aquella que distingue entre motivación debida e indebida, lo que es útil para determinar la validez o nulidad de una resolución judicial.

La realidad y la posibilidad de la motivación se presentan entonces como variables que definen criterios de clasificación. De este modo existe la motivación imposible y la motivación posible, siendo la primera aquella imposible de ser articulada lógicamente, mientras la motivación posible es aquella que sí es susceptible de ser articulada en un discurso lógico, esté o no presente en la resolución, por lo que podemos sub-diferenciar en su interior, teniendo en consideración su realidad, distinguiendo entre: Presente real, parcialmente presente y no presente. Cabe señalar que incorporando la variable de la realidad al interior de la motivación imposible cabe distinguir entre: una motivación imposible en sentido estricto y una motivación aparente, es decir inexistente, presente sólo en apariencia.

En este sentido, como ejemplos de motivación imposible tenemos las Resoluciones de concesión de la cautelar y variación de la contracautela en el caso Armijo. Y es que es imposible justificar con un discurso mínimamente sustentable ante una comunidad ideal y real de comunicación, que se haya concedido una medida cautelar distinta y más gravosa que la peticionada y por lo demás no adecuada, así como que se haya emitido una resolución en forma de decreto sustituyendo la contracautela de cuatrocientos mil dólares americanos de fianza bancaria por otra de garantía mobiliaria de cien mil dólares sin inscripción alguna en el registro.

Cierto es, que en la resolución que concede la medida cautelar se argumenta por qué se concede una medida cautelar, pero no se justifica por qué se concede una medida distinta y más gravosa que la solicitada. De alguna manera podríamos decir que hay en la resolución concesoria

de la cautelar una motivación parcial en un extremo y aparente en otro, en lo relativo a la específica concesión de la medida no solicitada y más gravosa.

De otro lado observamos ejemplos de motivación presente en los casos de la Resolución de la Corte Suprema en Derese, en el del autoconcentrado y en el de Salinas. Y como motivación parcialmente presente, en el caso 3 Serapio y el Caso 5 Armijo en lo que se refiere a la nulidad de contracautela,

Finalmente ejemplos de motivación posible-no presente tenemos los casos Agüero y Macedo. En el primero, la prescindencia del acto de notificación del avocamiento antes de la expedición de la sentencia no es argumentada en la expedición de la resolución, pero es sostenida por la magistrada en el procedimiento disciplinario basándose en que en el caso concreto no se ha conocido causal de impedimento o recusación ex post y en una concepción del Juez como director del proceso, cuya función es maximizar el valor de celeridad. De este modo el actuar del juez en relación a la imputación de haber privado del derecho de defensa a la parte demandada, gozaba de una justificación posible.

En relación al caso Macedo, debemos tener presente que hablamos de la motivación de la resolución, pero también podríamos hablar de motivación de la actuación procesal del magistrado. Ello suele presentarse en relación al elemento del factor tiempo, tanto en su vertiente de inusitada celeridad como de retardo; por ejemplo en el caso Armijo no hay motivación presente sobre su actuar célere, presuntamente calificable de inusitada celeridad, ella simplemente sucede, pero este hecho no significa que dentro del procedimiento disciplinario sea posible desarrollarse un discurso justificativo desarrollada en el contenido de la resolución posible para una comunidad real e ideal de argumentantes. En el caso Macedo, las resoluciones judiciales en los respectivos expedientes no muestran un discurso de justificación de su retardo. Pero más allá del expediente, el Juez tiene una motivación posible, que obedece a un criterio del Magistrado en relación a la valoración y lo que él entiende por indelegabilidad, disposición que no sólo tiene una base legal, sino, también constitucional. No es la motivación que necesariamente dice, sino que es posible que lo que no está escrito al momento que sucedieron los hechos sea al menos aceptable como razonable para una comunidad ideal de comunicación. Debiendo tenerse presente que en el caso Macedo la motivación posible de la resolución se manifestó objetivamente aún cuando haya sido fuera del expediente y no necesariamente con simultaneidad o anterioridad al retardo. Esto es, en una carta donde Macedo puso en comunicación

al órgano de control (CNM y OCMA) y a la presidencia de la Corte Superior su estilo de trabajo. El juez incluso escribió artículos sobre esto, lo cual demuestra que en su caso no existió una motivación posible falsa, sino, una motivación posible comprobable, no expresada en el expediente pero expresada objetivamente en otros documentos. Entonces su "retardo" respondía a una concepción sustentada en el deber de "indelegabilidad", que no dejaba de ser razonable para una comunidad ideal de comunicación o para un "observador razonable"[468]

Este deber no sólo está en la ley, sino, en la Constitución, por lo que sancionar a Macedo o no ratificarlo podría significar vulnerar su derecho a formarse un criterio propio y hasta ir en contra del deber de imparcialidad. Estos aspectos no ha sido valorados uniformemente por los órganos de control y/o ratificación (ODICMA,OCMA, CNM) o por la fiscalía. De esto es expresión el hecho que Macedo haya sido absuelto de las denuncias penales, aún cuando se le hayan impuesto 114 medidas disciplinarias por retardo siendo sin embargo ratificado como magistrado. Debe tenerse presente que atacar el criterio del magistrado es atacar su misma esencia. Ya que el derecho del magistrado a formarse un criterio es parte del principio de independencia e imparcialidad, que es lo que precisamente justifica la intervención del órgano de control.

25.4 Motivación y nivel de satisfacción de cada parte.

Quien es parte del proceso se satisface si se le da la razón, si su interés es satisfecho tal como lo pidió. No es necesario ante tal supuesto, para obtener un nivel de aceptación de la decisión judicial, que el texto de la resolución integre en su composición las razones del por qué se le da la razón al litigante vencedor. No sucede lo mismo en relación con la parte vencida. El interés no acogido por la decisión judicial lleva consigo que el juez exponga en el texto de la decisión las razones por las cuales, no se dio la razón a la parte. En ese sentido una mínima motivación debida, desde una concepción levinasiana del proceso, exige que al menos el texto de la resolución integre las razones por las cuales no se le da la razón a la parte vencida en el proceso, en síntesis: "Al que no se le da razón hay que darle razones."

En los casos DERESE y el de la cautelar de Juzgado Comercial (Caso Armijo), es claro que hay que distinguir entre el nivel de satisfacción del derecho del peticionante de la medida cautelar a ser oído con el delafectado con la medida cautelar. Este derecho a ser oído dentro de una relación cautelar, caracterizado por su carácter de cognición sumaria "inaudita pars", cuya justificación constitucional estriba en el carácter efectivo que debe albergar la tutela judicial, no puede presentarse por

468 En los términos de del Valor 2.5 de los Principios de Bangalore.

tal carácter en su misma intensidad para ambas partes. Pero ello no es obstáculo para que el Juez en una relación hermenéutica integre el interés del afectado por la decisión cautelar en un discurso posible, a partir de lo expresado en el cuaderno autónomo que contiene la petición cautelar, aún cuando en él el afectado con la medida cautelar no haya ejercido su derecho de defensa contra la petición cautelar. En los casos concretos, las copias de las resoluciones administrativas impugnadas judicialmente formaron parte del cuaderno cautelar autónomo. En el caso DERESE, la resolución de la Sala Superior de primera instancia había declarado improcedente la petición cautelar, reiterando en buena medida los argumentos por los que se rechazó la inscripción que estaban contenidos en la resolución administrativa impugnada judicialmente. La Sala Suprema no sólo pudo sino que debió en tal contexto y desde una posición imparcial, construir o "deconstruir" el interés de la parte afectada con la medida cautelar. Esta omisión de la Corte Suprema significó en relación a la parte afectada con la medida cautelar que no se le dio la razón y que tampoco se le haya dado las razones para ese proceder.

En el caso Armijo encontramos que el juez concedió al demandante más de lo solicitado, en un contexto donde no hay escrito alguno de la parte afectada por la naturaleza misma de la solicitud cautelar la que es inaudita pars. Ante ello surge la siguiente pregunta: ¿cómo justificar que se haya dispuesto la administración judicial de la persona jurídica cuando la medida solicitada fue el secuestro judicial de una embarcación pesquera? La resolución cautelar se sustenta en lo expuesto literalmente en el artículo 613 del Código Procesal Civil. Pero ello sólo puede calificarse como una motivación aparente, porque la habilitación para que el Juez dicte una medida cautelar distinta a la solicitada por el peticionante sólo se justifica si ésta es congruente y proporcional con el propósito de asegurar la ejecución de la eventual sentencia favorable.

Lo que nos demuestran estos dos ejemplos es que el momento de la comprensión no se limita a la interpretación hermenéutica, sino también supone una labor de deconstrucción, es decir el leer más allá de lo dicho lógica o literalmente en un escrito de parte que, como en los casos concretos, no existe debido a la naturaleza misma de la medida cautelar. A esto hay que agregar que la deconstrucción procedería asimismo, cuando la controversia concierne alcontenido esencial de derechos fundamentales[469] ,

469 Ciertamente ello no puede ser interpretado de modo extensivo y para el "garantismo" de Alvarado Velloso ello es inaceptable al ir contra el deber de "imparcialidad" en el sentido que el juez actúa como parte y deja de ser im-partial, pero precisamente si partimos de una concepción levinasiana donde el "rostro" del otro permanentemente nos cuestiona, estimamos que el juez no debe dejar de estimar la labor de "deconstrucción". En Éxodo 3, 7-10 (Biblia Latinoamericana) Yavé dijo: «7. Yavé dijo: «He visto la humillación de mi pueblo en Egipto, y he escuchado sus gritos cuando lo maltrataban sus mayordomos. Yo conozco sus sufrimientos, 8. y por esta razón estoy bajando, para librarlo del poder de los egipcios y para hacerlo subir de aquí a un país grande y fértil, a una tierra que mana leche y miel, al territorio de los cananeos, de los

o en aplicación del principio de "socialización del proceso"[470] .

25.5 El momento de la comprensión.

Pero antes o quizás simultáneamente con la elaboración del texto por el magistrado y antes de tomar una decisión, debe éste en un primer momento comprender la posición de las partes. El texto de la resolución estará debidamente motivado cuando en él se exprese haberse comprendido a las partes.

25.6 Derecho a ser oído y derecho a ser comprendido.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) proclama que la Independencia del Juez es una de las garantías judiciales más importantes: "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 (…)"[471]. Vincula de este modo el derecho a ser oído con el derecho a un juez independiente e imparcial, en el sentido que si quien habla es la parte, quien escucha es el Juez. Pero este derecho a ser oído determina la condición del destinatario del mensaje, quien además de ser Juez debe ser independiente e imparcial. Esta cualidad del deber de escucha, oidor (así lo llamaban en la colonia), se orienta tendencialmente a algo más que un escuchar natural o espontáneo, porque quien escucha a un sujeto hablante tiene la posibilidad de comprender o no lo expresado. El deber de escucha de un Juez independiente e imparcial quiere decir que éste finalmente comprende, es decir aprehende las posiciones expresadas por las partes en sus discursos. Si no fuera así, es decir, si nos contentáramos con defender el derecho de las partes a ser oídos no sería exigible además que los abogados de las partes y el Juez compartieran un lenguaje común. La necesidad de este idioma común entre las partes y el Juez es el fundamento del derecho a un intérprete oficial. Por consiguiente,

heteos, de los amorreos, los fereceos, los jeveos y los jebuseos. 9. El clamor de los hijos de Israel ha llegado hasta mí y he visto cómo los egipcios los oprimen. 10. Ve, pues, yo te envío a Faraón para que saques de Egipto a mi pueblo, los hijos de Israel.»

470 Léase el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil: Artículo VI.- Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

471 Precepto similar encontramos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo Artículo 41 establece: "Derecho a una buena administración". 1.- Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la unión traten sus *asuntos imparcial y equitativamente* y dentro de un plazo razonable./ 2.- Este derecho incluye en particular:/ a) El derecho de toda persona *a ser oída* antes de que se tome en contra suya una medida individual que te afecte desfavorablemente; / b) El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;/ c) La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. (…)".La Carta de los fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

literalmente entendido el derecho a ser oído, abstraído de su vinculación con su destinatario (el Juez independiente e imparcial) no tiene por sí solo ningún sentido.

Ser oído y no comprendido, como cuando el Juez habla otro idioma, no forma parte del debido proceso y lejos de ello, constituye un perjuicio al derecho de defensa y una pérdida de tiempo. Entonces el único sentido al que se orienta el derecho a ser oído es viabilizar la comprensión del destinatario. Por ello, de un modo más preciso deberíamos concluir que el derecho a ser comprendido es parte del debido proceso. Este es además el sentido que explica la exigibilidad o en todo caso el derecho a solicitar un informe oral. La inmediatez asegura que el juez haya escuchado lo alegado por la parte y naturalmente, si el informe ha sido claro y ha habido atención en la escucha, habría que presumir, que el Juez ha comprendido el discurso de ambas partes.

En el Caso Agüero, la magistrada destituida sostiene en su defensa que en definitiva ella comprendió la posición de la parte a la cual no le dio la razón, que ésta lejos de cuestionar la debida motivación de la sentencia en el tema de fondo se limitó a cuestionar la formalidad por la formalidad del informe oral, olvidando que incluso la juez titular, de haber resuelto el caso lo habría hecho un año después de escuchar a las partes y en un contexto en el que que por el lapso de tiempo transcurrido, se suele considerar que los elementos principales del caso han sido olvidados. Entonces ¿por qué sería atentatorio contra el debido proceso el actuar de la magistrada destituida cuando la eventual decisión de la juez titular hubiese en los hechos significado algo semejante?, ¿O era exigible incluso a la juez titular el llamar nuevamente a un informe oral? Esto último parece ser el temperamento de la resolución de destitución del CNM. Pero este tema no fue sin embargo abordado, actitud que deja en incógnita la respuesta, resultando imposible determinar si este argumento fue realmente comprendido por el CNM y pese a ello no consideró necesario desvirtuarlo en la resolución destitutoria, porque el argumento en todo caso no era sustancial sino "obiter dicta"[472].

El debido proceso apunta en su propósito al interior del Magistrado, a lo "imposible" de configurar una subjetividad capaz de legitimarlo racionalmente en su actuación de poder, en una sociedad post-metafísica, sin fundamento místico de la autoridad, en la medida que significa la posibilidad de la comprensión de la posición de ambas partes. Por eso, el debido proceso no sólo significa que la demanda y la contestación

472 Rationes obiter dicta, en oposición a rationes decidendi, comprende a las argumentaciones que no son necesarias ni suficientes para proporcionar una justificación. Léase al respecto Taruffo, 2006:p.268 y siguientes.

están dentro del expediente sino que efectivamente las posiciones de ambas partes expresadas en esos escritos sean más que leídos y oídos, comprendidos.

Comprender para el segundo Wittgenstein, más que un proceso mental, es poder decir "¡Ahora puedo continuar!"[473] ,no se trata de repetir lo dicho por las partes o transcribir los argumentos del demandante y del demandado en la sentencia, sino penetrar en su sentido lógico profundo, que permite adueñarse de la regla intrínseca de la composición del discurso, al punto de saber seguirlo y eventualmente confirmarlo, complementarlo o refutarlo ante la presencia de los argumentos de la otra parte o del surgimiento del criterio propio. En el Caso Armijo, se advierte que el magistrado ni siquiera comprendió el discurso lógico de la parte favorecida en cuanto al requisito de la adecuación de la medida, dado que concedió al peticionante más allá de lo solicitado. Menos comprendió el juez a la parte perjudicada.

Téngase presente que hablar del derecho a ser oído, a ser comprendido supone proteger el interés de las partes. Por eso este derecho puede ser entendido como un derecho subjetivo público. Dado sin embargo que todo reconocimiento de derecho subjetivo tiene al otro extremo de la relación jurídica una posición obligacional. El derecho a ser comprendido de las partes se presenta así simultáneo y correlativo en su extremo relacional al deber de comprender que descansa enla persona del juez, aspecto que destacamos. Porque decir que existe un derecho a ser comprendido significa que en el otro extremo existe el Juez con el deber de comprender a las partes antes de emitir su legítima decisión judicial.

25.7 La comprensión de las partes, seguida del criterio como habilitante de la decisión independiente e imparcial.

La estructuración de la decisión judicial imparcial involucra las reglasdel Debido Proceso, estas son, las exigencias capaces de invalidar no sólo la decisión final sino todo el proceso. Las reglas del debido proceso sólo son legitimadas cuando recogen todas las condiciones necesarias para una decisión imparcial, lo que involucra la comprensión de las partes.

Esto en la perspectiva *levinasiana* que desarrollamos significa que la decisión sea producto del diálogo real de personas de carne y hueso. Pero el contexto de estrategia de las partes procesales y la variable del factor tiempo determina que la comprensión en el proceso judicial sólo

473 Ludwig Wittgenstein investigó el significado de esta palabra en sus investigaciones filosóficas, con el que se inició el giro lingüístico en filosofía, lo cual creemos es válido aplicarlo a nuestra investigación. Véase Ludwig Wittgenstein, 2004:p. 151.

puede descansar en discursos posibles de los interesados. El discurso posible no como opuesto de lo real sino como "real oportunidad" de articularse a ella sea o no configurado como acontecimiento real. Como cuando las partes han tenido la oportunidad de alegar, de defenderse oralmente lo hayan o no hecho.

En otras palabras ningún operador jurisdiccional está legitimado a emitir una decisión propia en el proceso mientras no haya comprendido lo que le dicen ambas partes.

La sentencia alcanza su legitimidad cuando es el resultado de un juicio independiente e imparcial, lo que en una sociedad democrática sólo puede tener como premisa la comprensión de los discursos de las partes involucradas.

25.8 El momento del "Criterio Imparcial".

Pero la comprensión del Juez de lo expresado por las partes no configurapor sí sola el sustento determinante de la decisión imparcial. Entre esta y aquella a modo de bisagra, acontece como el eslabón más débil el "criterio", cuya formación en la subjetividad del magistrado, lo concebimos como el núcleo fundante de la decisión. Éste cuando es independiente e imparcial, determina la decisión independiente e imparcial.

Este núcleo cuando es independiente e imparcial seconvierte en el eje rector de esa subjetividad en principio imposible de constatar, pero estructuralmente legitimador de la autoridad de toda decisión judicial. Esto nos permite apreciar que el aseguramiento de la presencia del "criterio imparcial" se convierte en una necesidad del "debido proceso". Así pese a todas sus limitaciones, la estructuración objetiva simbólica del criterio imparcial se presenta como una exigencia para la decisión judicial legítima.Dos conceptos la integran: la necesidad de la formación de un "criterio" y el carácter "imparcial" del mismo.

La omisión de la formación de un "criterio", describe una característica del perfecto burócrata que actúa sólo en obediencia jerárquica y no se pregunta el por qué, el para qué de su acto de habla, es la actitud de Eichmann comentada por Arendt[474] . Si no existiera criterio

474 Véase Arendt, 2003c. Cuando Eichmann en 1961 fue sometido a juicio en Jerusalén por su participación en la llamada "solución final" por crímenes contra la humanidad, Arendt escribió su más trascendental ensayo, donde revisando su propio pensamiento después de haber sostenido el "mal radical" en su obra "Estudios sobre el Totalitarismo", y esperando encontrar en el acusado, a un genio del mal, enorme fue su sorpresa cuando advirtió la visible mediocridad del acusado, un hombre común que detrás de su actuar monstruoso no había odio sino nada. Las reflexiones de "Eichmann en Jerusalén un ensayo sobre la banalidad del mal"

sería posible resolver todos los procesos judiciales con un software y en vez de jueces necesitaríamos ingenieros informáticos. Tal apreciación puede corresponder al enfoque que sobre el Juez tuvo Montesquieu en el Espíritu de las Leyes (1884 "Del espíritu de las Leyes"), y al que aludía Max Weber cuando hablaba de la racionalización del derecho formal como propio de las sociedades de mercado de comienzos del siglo XX[475] , pero no de las sociedades propias de un Estado Constitucional[476]. En estas después de la experiencia de Auschwitz y los totalitarismos, resulta imperativo asumir la máxima de Adorno aplicable a los jueces donde se institucionaliza la capacidad de juzgar de un pueblo: "Obra de tal manera que Auschwitz no se vuelva a repetir"[477].

La decisión, capaz de sustentarse de modo proposicional lógico, podría hacer referencia a una voluntad "caprichosa"; sin embargo, los adjetivos independiente e imparcial responden a un juicio, a una habilidad personal adquirida en sociedad que comunica el pensar con la acción[478] y por consiguiente susceptible de articularse en un logos lingüístico, que responde a un ¿por qué?, a un ¿para qué? Este logos, perteneciente a una comunidad de hablantes, posibilita un diálogo que no es renuncia de las propias convicciones sino su realización fluida, con apertura a las objeciones, relacional y auténtica susceptible-como logos- de traducirse en una forma proposicional de un discurso. Este juicio es el criterio, que es imposible de formarse en el grado de imparcial sin que previamente no se hayan comprendido los discursos reales (incluso posibles, en la medida que aceptemos el Principio de Iura Novit Curia) de las partes.

El criterio imparcial se convierte en la bisagra entre el derecho a ser oído o comprendido y la decisión imparcial. El sólo comprender no asegura aún la formación de un propio discurso en el Juez. Su actuación como juez imparcial sólo se configura al momento de formarse el criterio propio, posterior y a partir de la comprensión de ambas partes. Porque primero sucede la comprensión de la controversia, la percepción intersubjetiva de las posiciones de las partes en el juez; y sólo después, se despliega su actuación libérrima de razón, voluntad y capacidad de juzgar, en diálogo con la doctrina vigente, configurando la definición

nos advierten de los peligros de la mentalidad burocrática, un peligro que es aún mayor cuando es cultural y comprende a los jueces, del cual las democracias actuales no son ajenas.En nuestra tipología de jueces que desarrollaremos más adelante encontramos el elemento burocrático de Eichman en el Juez burócrata y en el Juez funcionario.

475 Véase, Weber, 1984.

476 En esto recogemos la oposición de Estado Legislativo con Estado Constitucional hecha por Zagrebelsky, 1997.

477 Véase Adorno, 1966, en la conferencia radial brindada a la Radio Hesse.

478 Véase Arendt,1993: p. 22

del criterio.

La decisión judicial legítima independiente e imparcial emana así del juicio propio del juez que surge a partir de la comprensión de la posición de ambas partes bajo el eje de referencia de la comprensión de la Constitución y de la ley por una comunidad ideal y real de argumentantes.

El Estado Constitucional estima la presencia de un criterio, que la decisión judicial finalmente obedezca a la concepción de lo justo de un hombre o de una pluralidad de pareceres hasta la formación de un criterio determinante en deliberación. Este último permite un desarrollo más vasto del diálogo en la formación del criterio que no concluye con el primer parecer, donde las posiciones de los sujetos juzgantes y deliberantes se presentan como abiertos a variarla o matizarla hasta la configuración del criterio determinante como fruto de la discusión real y directa.

Es por ello, que la independencia es un principio del Estado Constitucional, porque finalmente lo estimado es la formación en cada decisión de un criterio. No obstante su realización debe lidiar con la dificultad de su estructuración simbólica derivada de su carácter interno, ininteligible y ubicado por así decirlo fuera de este mundo, dada la ausencia en ella de presiones terrenales. Como corolario resulta imposible encontrar certeza de su configuración, lo que sin embargo no es obstáculo para que como pretendemos demostrarlo en la presente investigación la ausencia de formación de criterio en determinadas circunstancias sea susceptible de control disciplinario a través de su manifestación de ausencia de "debida motivación" en la resolución judicial.

25.9 Comprensión de la no sancionabilidad por discrepancia de criterio.

Aun cuando el artículo 212 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[479] que establecía expresamente la regla de no sancionabilidad por discrepancia de criterio, se encuentre expresamente derogado por la Disposición complementaria Única de la Ley de Carrera Judicial 29277, de ello no se puede inferir que el mismo concepto de independencia en el sentido de capacidad subjetiva, no lo comprenda. Así por ejemplo Bangalore en el numeral 1.1 de la aplicación del principio de independencia señala: "Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente , partiendo de su valoración de los hechos y

479 Este artículo decía "Artículo 212.- Inaplicabilidad de sanción. No da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos."

en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón". La propia "valoración de los hechos" y la propia comprensión de la ley, centra el tema del criterio independiente.

Por criterio la Real Academia de la Lengua entiende el "Juicio o discernimiento". De este modo el concepto de criterio judicial admite el supuesto de una decisión judicial que aun cuando pueda ser revocada por el superior jerárquico, incluso cuando pueda ser errada en términos definitivos del ordenamiento jurídico, no puede ser sancionada al ser el resultado del discernimiento de un juez, de su propia valoración de los hechos y su comprensión consciente del ordenamiento jurídico. Lo contrario constituiría una amenaza y coadyuvaría a la formación de una subjetividad judicial no independiente. De este modo el ordenamiento tiene en estima positiva la libertad de discernimiento del Juez que no es arbitrariedad sino otro modo de comprender su independencia.

Adviértase sin embargo, que el ámbito de esta libertad no significa amplitud de albergar cualquier decisión en cada caso, se trata de asegurar o asegurarnos que la decisión del juez, el acto volitivo de éste, obedezca a un ejercicio de su libertad de comprensión del derecho vigente ante situaciones fáctico-jurídicas que conoce en su calidad de juzgador y no a factores ajenos a su comprensión del ordenamiento vigente.

De este modo el actuar del juez contrario a formarse un criterio, orientado a renunciar a discernir sobre el caso, o a definir su acto volitivo producto de un análisis racional, se desenvuelve en su obrar según otros factores tomando la resolución sólo como la apariencia de una decisión nacida del discernimiento del juez. *Comprende, fórmate un criterio y decide conforme a él*, es la máxima que resume lo exigido al Juez para la formación de una decisión independiente e imparcial.

La decisión orientada a renunciar a discernir sobre el caso, lejos de ser estimada como acto independiente, debe por el contrario ser calificada como acto que en definitiva va contra la independencia y esto es así en la medida que el elemento determinante de su configuración no lo ha constituido su propio discernimiento, sino otro factor, configurándose por consiguiente el supuesto de afectación al deber de independencia e imparcialidad por conducta del propio magistrado.

En otras palabras es el estándar del criterio jurisdiccional – discrecionalidad del magistrado establecida precisamente para garantizar su independencia- el que nos permite afirmar o descartar la hipótesis de encontrarnos ante una conducta transgresiva del

deber de independencia e imparcialidad a partir de los dos elementos transversales. En definitiva es necesario responder a la indagación si la decisión judicial respondió al propio criterio del juez luego de haber comprendido la posición de las partes.

Este es el concepto positivo de independencia que proponemos y con el que se justifica el control disciplinario ex post donde la "Debida Motivación" es un elemento trascendental, cuando la situación de distorsión del deber de independencia e imparcialidad podría determinarse de múltiples factores, que no pueden ser acreditados por el video que filma la contraprestación dineraria, o la grabación que alude a la devolución de favor, pero ciertamente es cuando tal medio probatorio no existe ni se discute un hecho específico de distorsión cuando el control ex post de la independencia se reduce a la lectura de la resolución y al comportamiento del magistrado en el proceso, cuando el control ex post de la independencia e imparcialidad toma un contenido más autónomo al derecho penal, más propio de la misma labor jurisdiccional y nos remite a temas más fundamentales y precisas de la labor jurisdiccional y al significado de la función en un Estado constitucional y democrático.

He aquí el motivo por el que la "debida Motivación" se vincula con la lucha contra la corrupción: el control disciplinario ex post.

Téngase presente lo delicado y sensible del tema, por cuanto no basta reconocer la independencia del juez, sino de reconocerlo en su ejercicio real, concreto, más que un derecho subjetivo del juez como un derecho-deber del mismo. Es más, afirmar que la independencia del Juez es un valor fundamental de la democracia lleva en un terreno práctico de confrontación de los límites de la razón, por cuanto el criterio del Juez significa en definitiva el resultado de un discernimiento de un proceso racional que responde a la lógica y al actuar en el mundo del magistrado.

Ciertamente resulta una discusión filosófica inacabable el tema de los límites de la razón en el tema de la razón práctica y el pluriculturalismo. El pluralismo actual coexiste con un razonamiento más escéptico o al menos de defensa de valores de verdad débil. La filosofía jurídica se ha planteado el problema si hay una respuesta correcta, pero incluso si se aceptara tan discutible hipótesis de ello no se deriva que una vez determinada la respuesta correcta las otras respuestas tengan que ser sancionadas como infracciones del magistrado que van contra el deber de independencia e imparcialidad, pues ello sería ir contra el criterio judicial, definir un escenario de razonabilidad que

resista las reglas de la argumentación que se mueva dentro de un marco de referencia, estructurar simbólicamente la debida motivación como indicio que su transgresión pueda significar una transgresión al deber de independencia e imparcialidad cuya gravedad y posible justificación de una destitución se servirá a su vez de otros elementos que intentaremos identificar y definir.

25.10 Entre la independencia de criterio y la transgresión del Juez al deber de independencia.

De esta manera resáltese el carácter activo del sujeto de conocimiento, como presupuesto epistemológico, concepción compartida en la filosofía desde Descartes, y que en la labor jurisdiccional resulta evidente cuando se observa que memoria y voluntad se integran en la actitud del operador para decidir, resolver o sentenciar, manifestándose ambas facultades en fundamentaciones articuladas alrededor de reglas y principios. Consecuentemente el tejido del discurso objetivado en la resolución de la decisión judicial revela no sólo erudición exegética, dogmática de técnica positiva, filosófica o histórica sino también un material susceptible de ser valoradoque hasta cierto punto permita viabilizar lacalificación de la actividad el magistrado como eventualmente transgresiva al deber de independencia e imparcialidad y responsabilidad o como manifestación objetiva de su criterio imparcial en el caso particular.

¿Pero qué parámetros podríamos definir a efectos de poder calificar la decisión del juez como conducta transgresiva del deber de independencia e imparcialidad? Para responder ello debemos previamente recordar lo escrito en la doctrina acerca del marco de posibilidades que tiene el juez para encontrar la respuesta correcta.

En el dogmatismo, la limitación presente en el tema de las excepciones a los conceptos era conocida como el ¨ius singulare¨ pero para su comprensión se resaltaba su desobediencia al concepto lógico y su acatamiento al criterio de utilidad. No obstante creemos que el conocimiento de los "Principios" como opuesto a las reglas propias de un Estado Constitucional, extiende el estrecho concepto de excepción al que aludía el dogmatismo. El Juez de un Estado Constitucional no sólo advierte la confluencia de argumentos exegéticos derivados del texto de la ley, del sistemático, históricos e incluso de los concebidos como meta-jurídicos percibidos como ¨presiones sociales¨, sino percibe como "mandatos de optimización" los principios que integran el ordenamiento jurídico. Esta situación determina que por la falta de fijeza y delimitación en los supuestos de hecho en los que se alude a los

mandatos de optimización, la independencia de criterio se extienda a una "zona de "penumbra" en la que su limitación con aquellas otras zonas en la que la transgresión al deber de independencia e imparcialidad se presenten como manifestadas por la transgresión al deber de motivación sea borrosa y de difícil diferenciación. De este modo dentro de una independencia de criterio podríamos distinguir el "criterio activista" y el "criterio abstenido" y dentro del criterio activista el "criterio sublime" del "criterio ridículo".

25.11 Criterio activista (Entre lo ridículo y lo sublime) y criterio abstenido.

Por criterio activista entendemos aquel que va más allá del argumento literal normativo y de la tradición prevaleciente (jurisprudencia). La decisión activista se define más que por elementos objetivos como el texto de una regla normativa o de un precedente, por el razonamiento propio del Juez basado en "principios". El "criterio activista" no necesariamente es el "correcto" ni necesariamente determina una "infracción disciplinaria". Si el "criterio activista" se vuelve el aceptado por una comunidad jurídica entonces deviene en el correcto "sublime", pero si por el contrario es rechazado por la comunidad jurídica suele dar lugar a re-acciones del sistema prevaleciente lo cual significa su calificación como infracción disciplinaria o mejor dicho su descalificación a tal punto de llegar al estigma o la destitución. Entonces podemos representar a este criterio activista recogiendo la expresión de Napoleón Bonaparte denominándolo "ridículo"[480] .

Por criterio abstenido entendemos aquel que advirtiendo la alternativa de un criterio que privilegia el principio contra regla opta por aplicar la regla, sea por "seguridad" de él (temor propio de una "cultura abstenida"), "seguridad jurídica de los justiciables", o por considerarlo lo más prudente en las actuales circunstancias en un "diálogo ideal" con la comunidad de argumentantes.

25.11.1 El ejemplo de la jurisdicción contenciosa administrativa. "Activismo Sublime" del auto concentrado, versus "Activismo Ridículo" en el caso Agüero y Salinas.

Los casos seleccionados en la segunda parte de la presente investigación nos sugieren interpretar como una historia factual el

480 Cuando Napoleón Bonaparte tras el incendio de Moscú (1812) tuvo que retirarse bajo la nieve de regreso a París y dar cuenta al país de una campaña que iniciada con más de 600.000 hombres terminaba con una quinta parte volcó las amargas reflexiones de aquel ocaso dramático en una carta confidencial dirigida poco después a Víctor De Pradt, su embajador en Varsovia. Allí escribió las célebres palabras: "De lo sublime a lo ridículo no hay más que un solo paso". Dolorosa frase que hemos escogido para referenciar metonímicamente la bipolaridad del criterio activista.

devenir jurisprudencial del proceso contencioso administrativo. Si analizamos este devenir a partir de una historia factual deberíamos dirigirnos en primer lugar al auto concentrado, el cual es un ejemplo de una decisión jurisprudencial contra el texto literal de la ley y la tradición hasta entonces vigente. Con la expedición del auto concentrado en su momento sincrónico no se podía determinar si se establecía con ello un evento activista que configuraba un supuesto de destitución con un supuesto de infracción disciplinaria o un supuesto creador aceptado por la comunidad jurídica de un nuevo proceso contencioso administrativo. Como hemos sugerido en la segunda parte de esta investigación, en su momento, la engañosa razón podría oscilar delimitando un círculo bipolar que en términos derridianos resultaría ser "indecidible"[481] , entre lo sublime y lo ridículo.

El acto activista, es a nivel jurisprudencial de lo que hablaba Derrida sobre la revolución política. Pero a este evento activista triunfante "sublime" acaecido el año 2003, le seguiría en el año 2007 la medida de abstención a dos juezas contenciosas administrativas, que curiosamente habían sido Relatora y Secretaria de la Sala que expidió el "auto concentrado". La primera sería destituida por una Resolución del CNM y la segunda no, pero sólo después de haber interpuesto su recurso de reconsideración. En el caso Agüero y en el caso Salinas vemos también un activismo contra el texto literal de la Ley al que también se podría argumentar en contra aludiendo a un razonamiento ponderativo constitucional, en el marco de referencia exclusivo de la argumentación racional aparentemente no habría razón para diferenciar uno de otro y responder a la pregunta ¿por qué la decisión del auto concentrado fue aplaudido por la sociedad civil mientras que las otras dos fueron desechadas por ella? Para responder a esta pregunta es menester distinguir los criterios determinantes para una respuesta correcta lo cual lo vamos a desarrollar a continuación así como comprender la importancia del factor tiempo, lo que analizaremos más adelante.

481 "Lo indecidible no es sólo la oscilación o la tensión entre dos decisiones: es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regia, debe sin embargo -es de un deber de lo que hay que hablar- entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta el derecho y la regla. Una decisión que no pasara la prueba de lo indecidible no sería una decisión libre; sólo sería la aplicación programable o el desarrollo de un proceso calculable. Sería quizás legal, no justa". (Derrida, 1992: p. 150). La falta de determinación también es aludida por Derrida cuando comenta el derecho de huelga como acto fundador de un nuevo derecho que espera su legalidad ex post.

25.11.2 Los criterios determinantes de la respuesta correcta o mínimamente sustentable.

25.11.3 Tesis pluralista y tesis de la única decisión correcta.

Existen tesis pluralistas y tesis de la única decisión correcta, tesis que reconocen como razonables varias alternativas y tesis que no. Así por ejemplo Trazegnies habla de la Polivalencia del Derecho, mientras Lenio Luis Streck dentro de una hermenéutica judicial la niega, hasta el punto de considerar inadecuada la clasificación entre los easy y hard case, resaltando una co-originariedad[482] proveniente del pre-comprender[483] .

25.11.4 Los cánones de la interpretación

Los cánones de la interpretación han sido desde Savigny, objeto de muchas discusiones. Se habla del método literal, el de la voluntad del legislador, el sistemático, el histórico, el teleológico, el sincrético, etc. En palabras de Alexy "Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Tiene poco sentido tomar postura en esta disputa sin saber lo que son estos cánones"[484].

25.11.5 El criterio subsuntivo y lógico.

Toda decisión judicial debe contener en su texto discursivo un silogismo lógico jurídico, el cual comprende necesariamente una premisa mayor, así como la premisa menor extraída del caso concreto. La subsunción es precisamente el vínculo que se establece entre la premisa menor y el supuesto de hecho abstracto que está contenido en la premisa mayor. En el silogismo se enuncia en una proposición vinculante que el hecho concreto se subsume en el supuesto de hecho de la premisa mayor. La justificación de la validez de ésta se encuentra en una norma jurídica que se encuentra en un texto legal o en una proposición desarrollada por el Juez a partir de un "mandato de optimización".

25.11.6 El criterio de la universalización.

Kant establece la siguiente máxima moral: "Obra de tal suerte que la máxima de tu voluntad pueda siempre ser considerada como

482 Véase Luiz Streck, 2009:p.215.

483 "Esta distinción no tiene en cuenta la existencia de un acontecer en el precomprender, en lo cual el caso simple y el caso difícil se enraízan. Existe así una unidad que los instituye" Luiz Streck, 2009:p.355

484 Alexy, 2007: p 323. Agrega: "Para ello, los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de interpretación semántica, genética, histórica, comparativa sistemática y teleológica." (Alexy, 2007: p 324).

un principio de legislación universal"[485] , lo que es conocido como "universalización". Apréciese que tal regla útil para determinar un contenido moral es solamente formal y no define el contenido mismo de la regla, la máxima moral es una regla determinante de la voluntad libre es decir de aquella voluntad no determinada por lo sensible (placer-dolor) por lo tanto se halla más allá de la Ley de Causalidad donde los fenómenos son los determinantes, tal voluntad es independiente y por lo tanto libre trascendentalmente. Para Kant no se puede identificar el deseo de felicidad con la máxima del utilitarismo de "la mayor felicidad para la mayor cantidad posible de hombres."[486]

La ética discursiva ha encontrado una vinculación entre la razón discursiva y la universalización. Si esto es así, entendemos que el principio de universalización con menor o mayor intensidad se encuentra desde ya en toda comunidad lingüística y no sólo se encuentra en los textos de la modernidad. El lenguaje tiene una estructura que incorpora los elementos de universalidad y autonomía en su interior.

Por ello desde que toda comunidad humana poseyó un lenguaje, lo que equivale a decir desde que el hombre se presenta como hombre en la historia, ha incorporado como principios básicos de su colectividad la universalidad y autonomía. Ciertamente han existido castas, privilegios, clases sociales, pero ello no ha sido obstáculo para que aún en esas colectividades estuvieran presentes estos principios de una u otra manera coexistiendo sin duda con otros como los religiosos. Es así que en la tradición bíblica monoteísta lo hallamos ya en la declaración del profeta Natán contra el Rey David , cuando describe cómo en Israel el Rey David[487] administraba justicia escuchando el informe del Profeta Natán, apreciándose que después de relatarle en los versículos lo sucedido por un hombre rico que guisó la ovejita de un hombre pobre para atender a un viajero que había llegado, ante lo cual David afirmó "Vive Yahvé que el que hizo semejante cosa es digno de muerte", Natán aseveró "Tú

485 Kant, 2001:p.49-50.

486 De este modo señala: "si se diese a esta máxima la universalidad de una ley, en vez del orden que una ley universal de la naturaleza por doquiera establece, se conseguiría precisamente lo contrario, un desorden extremo, o desaparecería completamente el fin de la máxima y la máxima misma. La voluntad de todos no tiene en ese aspecto un objeto mismo y único, sino que cada cual tiene el suyo (su propio bienestar), que puede bien conformarse accidentalmente con los designios que los demás refieren igualmente a sí mismos, pero que está lejos a fundar una ley, porque las excepciones que se tiene derecho a hacer, según la ocasión, son infinitas en número, y no pueden ser comprendidas en una regla universal de una manera determinada… Los principios empíricos de determinación no pueden fundar una legislación universal exterior, pero tampoco pueden fundar en ella una interior, porque teniendo la inclinación su fundamento en la naturaleza de cada uno, hay tantas inclinaciones diferentes como diferentes sujetos, y, en el mismo sujeto, ya es una, ya es otra la que domina. Absolutamente imposible es encontrar una ley que, poniéndolas de acuerdo, les gobierne a todas." (Kant, 2001:p.53)

487 Léase 2do Samuel 11:1-12-31.

eres ese hombre". Advirtiéndose en tal afirmación la universalización de la máxima enunciada de modo abstracto por el propio Rey pero en este caso aplicado en su contra. De igual modo en el nuevo testamento el conocido caso de la mujer adúltera, del cual trataremos al hablar de la decisión contra la tradición, sirve de justificación para inaplicar la norma reglada.

25.11.7 El criterio de la adhesión del auditorio universal.

Para Perelman la lógica formal –y con ello el criterio lógico subsuntivo- es necesario[488] para el razonamiento práctico, pero por sí sola resulta ser insuficiente, dado que el elemento definitivo estriba en la adhesión[489] al auditorio[490] universal.

25.11.8 Concepción del razonamiento ponderativo.

Si toda regla es potencialmente susceptible de ser inaplicada por un mandato de optimización denominado principio que es parte del ordenamiento jurídico, entonces pareciera que el poder del Juez sería extremadamente amplio hasta el punto de definirse sin parámetros objetivos. Robert Alexy pretendiendo delimitar objetivamente el marco de referencia ha señalado lo siguiente: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"[491] . La actividad de ponderación exige de este modo un discurso justificativo propio del cual la decisión judicial no puede prescindir. Pero ¿Hasta qué punto es definible la mayor restricción o satisfacción? El tema sigue presentando contornos imprecisos aun cuando se le pretenda delimitar un marco de referencia más objetivo.

25.11.9 La Experiencia ponderativa en las Sociedades Tradicionales.

En la práctica de la racionalidad sustantiva el hombre con autoridad ha advertido desde siempre la presencia de principios colisionados y con ello la necesidad de solucionar el conflicto con un criterio al cual Alexy ha denominado "ponderación". Ello sin embargo no es sólo moderno. En la tragedia ática tenemos por ejemplo el caso de Agamenón en la

---

488 […] los juicios de valor no pueden fundamentarse ni solamente mediante observaciones empíricas (naturalismo) ni a través de evidencias de cualquier tipo (intuicionismo). (…) En especial sostiene la idea de que la posibilidad del uso práctico de la razón puede mostrarse en una teoría general de la argumentación". (Alexy, 2007: p. 227)

489 "Quien argumenta debe por el contrario asegurarse la adhesión tanto de sus premisas como a cada paso de la prueba. 'La adhesión explícita de los interlocutores es necesaria en cada paso, a fin de permitir que el razonamiento avance' ". (Alexy, Ob. Cit.: p. 231).

490 "El auditorio es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación."(Alexy, Ob. Cit.: p. 229-230)

491Véase Alexy, Ob. Cit.: p. 460.

novela de Esquilo. Agamenón tiene que optar entre el sacrificio de su hija Ifigenia y la suerte de su ejército que se dirigía a Troya, eligiendo esta última decisión que dará origen a una carga que heredará toda su estirpe. Esto provoca una tragedia, determinando una sucesión de venganzas. Agamenón muere a manos de su esposa y Orestes venga a su padre haciendo matricidio. Se procede entonces a un juicio contra Orestes donde hay razones para condenarlo y razones igualmente de peso para absolverlo. Se configura así una aporía sin solución en la que tras la votación mediante un tribunal humano instituido por Atenea se produce un empate, siendo que finalmente, el acusado es absuelto.

También otro ejemplo de ponderación, a nivel de discernimiento éticodirigido a seleccionar la conducta correcta, lo encontramos en la tradición hindú en el texto sagrado del Mahabharata cuando en la invitación al juego de dados de Dhritarashtra a Yudishtira se dice:

"Han seleccionado a los jugadores más inteligentes. A mí me tienta mucho el juego y Sakuni es un verdadero brujo arrojando los dados, pero, ¿Qué puedo hacer? Todo lo que ocurre en este mundo ha sido ordenado por el Creador. ¿Qué podemos hacer cuando el destino ya ha planeado el modo en que van a ocurrir los hechos? Me siento impotente. El rey conoce mi principio de no desobedecer nunca las órdenes de mis mayores. Este reino que tengo no le pertenece a Dhritarashtra y no tengo por qué obedecerle. Si un padre se porta como tal con su hijo, entonces el hijo debe obedecerle, pero este padre mío no tiene una buena disposición hacia mí. Está molesto por mi buena fortuna y me tiene celos. Me ha invitado a ver su sabha y dice que quiere pasar unos cuantos días con nosotros, pero yo sé que él no está interesado en que vaya a pasar allí un buen rato ni en mostrarme su sabha, lo único que quiere es provocar un juego de dados con apuestas, lo veo claramente. Detesto jugar a los dados sabiendo que conduce al mal, pero hay una ley por la que se debe obedecer a los mayores. También hay una ley entre los kshatryas por la que has de jugar siempre que se te invite y que no debes negarte. Mi tío te ha mandado a buscarme porque sabe estas cosas; sabe que no le desobedeceré aunque puedo hacerlo. Dejémoslo todo en manos del destino. Te acompañare a la odiosa ciudad de Hastinapura."

Así también en el dilema ético de Draypadi cuando:

"El sirviente se dirigió a los apartamentos de las reinas y dijo a Draypadi: Draypadi, ahora eres esclava de Duryodhana, pues tu marido Yudishtira, obsesionado por el juego, ha apostado tu persona y ha perdido en este juego con los kurus. Duryodhana, tu amo y señor, desea que vayas a la corte.

Draypadi, completamente atónita por lo que acababa de oír, dijo: ¿Qué es lo que estás diciendo? ¿A qué te refieres? ¿Acaso no tenía mi marido ninguna otra cosa que apostar? ¿Cómo ha podido apostar a su propia esposa de esa manera?

El siervo le dijo: lo que te he dicho es cierto. El rey primero perdió todas sus posesiones. Luego apostó a sus hermanos, uno por uno, después a el mismo y finalmente te apostó a ti, perdiéndolo todo.

Draypadi, arrastrada por el pelo fue dirigida a la corte, ya había vertido todas sus lágrimas, sus ojos estaban inyectados de ira. Con su voz palpitante de furia e indignación, grito:

Veo que en esta gran asamblea hay grandes personajes, ancianos de esta antigua casa de los kurus, conocidos todos ellos desde tiempo inmemorial por el Dharma que residía en ellos. Todos estáis aquí presentes, sin embargo, la injusticia ha anidado en vuestras mentes. ¿Puede ser esto posible? He aquí un hombre que, embriagado por el poder, pide a su cruel hermano que traiga a rastras a la corte a una indefensa mujer. Y todos vosotros os quedáis mirando impasibles. Aquí está mi marido, el cual es la imagen misma del Dharma. Todos vosotros sois harto conocidos como estrictos observadores del Dharma. Es verdad que la injusticia ha desaparecido de esta corte, donde se permiten tamañas atrocidades.

La ecuanimidad que distinguía a la casa de los kurus se ha escapado saltando sus murallas y ahora mora lejos de este lugar. Ancianos de la corte, en vuestra presencia pregunté a mi marido que me aclarara una duda de todo este juego, pues quería saber a quién perdió primero: si a mí o a él mismo. Os lo preguntare otra vez, mi pregunta es muy simple ¿Debo considerarme esclava de este hombre o soy libre? Yudishtira no respondió nada, bajo la cabeza.

Draypadi miró a Bishma y le dijo:

Tú eres asiento de toda ciencia y sabiduría, se dice que no hay nadie más sabio que tú. Abuelo mío, ¿Puedes tu decirme si soy o no, una esclava?

A lo cual contestó Bishma, la verdad no estoy muy seguro de poder darte la contestación adecuada a tu pregunta, pues las sutiles sombras del Dharma son difíciles de comprender. Por un lado no le es posible a un hombre apostar algo después de que el mismo ha perdido todo derecho sobre su persona, por haber apostado y perdido su propia vida. Según eso Yudishtira no tenía derecho a apostarte. Pero hay otro aspecto a considerar y es que un hombre tiene derecho sobre su mujer, sea el libre o no. Puede decirse que es de su propiedad incluso después de haber perdido su derecho sobre su misma persona. Yudishtirasabia que Sakuni es un maestro consumado en el arte de tirar los dados, sin embargo aceptó gustoso jugar con él, y a pesar de que estaba siendo derrotado, continuaba jugando una y otra vez, hasta que llegó a utilizarte a ti como objeto de apuesta. No puedo contestar a tu pregunta.

Draypadi está furiosa y le dijo:

Hablas como si mi esposo hubiera aceptado de buena gana jugar este juego. Fue tu querido nieto Duryodhana no quería y ya se lo había dicho repetidas veces a su tío Vidura en Indraprastha. Sin embargo fue forzado a participar en este juego fraudulento. Sakuni, sabiendo que él no era un jugador hábil, le obligó a jugar con él, que es un reputado experto en el arte de tirar los dados. Mi esposo no tenía ninguna posibilidad en absoluta de ganar. Y vosotros, sabiéndolo, continuabais mirando. ¿Acaso no veíais esta injusticia? ¿No sabíais que era un juego sucio? Teníais que haberlo detenido. Tú eres el tío del rey, mas ni uno solo de vosotros hizo nada para pararlo, ni tampoco reprendiste a este pecador de Duryodhana por lo que estaba haciendo. Ruego que escuchéis mis palabras. Requiero una respuesta de esta corte.

Donde no hay ancianos preceptores no hay corte, pero solo se pueden considerar como tales aquellos que manifiestan la verdad, y donde no hay verdad no hay justicia, y no puede haber verdad donde se da cobijo a la obstinación.[492]"

25.11.10 El criterio de la integridad.

Habermas sostiene que la "integridad"[493] del derecho predicada por Dworkin seajusta con el ideal político de una comunidad en que sus miembros se entienden como formando una asociación de iguales y libres, que como principio obliga tanto a los ciudadanos como a los órganos de producción de normas y de administración de justicia a hacer realidad en las prácticas e instituciones sociales la norma básica de igual consideración a todos e igual respeto a todos, sin entrar en contradicción ni generar prácticas inequitativas: "Una asociación de principio no es automáticamente una comunidad justa; su concepción de la igual consideración a todos puede ser defectuosa o puede vulnerar derechos de sus ciudadanos o ciudadanos de otras naciones (…) Pero el modelo atenido al principio de "integridad" satisface a la condición de una verdadera comunidad."[494]

25.11.11 Los Criterios determinantes según Ackerman.

Ackerman habla de racionalidad, justificación racional del discurso, señalando que la regla o solución propuesta debe pasar los tests de su admisibilidad, racionalidad y su selección específica. Describe los tests de admisibilidad, como aquellas que de ninguna manera pueden servir de solución indicando: i) Debe ser "armoniosa"[495] como por ejemplo los recursos materiales concedidos bajo una regla no pueden sumar más

492 Krishna-Dvaipayana Vyasa, 1990: Sabha Parva, Cap. X, Pág., 248, Cap. XII, Pág. 256, 259, 260, 261,262
493 Habermas, 2005:p.285-286.
494 Habermas, 2005:p.286, citando a Dworkin Law´s Empire.
495 Ackerman, 1993: p. 69

que el total de los recursos disponibles para ser distribuidos; ii) Debe ser "completa" es decir debe especificar una solución que comprenda a todos los conflictos que puedan presentarse.

Sin embargo, para la selección de la regla o solución racional debe cumplir además satisfactoriamente los siguientes tests: i) Test de la concebilidad, según el cual la proposición justificativa no debe negar la posibilidad conceptual que el poder sea ilegítimo, en definitiva no se debe glorificar el poder sinojustificarlo[496] ; ii) Test de la diferenciación según el cual la regla propuesta debe tener un mérito distintivo que la diferencia de sus competidoras. De esta manera el ejemplo de todo el maná para mí porque el cielo es azul puede satisfacer este test si ante la pregunta que el azul del cielo nada tiene que ver, el proponente alude a sus capacidades intuitivas de comunicación con Dios a través de los colores como intrínsecamente superiores[497], es decir a la característica de una situación que no puede ser verificada por las técnicas empíricas corrientesno impide pasar este test.

A esto Ackerman agrega tests que ante una lista enorme de alternativas competidoras permite contrastar los méritos de ellas a efectos de poder seleccionar la más óptima. Distingue así entre: i) Test de exhaustividad[498] que consiste en la justificación del mayor mérito de la alternativa frente a cada una de las otras propuestas; ii) Test de coherencia, referido a la no autocontradicción y que muchas veces es posible evitarla reformulando las razones; iii) Test de la Neutralidad, que consiste en la prohibición de selectividad[499] y de afirmaciones de superioridad incondicional.

La estructura de poder del Estado Liberal se legitima por el diálogo liberal así: "Día tras día, cada ciudadano se encuentra ejerciendo el poder sobre recursos escasos; en cualquier momento sus compañeros le pueden pedir que justifique su poder; y cuando se introduzca está cuestión deben estar preparados para responder "porque soy al menos tan bueno como Usted". Para lograr el auto-entendimiento como una persona con derechos, ya no es preciso imaginar que de alguna manera "precedo" a la sociedad en la que me encuentro. En un Estado Liberal, el individuo no "precede" a la sociedad ni la sociedad "precede" al individuo. Los ciudadanos crean una sociedad de individuos hablándose los unos a los otros acerca de su condición social."[500]

496 Ackerman, Ob. Cit.: p. 72

497 Ackerman, Ob. Cit.: p. 75

498 Ackerman, Ob. Cit.: p. 76

499 Ackerman, Ob. Cit.: p. 77. Hay selectividad cuando se sostiene "que determinada "concepción del bien" afirmada por algún ciudadano es intrínsecamente mejor a las afirmadas por los demás".

500 Ackerman, Ob. Cit.: p. 134

25.11.12 El criterio histórico hermenéutico.

Dado que la propia teoría discursiva reconoce la insuficiencia de su contenido para alcanzar una única respuesta correcta, contentándose con una reducción del espacio de posibles respuestas, es necesario observar otros marcos de referencia. Específicamente la concepción hermenéutica ensaya una concepción de verdad más allá de lo analítico y recoge el criterio de lo histórico efectual. De este modo se ha señalado que "el significado objetivo y permanente de algo sólo se hace verdaderamente reconocible cuando pertenece a un nexo más o menos concluido. En otras palabras: cuando está suficientemente muerto como para que ya sólo interese históricamente"[501]. Lo verdadero permanece, en otras palabras si la interpretación hermenéutica tiende a permanecer en el tiempo ella será la correcta. Derrida recogiendo una pensee pascaliana[502] nos recuerda que lo justo siempre acusa a lo fuerte y entre justicia y fuerza hay una vinculación intrínseca[503].

El criterio histórico hermenéutico también lo encontramos en el antiguo Testamento cuando en Jeremías 26, 10, 16 después que el profeta pidiera que las autoridades se rindieran ante los Caldeos Asirios –lo cual en su momento podría ser visto como una traición- y después que efectivamente los israelitas perdieran la guerra "los jefes apoyados por todas la gente, dijeron a los sacerdotes y profetas: "Este hombre no merece la muerte realmente nos ha hablado en nombre de Yahvé nuestro Dios".

Así también en el Nuevo Testamento en los Hechos de los Apósteles cuando se relata que el Sanedrín le había prohibido a Pedro y los apósteles enseñar en el nombre de Jesús y pese a ello continuaron difundiendo la doctrina, ellos respondieron que "Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres"[504] , y ante la disposición del Sanedrín de condenarlos a muerte, un fariseo Gamaliel, doctor de la Ley dijo: "Colegas israelitas, no actúen a la ligera con estos hombres. Recuerden que tiempo atrás se presentó un tal Teudas, que pretendía ser un gran personaje y al que se le unieron unos cuatrocientos hombres. Más tarde

501 Gadamer, 2007: p.368.

502 "La justicia sin fuerza es impotente (...); la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza; y ello para hacer que lo que es justo sea fuerte y que lo que es fuerte sea justo". Ver, Derrida, 1992: p. 137.

503 "Dicho de otra forma, el axioma común es que lo justo y lo más fuerte, lo más justo como (as, as well as) lo más fuerte deben ser seguidos. Pero este 'deber ser seguido' común a lo justo y a lo más fuerte, es «justo» en un caso, 'necesario' en el otro: 'es justo que lo que es justo sea seguido [dicho de otra forma, el concepto o la idea de justicia implica analíticamente y a priori que lo justo sea «seguido», enforced, y es justo -también en el sentido de justeza- pensar así]; es necesario que lo que es más fuerte sea seguido (enforced)'". (Jacques Derrida pg. 136).

504 Hechos, 5:29. Biblia Latinoamericana.

pereció, sus seguidores se dispersaron, y todo quedó en nada. Tiempo después, en la época del censo, surgió Judas el Galileo, que arrastró al pueblo en pos de sí. Pero también éste pereció y todos sus seguidores se dispersaron. Por eso les aconsejo ahora que se olviden de esos hombres y los dejen en paz. Si su proyecto o su actividad es cosa de hombres, se vendrán abajo. Pero si viene de Dios, ustedes no podrán destruirla, y ojalá no estén luchando contra Dios."[505]

25.12. Decisión correcta, Sustentable y Mínimamente Sustentable.

El tema de la motivación debida y de los criterios determinantes de la respuesta correcta, teniendo como propósito el establecimiento de una clasificación que permita la inferencia de la conducta transgresiva al deber de independencia e imparcialidad por parte del magistrado nos lleva a diferenciar entre: decisión correcta, decisión sustentable y decisión mínimamente sustentable dentro de los que es la decisión posible. De este modo la decisión correcta surge del cruce positivo de los elementos: Subsuntivo, ponderativo, universalización, adhesión del auditorio universal, Integridad, e histórico hermenéutico, mientras que los grados positivos van descendiendo en la decisión sustentable y mínimamente sustentable.

Más abajo de ello, es decir de la decisión sustentada en una fundamentación posible que se encuentre por debajo de la mínimamente sustentable para una comunidad real e ideal de argumentantes en nuestras palabras: "imposible", se configura una situación deficitaria de justificación que claramente permite hacer una inferencia entre el elemento superficial de la motivación con el de la conducta transgresiva en la subjetividad del magistrado. Esta posibilidad, aunada al otro elemento superficial de la "inusitada celeridad" comportamiento que igualmente puede presentarse como posible o imposible de ser motivados la que finalmente permitirá responder afirmativamente a la pregunta formulada al inicio de este libro ¿Es posible realizar un control ex post al actuar jurisdiccional, específicamente un control a la expedición de una resolución, que logre determinar la falta de independencia e imparcialidad de un Magistrado, sin que ello signifique una atribución de responsabilidad de carácter penal?. La respuesta es sí.

Encontramos en el caso Armijo el ejemplo emblemático de esta inferencia. La medida cautelar concedida no corresponde a la solicitada, le es más gravosa al demandado y no resulta "adecuada". Ubicándose la decisión por debajo de lo mínimamente sustentable, no hay motivación posible. La misma imposibilidad se presenta cuando en un momento posterior al emitirse la decisión de sustitución de una contra cautela de 400 mil dólares mediante fianza bancaría por una garantía mobiliaria

505 Hechos, 5:35-39, Biblia Latinoamericana.

no inscrita de 100 mil dólares tampoco se advierte motivación posible de tal sustitución.

25.13 Decisiones Correctas Activistas

25.13.1 Decisión contra la tradición.

La decisión con el grado más elevado de motivación posible que alcanza la conformidad de la audiencia real y universal, no siempre es pacífica y puede ser controversial. Esto es lo que esbozamos distinguiendo entre decisión correcta según tradición y contra la tradición. Es esta última, de carácter activista, la que requiere un análisis detallado, lo que procederemos a desarrollar a continuación.

25.13.1.1 El antecedente en la tradición de los textos sagrados.

La oposición entre la racionalidad formal y la racionalidad sustantiva tiene su antecedente en la tensión entre Jesús y el fariseísmo judío prevaleciente. La Ley Mosaica entendida como texto sagrado y como norma aprendida en sentido literal es opuesta a una racionalidad sustantiva abierta a la casuística como la asumida por Jesús en la parábola del Buen Samaritano donde el hecho fáctico de encontrar un hombre tendido en el suelo herido no se encontraba prevista como supuesto de hecho en la Ley de Moisés. La Ley del amor al prójimo es una Ley abierta que no describe hechos concretos pero que cuestiona no sólo el incumplimiento de la Ley Mosaica sino también su cumplimiento literal, Jesús enseña inaplicar la Ley mosaica estableciendo una racionalidad sustantiva basada en los principios del amor a Dios y el amor al prójimo, no como ser humano abstracto sino como un "otro" con rostro y cuestionante. Así la Ley de "santificarás las fiestas" reglamentada en el hecho de no hacer nada los sábados es inaplicada. También el precepto de apedrear a la mujer adúltera, ambos sin cuestionar el precepto pero sin un razonamiento "subsuntivo" lo sustituye con una contrastación de valores. Esta tensión terminaría con la condena de Jesús por un lado y el nacimiento y conversión al cristianismo no sólo del imperio romano al que estaban sometidos los judíos sino al mundo occidental.

25.13.1.2 El caso del Tribunal de escribas y fariseos contra la mujer adúltera.

"Jesús, por su parte, se fue al monte de los Olivos. Al amanecer estaba ya nuevamente en el Templo; toda la gente acudía a él, y él se sentaba para enseñarles. Los maestros de la Ley y los fariseos le trajeron una mujer que había sido sorprendida en adulterio. La colocaron en medio y le dijeron: «Maestro, esta mujer es una adúltera y ha sido sorprendida en el acto. En

un caso como éste la Ley de Moisés ordena matar a pedradas a la mujer. Tú ¿qué dices?» Le hacían esta pregunta para ponerlo en dificultades y tener algo de qué acusarlo.

Pero Jesús se inclinó y se puso a escribir en el suelo con el dedo. Como ellos insistían en preguntarle, se enderezó y les dijo: 'Aquel de ustedes que no tenga pecado, que le arroje la primera piedra'. Se inclinó de nuevo y siguió escribiendo en el suelo.

Al oír estas palabras, se fueron retirando uno tras otro, comenzando por los más viejos, hasta que se quedó Jesús solo con la mujer, que seguía de pie ante él.

Entonces se enderezó y le dijo: 'Mujer, ¿dónde están? ¿Ninguno te ha condenado?' Ella contestó: 'Ninguno, señor'. Y Jesús le dijo: 'Tampoco yo te condeno. Vete y en adelante no vuelvas a pecar'.»[506]

El relato del evangelista describe un caso concreto de actuación de personas investidas de poder que teniendo ya claro el contenido del precepto de la Ley así como teniendo convicción de los hechos actúan en contra de la Ley y la tradición. Este acto de poder en tanto incide en una persona concreta en términos modernos es un acto propio de la función jurisdiccional. La actuación del Tribunal como consecuencia de un breve diálogo consultivo con un "maestro" es la absolución.

La norma es clara, la sanción es la muerte[507], la decisión estáprácticamente tomada, pero el Tribunal, compuesto por escribas y fariseos, a pesar de que entiende la claridad del mandato que es aplicable al caso donde los hechos son inequívocos por ser flagrantes; no con ánimo inocente sino de aprovechar el caso para tender una trampa a Jesús - estratégicamente le hace una consulta iniciándose un breve diálogo entre el Tribunal y Jesús.

A la consulta dirigida en forma de pregunta "¿Tú que dices?", lanzada insistentemente, responde Jesús con un acto de habla que silogísticamente no se aparta del precepto mosaico sino que introduce una condición con lo que se construye un acto de habla abierto «Aquel de vosotros que esté sin pecado, que le arroje la primera piedra».

506 Juan 8, 1-11, Biblia Latinoamericana

507 "Si alguno comete adulterio con una mujer casada, con la mujer de su prójimo, morirán los dos, el adúltero y la mujer adúltera." (Levítico 20:10, Biblia Latinoamericana) "Si se sorprende a un hombre acostado con una mujer casada, morirán los dos, el adúltero y la adúltera. Así harás desaparecer el mal de Israel" (Deuteronomio 22:22, Biblia Latinoamericana) "23. Si una joven está prometida en matrimonio a un hombre, y otro hombre la encuentra en la ciudad y se acuesta con ella, 24. los llevarán a los dos y los apedrearán hasta que mueran: la joven porque no gritó y no pidió ayuda, estando en la ciudad, y el hombre, porque deshonró a la mujer de su prójimo. Así harás desaparecer el mal de en medio de ti." (Deuteronomio 22:23-24, Biblia Latinoamericana).

Esta condición introducida por Jesús tiene dos características: i) Es una tácita aplicación del Principio de Universalidad expresamente formulada por Kant, por cuanto la conducta de lanzar la primera piedra (acto de ejecución parcial que inherentemente significa la legitimidad de la decisión de condena de muerte) exige como una condición pre-formativa una coherencia en el comportamiento del actor que él no haya realizado el mismo acto atribuido a la acusada. El precepto mosaico del apedreo al adúltero si es universal exige por igual a hombres y mujeres independientemente de la situación cultural machista de la sociedad y a la posición que se encuentre en el proceso de la toma de decisión (integrante del tribunal o acusada). Como consecuencia de ello esta calidad de universalidad del precepto mosaico obliga también a los miembros del Tribunal, quienes al ejecutar a la adúltera deben también juzgarse interiormente si coherentemente conciben la fuerza universal de la ley, de este modo, si interiormente son culpables, la aplicación de la máxima universal mosaica los condenaría igualmente a muerte, lo coherente entonces sería el suicido o la inhibición; ii) La universalización introducida por Jesús en su acto de habla no ataca así el contenido del precepto mosaico sino introduce un precepto de inhibición éticamente exigible para los integrantes del Tribunal. La aplicación de este precepto procesal queda sólo en una verificación interna de cada integrante del Tribunal y termina significando la inaplicación de la regla tradicional.

25.13.1.3 El Caso de Bhima en el Mahabharata.

En el Mahabharata se relata cómo Krishna despuésque Bhima, sin respetar las reglas de los luchadores, matara en un duelo a Duryodhana, argumentaante la acusación de Balarama a favor de Bhima en contra de la tradición diciendo:

"Mi señor, controla tu furia, lo que Bhima hizo era correcto. La acción en particular quizá iba en contra de las normas de lucha justa, pero en tu ciego afecto por Duroyodhana pareces olvidar todo el daño que el causo a los pandavas. Cuando la hermosa Draypadi fue arrastrada ante la presencia de este hombre arrogante, él la insultó ante sus esposos. ¿Puede hombre alguno soportar que se insulte de esa manera a su esposa? Le debieron haber roto los muslos en aquel mismo momento, pero no lo hicieron. Yudisthira impidió que Bhima se abalanzase sobre Duroyodhana, pero Bhima entonces hizo un juramento de que un día él le rompería sus muslos. Esa es la razón por la que ha hecho esto, de otra forma ¿Cómo podría cumplir su juramento? Un juramento se ha de cumplir por encima de todo. Esta es la norma.

Mi querido hermano, no puedes soportar la injusticia que se ha hecho a tu amado Duroyodhana y estás dispuesto a matar a los pandavas arremetiéndoles con tu cayado. Pero yo he estado observando la injusticia que se le ha hecho a los pandavas durante los últimos años, y si lo hubiera deseado, podría haber matado a este hombre y haberle castigado, fácilmente podría haber vengado los sufrimientos de estos hombres buenos y las lágrimas de Draypadi, pero yo no interferí hasta que se declaró la guerra, incluso trate de impedir por todos los medios esta guerra. Y aun así, no he luchado porque tú querías que me mantuviese al margen. ¿Cómo puede permanecer uno observando tanta injusticia durante tanto tiempo sin actuar? Sin embargo, tú ya estabas dispuesto a hacerlo ahora: tú, quien diste la espalda a esta guerra porque no podías soportar el presenciar la muerte de todos los Kurus. Por favor, no trates de vengar la muerte de este pecador, déjale en manos de su destino y haz lo mismo con los pandavas. Son nuestros primos, y después de tantos años de sufrimiento, ahora tienen la esperanza de ser felices. Por favor, no le guardes rencor.

Las palabras de Krishna habían aplacado ligeramente la ira de Balarama, pero aún no estaba calmado del todo. Krishna le dijo:

Mi señor, recuerda que el cuarto ciclo del tiempo, el kaliyuga, ya ha comenzado. De ahora en adelante ya no podremos encontrar rectitud sin mácula. Incluso en la gran guerra, los primeros nueve días transcurrieron regidos por la rectitud, pero a partir del décimo día, el tono de la guerra cambio. La pureza comenzó a oscurecerse con pequeños actos de adharma y día tras día eso fue creciendo. Es la ley del tiempo, no debes tratar de cambiar el curso del destino, se abrirá camino inexorablemente, pues se cumple de muchas maneras, la mayoría de ellas injustas para nuestra forma de ver. Yo, por esta vez, siento que el fin justifica los medios.” **508**

25.13.2 Comprensión de la Decisión activista correcta en el Estado Constitucional.

Que la decisión del Magistrado se encuentre en contra de la tradición jurisprudencial y normativa de por sí no debe interpretarse como una decisión incorrecta. Afirmar ello significa sostener la vigencia de un ordenamiento, donde sus transformaciones sólo proceden de decisiones emanadas de los poderes ejecutivo y legislativo negando toda posibilidad de concreción de los principios en los casos concretos, haciendo incompatible tal percepción con la comprensión de la función jurisdiccional dentro de un Estado Constitucional. Por el contrario, la prevalencia de los principios propios de un Estado Constitucional

508 Krishna-Dvaipayana Vyasa, 1990: Cap. VIII, Pág., 1045-1046.

implica la posibilidad abierta y permanente de una modificación de la tradición sobre un aspecto particular. Esta situación no debe ser entendida como una decisión arbitraria sino como consecuencia de un diálogo entre el sujeto juzgante con la tradición y con la comunidad de argumentantes del derecho que no son sino los jueces y la opinión académica vigente. Por eso la divulgación de las resoluciones judiciales así como su permanente crítica asegura el desarrollo de una racionalidad sustantiva viva.

De esta manera se debe tener presente lo siguiente: **i)** La posición del Magistrado no sólo es la de una posición de diálogo con las partes en el proceso sino al encontrarse dentro de un "auditorio universal", que en los Principios de Bangalore se manifiesta a través del "observador razonable", implica también un diálogo con sus pares. Este escenario se presenta con el despliegue de los recursos impugnatorios, donde el Juez que conoció en primera instancia (a quo) al expresar los motivos de su decisión y producirse la impugnación por la parte agraviada desarrolla un diálogo con los magistrados confortantes de (ad quem). Este diálogo puede prolongarse, extendiendo los discursos objeto de diálogo, hasta agotar los recursos impugnatorios; **ii)** Ciertamente la variable temporal y el criterio práctico de la decisión jurisdiccional exigen una motivación en sus aspectos fundamentales y muchas decisiones judiciales darán la impresión de una lógica estrictamente subsuntiva; **iii)** El diálogo con la tradición se hace manifiesta ante la presencia de "los casos difíciles". El Magistrado se ve allí en la obligación de argumentar en contra de una determinada tradición y dar la impresión que van en contra de la tradición en general cuando lo que realmente debe entenderse es que la misma decisión se configura como una "probable" decisión a incorporarse como parte de la tradición a formarse. La decisión contiene, además de un carácter crítico, uno prospectivo, donde su carácter de correcto o incorrecto sólo podrá darse o confirmarse por su duración histórica; **iv)** El carácter prospectivo de la decisión la vemos en el caso del "auto concentrado" en el proceso contencioso administrativo que parecería contradecir la tradición de la "oralidad" inaugurada en la doctrina y en nuestro ordenamiento procesal con la vigencia del Código Procesal Civil. Las razones contenidas en él manifiestan el establecimiento de un diálogo con la tradición mencionándose argumentaciones como la prescindencia de la audiencia de conciliación cuando están en discusión derechos indisponibles (como el de nulidad de resoluciones administrativas) o de la prescindencia de la audiencia de pruebas cuando se trata de audiencia de pruebas de actuación inmediata. Todas ellas pueden ser entendidas como un rompimiento con la tradición que no había advertido ello para el proceso contencioso administrativo; **v)** La determinación si una decisión contra la tradición debe dar lugar

a responsabilidad disciplinaria o en todo caso a tomarse en cuenta al momento de la ratificación judicial debe ser consecuencia de un análisis argumentativo como, prospectivo de su duración histórica. Así mientras en el auto concentrado su conversión en norma legislativa confirmó su decisión correcta, tal situación resulta opuesta a la de los ascensos a General de la Policía, y peor aún en el caso del Juzgado Comercial; **vi)** El Juez, visto así el asunto, no puede limitarse a un simple aplicador de las normas contenidas en los textos del ordenamiento sino volverse un observador participante que entra en permanente diálogo con la comunidad de argumentantes manifestada en una constitución viviente[509] . La Constitución deja de ser el texto, para centrarse en el pueblo vivo. El texto constitucional se convierte en un instrumento de entrada cuyo objeto es comprender la voluntad del constituyente actual: "La idea de Constitución viviente pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo, revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico./ En síntesis, la Constitución debe leerse, entenderse y aplicarse del modo como lo haríael pueblo hoy, actuando como constituyente actual".[510]

Esta percepción es compatible con una visión hermenéutica que ve en el texto una relación con la alteridad que se renueva permanentemente y que es co-perteneciente al intérprete. La consecuencia de ello es que se percibe en cada decisión del juez el resultado de un diálogo con los sujetos que conforman la Constitución viviente. Por consiguiente la labor del Juez comienza en el texto. A partir de éste comprende lo que en términos habermasianos resulta ser la voluntad mayoritaria consensual de la asociación de hombres libres que se autoregulan, pero porque se auto-comprende co-perteneciente a ella y se reconoce como sujeto argumentante, eventualmente puede plantear a su comunidad co-perteneciente la posibilidad que ella cambie de opinión decidiendo aún contra la tradición y contra el texto literal de la ley.

La decisión judicial se presenta así como un momento suspensivo y de reactualización del pacto social, donde el Juez es capaz de asumir una decisión instauradora, posibilidad que siendo latente ingresa a su movimiento formativo en el marco de la siguiente pregunta ¿aún cuando la ley y la tradición hayan interpretado que para este caso el resultado es siempre A, y aún cuando esté convencido que actualmente la doctrina piensa igual, debo fallar en el presente caso en el sentido B conforme a mi criterio dado que creo que si la comunidad de argumentantes

509 Ver Sagües, 2011: p.86-87

510 Ver Revista de Investigación Jurídica: p.86.

escuchara las razones que soy consciente y que hasta ahora no han sido dichas cambiaría de opinión y decidiría en el sentido B?

El momento suspensivo, de la "indecidibilidad", potencialmente re-instaurador se presenta ante el magistrado como la incertidumbre de una apuesta, donde si da el activista paso por la decisión B conoce el riesgo de moverse entre "lo sublime" y lo "ridículo", entre el "aplauso" y el "estigma" hasta la destitución y si da el "abstenido" paso de A se mueve conservadora y seguramente en el lugar del anonimato. De convertirse en una actitud, esto significaría la renuncia a reconocerse como sujeto pensante dialogante, co-responsable y co-perteneciente a su comunidad. De alguna manera es como el comando que camina en un campo presuntamente minado con el objeto de cumplir su misión de desactivar a su vez minas, donde no sabe cuántas de ellas hay y en las que también posiblemente no haya ninguna. Si quiere verdaderamente cumplir su tarea deberá moverse, caminar reconociendo por su intuición, audacia y serenidad dónde hay campo minado pero no podrá dejar de dar pasos, pues el no hacer nada, significaría en definitiva renunciar a cumplir su misión. Sólo un afinado sentido común, prudencia, audacia y de apertura al "otro" le permitirá actuar acertadamente más allá de lo definido por una lógica limitadamente formal.

25.14 Tipología de Jueces

25.14.1 Consideraciones Generales

Lo desarrollado hasta acá nos permite postular una tipología de jueces a modo de tipos ideales weberianos y recogiendo los planteamientos de éste, fundamentalmente cuando abordó los tipos de dominación y la diferenciación entre racionalidad formal y racionalidad sustantiva. Distinguimos así tres prototipos de jueces: El técnico de la ley, el funcionario y el profeta.

25.14.2 El Juez como técnico de la Ley.

Responde a un marco de racionalidad formal propia de un Estado Legislativo, donde legitimándose la norma por su procedimiento de formulación, el operador jurisdiccional actúa aplicando técnicamente la subsunción de la premisa mayor contenida en la norma legal al caso concreto.

Weber, distinguiendo la estructura del Estado para el desarrollo del capitalismo en Europa continental con Inglaterra, diferencia el camino del derecho romano germánico del common law. En este último "la elaboración práctica del derecho se hallaba efectivamente entre las

manos de abogados, los cuales, en interés de sus clientes, esto es, de elementos capitalistas, ideaban las formas adecuadas de los negocios, y de cuyo gremio salían luego los jueces; ligados estrictamente a los 'precedentes'; o sea a esquemas calculables"[511] , racionalidad opuesta a la de Europa continental "donde el Juez, como en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es más o menos un autómata de párrafos, al que se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, para que emita hacia abajo la sentencia con sus fundamentos más o menos concluyentes, es decir, en todo caso, un funcionamiento que en conjunto puede calcularse." [512]

Weber al definir al Juez como "más o menos autómata de párrafos" aparta de la decisión judicial su estimativa valorativa, convirtiendo la actividad judicial en una labor técnica de subsunción de párrafos establecidos a través de procedimientos legitimados en la comunidad que permiten el cálculo y la predictibilidad. La diferencia con el Juez del common law es la presencia de la racionalidad sustantiva profesionalizada en éste, a la cual es co-perteneciente el operador jurisdiccional en la construcción de los precedentes. La labor del Juez técnico se reduce a una racionalidad formal subsuntiva, sin pretender obedecer a su superior jerárquico sino obrar de acuerdo a lo que corresponde según las reglas vigentes.

25.14.3 El Juez como funcionario.

A diferencia del Juez técnico que toma distancia y no pretende complacer al superior jerárquico, el Juez funcionario sin pertenecer a un séquito político ni requerir de "ira et studium" [513] contiene en alta estima el "honor del funcionario" consistente en la "obediencia" jerárquica que puede ir contra su propia estimativa valorativa[514].

Lo distingue del político y su séquito quienes siempre y necesariamente han de luchar apasionadamente[515], mientras que el

511 Weber, 1984:p.1062.

512 Weber, 1984: loc. cit.

513 "El verdadero funcionario – y esto es decisivo para la apreciación del régimen alemán antes de 1918-, de acuerdo con su propia profesión, no ha de hacer política, sino que ha de "administrar" y, ante todo, de modo imparcial; y esto es así también, al menos oficialmente, por lo que se refiere a los llamados funcionarios administrativos "políticos" (…) en la medida en que no estén afectados los intereses vitales del orden dominante. El funcionario ha de ejercer su cargo sine ira et Studio, "sin cólera ni prejuicio." Véase Weber, Ob. Cit:p.1071.

514 Weber, Ob. Cit.: p.1076 "Un funcionario –digámoslo una vez más- que recibe una orden en su opinión equivocada, puede –y debe- formular reparos. Pero si el superior jerárquico la mantiene a pesar de ello, entonces el deber del funcionario, y no sólo su deber sino también su honradez, están en ejecutarla como si correspondiera a su convicción, mostrando con ello que su sentido del deber inherente al cargo está por encima de su amor propio."

515 Weber, Ob. Cit.:p.1071-1072"la lucha y la pasión –ira et studium- constituyen el elemento

funcionario no, sino actúa sólo abnegadamente alimentando su honor profesional.

25.14.4 El Juez como profeta.

Esto es un elemento del derecho carismático, propia de la justicia Cadí, que consiste en la presencia de la racionalidad sustantiva aunada a un reconocimiento fáctico de la audiencia de los súbditos o ciudadanos de la misión de un líder que lo ubica más allá de la tradición y de la norma y lo vincula a la vivencia personal de la gracia celestial y de la heroica fuerza divina[516] . El Juez como profeta ha tenido presencia en sociedades pre modernas y habría que preguntarse si con el establecimiento del Estado Constitucional, que se rige además de reglas por principios, este prototipo de Juez tiene algún grado de presencia. Las críticas del garantismo procesal se dirigen contra este prototipo de Juez concebido como "autoritario" y como contrario a la exigencia social moderna de la predictibilidad.

25.14.5 El prototipo de juez perfecto en el Estado Constitucional

Los tipos descritos de jueces obedecen a una tipología ideal no presente de modo puro en una situación concreta determinada. De este modo intentando describir las características concretas del juez perfecto en un Estado Constitucional, recogiendo la tipología descrita, podemos resaltar en éste elementos pertenecientes tanto al juez técnico de la ley como al juez profeta.

El Estado Constitucional como continuador del Estado de Derecho en su modalidad de Estado Legislativo sigue exigiendo predictibilidad. Esta se alcanza con la presencia de un Juez técnico, conocedor erudito del ordenamiento legal vigente y aplicador subsuntivo de las reglas allí establecidas.

Pero en la medida que ella reconoce la primacía de la Constitución,

del político. Y más que nadie del jefe político. La actuación de ése se mueve en efecto bajo un principio de responsabilidad muy distinto, y aun directamente opuesto, de aquel del funcionario. El honor del funcionario está en su capacidad para, cuando pese a sus representaciones el superior jerárquico persiste en un orden que a aquél le parece errónea, ejecutarla bajo la responsabilidad del mandante con la misma escrupulosidad que si correspondiera a su propia convicción. Sin esta disciplina, moral en el sentido más alto del vocablo, y sin esta abnegación, todo el aparato se vendría abajo./ Y el honor del jefe político, o sea del estadista dirigente, está, en cambio, precisamente en asumir con carácter exclusivo suyo la responsabilidad de todo lo que hace, responsabilidad que no puede ni debe declinar o descargar en otros. Precisamente los tipos de funcionarios de moral elevada suelen ser malos políticos, sobre todo en el concepto político de la palabra 'irresponsable', tales como hemos encontrado siempre en Alemania, en posiciones directivas. Esto es lo que designamos como "burocracia."

516 Weber, Ob. Cit.: p.851

así como la incorporación en su interior de "principios", las decisiones judiciales son también escenario permanente de potenciales test de constitucionalidad de las reglas donde en cada caso concreto es siempre insuficiente la aplicación subsuntiva de ellas, por ser posible indagar, sobre su eventual inaplicabilidad debido a la presencia de principios que las convierten en inaplicables al caso concreto.

En la circunstancia post Auschwitz del Estado Constitucional, el operador jurisdiccional no puede dejar de ser visto como sujeto co-responsable de su decisión. Entonces su sensibilidad y habilidad para decir en el caso concreto el derecho alberga aquella cualidad subjetiva que potencialmente en cada caso es capaz de hipotetizar del magistrado y formar su propio criterio. Esto no puede ser sino una cualidad estimada en el actual Estado Constitucional. Así: "En una actividad verdaderamente "creadora, es decir portadora de nuevo derecho, sólo se han colocado los juristas de tipo profético. Por lo demás, cosa que desde el punto de vista objetivo es necesario subrayar." Roberto Mac Lean ensaya la siguiente descripción "El juez independiente es el líder natural, conductor y protagonista pacífico de los cambios, pero no puede hacerlo solo"[517] . Y también: "La judicatura es una profesión exclusivamente para enamorados, porque la mayor parte de las veces nos da la impresión de que no valen la pena los sacrificios y sinsabores que da. Excepto que si uno está enamorado no piensa en esas cosas, y sabe que son una parte ineludible del vivir enamorado, y de vivir intensamente./ Y solo se puede amar a algo o alguien si se es libre internamente, en caso contrario, lo o la amará porque lo o la necesita. Una cosa es amar a alguien porque lo necesitamos (como en el síndrome de Estocolmo), y otra necesitar a alguien porque lo o la amamos. Y esto es ser independiente frente a los demás en el mundo y por supuesto, de eso se trata la independencia judicial."[518] Ante la pregunta ¿Qué caracteriza al Juez independiente? Mac Lean responde "en la esencial y determinante libertad interior de todo ciudadano, que en los jueces debe ser superlativa."[519]

En el Estado Constitucional se produce así una cierta combinación de ambas prototipos de jueces. El Juez debe ser un técnico y un Profeta, debe combinar una armonización entre la estimativa de la predictibilidad con el de la justicia, en cada caso concreto. En esta armonización tendrá que combinar la serenidad, la audacia y la sabiduría para poder decidir cuándo activistamente inaplicar una regla por aplicación de un principio contra la tradición o cuándo hacer un "self restraint" en la que pese a pensar que la solución correcta es A falle en el sentido

517 Véase entrevista a Roberto Mac Lean Ugarteche en Jiménez/Doñate/…, 2007:p. 279.
518 Véase entrevista a Roberto Mac Lean Ugarteche en Jiménez/Doñate/…, 2007:p. 277
519 Véase entrevista a Roberto Mac Lean Ugarteche en Jiménez/Doñate/…, 2007:p. 278.

B por consideraciones de predictibilidad que tienen que ver con la consideración del carácter vinculante del precedente y cuándo no.

25.15 Redefinición de independencia e imparcialidad.

A partir de los casos concretos y lo expresado precedentemente podemos redefinir el concepto de independencia e imparcialidad desde una concepción levinasiana que la vincule con un íter que integra en su interior un momento comprensivo y deconstructivo en medio de una relación hermenéutica de poder con los "otros" que son las partes y la formación de un criterio autónomo relacional con una comunidad real (otros con rostro que se presentan en el proceso) e ideal de argumentantes, donde la subjetividad del magistrado se reconoce como participante de una constitución viviente. De este modo la decisión independiente e imparcial vendría a ser una proposición gramatical proveniente de un proceso intersubjetivo hermenéutico y deconstructivo de comprensión de las partes al cual le sigue la formación del criterio propio relacional sustento de la decisión independiente e imparcial. De este concepto podríamos derivar esta máxima predicable a los magistrados: Comprende a las partes, forma tu criterio y decide según tu conciencia.

Con decisión independiente e imparcial aludimos a que se estima que en el interior del Magistrado se articule una decisión de lo justo que parta de la comprensión de las posiciones de las partes, sin ruidos ni interferencias ni de quereres ajeno a lo justo y termina con la configuración del criterio desarrollado para el caso concreto. Esto real es estructurado y aparece en la superficie de lo consciente a través del lenguaje y "actos fallidos" y es susceptible de ser advertido en un texto discursivo al cual se le exige "debida motivación". Pero esta pretensión de saber si la decisión es independiente e imparcial sólo se alcanzaría en su plenitud si se conociera el interior del Magistrado al momento de resolver. En ese sentido al limitadamente sólo ser accesibles las manifestaciones objetivadas al interior del proceso, se aprecia que la motivación indebida cuando se encuentra por debajo de lo mínimamente sustentable no sólo determina la afectación al debido proceso, la nulidad de la resolución, sino también la formación de un elemento indiciario, susceptible de determinar la posible responsabilidad del magistrado por afectación al deber de independencia e imparcialidad.

La imparcialidad se presenta así como un estimar imposible de ser estructurado de modo definitivo y sin embargo la razón de ser de toda la estructura del debido proceso a través del cual se legitiman las decisiones judiciales. Concebimos dos ejes a partir del cual es posible

delimitarlo permitiendo aglutinar la casuística de posible afectación al deber de imparcialidad en la estructura simbólica objetivada proveniente del interior del Magistrado. Nos referimos al eje de la motivación y del factor tiempo.

En el eje de la motivación se ubica la palabra articulada lógicamente mediante discursos racionales reales y posibles. Comprendemos tanto la motivación ausente como inexistente como aparente o como insuficiente sea por ser imposible de presentarse incluso como razonable para una comunidad ideal y real de comunicación. No es presencia de la motivación un discurrir que asegure la debida motivación puede haber fallos independientes e imparciales inmotivados, la justificación de la motivación en estricto no es por la independencia e imparcialidad sino por permitir el ejercicio del derecho de defensa sea en la impugnación o como la consecuencia de un derecho de petición donde el ciudadano se satisface mínimamente en una sociedad democrática.

La vinculación de debida motivación con imparcialidad parte del siguiente axioma "toda decisión independiente e imparcial es susceptible de ser motivada en un discurso lógico aun cuando no lo hubiere sido mientras que no toda decisión transgresora puede ser articulada a través de un discurso lógico." Del desarrollo de este axioma tenemos que muchas decisiones transgresoras no podrán ser acreditadas en su carácter transgresor. Sólo las decisiones absurdas no sólo no correctas sino por debajo a lo mínimamente "sustentable" dentro de un marco de referencia que excede la ley y que se identifica con el orden jurídico viviente pueden ser calificadas de transgresoras. La consecuencia es que, sea, por la presunción de licitud, de la imposibilidad de conocer el interior con las reales motivaciones del magistrado, la convicción de la transgresión sólo podrá establecerse a través de la lectura de actos plurales presentes en la superficie, suficientemente objetivados y la gravedad de ello podrá establecerse atendiendo a cada caso concreto.

De este modo la formación del propio criterio del Magistrado, la independencia e imparcialidad, es lo "real" de su subjetividad imposible de expresar, su libertad que no tiene forma. Este elemento de la subjetividad del Juez es el que se quiere garantizar, pero no como posible subjetividad determinada por factores externos o internos a modo de fantasmas sino como inspirador de la subjetividad que integra el querer de las partes al querer de todos (Constitución viviente) en un discurso. La independencia e imparcialidad se produce dentro de un estado de cosas, conectado siempre a un sumum de condicionantes, donde la conciencia y voluntad del magistrado no pierde su conexión con lo esencial que es el lugar del otro como en toda cadena de

significantes y en rigor no es sino la Constitución traducción lógica discursiva del querer de la comunidad política donde uno convive. La falta de independencia e imparcialidad sucede cuando esa conexión no es efectuada en sus elementos esenciales por la falta de comprensión a la posición de las partes o por la falta de formación de un criterio propio del Magistrado a partir de esta comprensión y de la comprensión del ordenamiento jurídico.

Visto así no puede entenderse la exigencia de la motivación como vinculada estrechamente al derecho de defensa y ajena a la independencia del Magistrado, sino como aquella que también simultáneamente permite objetivar el criterio independiente e imparcial en un discurso lógico. Consecuentemente si ello es así, desde la posicióndel Magistrado, se advierte que éste tiene un derecho a motivar, es decir a producir dentro de un espacio temporal el discurso que estructura su criterio.

Téngase presente que la estructuración de una decisión independiente e imparcial en un discurso lógico significa tiempo, concepto vinculado a la productividad y con ello a la "competencia y diligencia" exigible también al Magistrado, que desarrollaremos más adelante y que explica la relatividad del precepto de la motivación a lo esencial de tal modo que no necesariamente cada argumento de las partes tenga un correlato en la argumentación de la sentencia, flexibilización que significa cierta afectación al ejercicio de las libertades comunicativas en un ejercicio de ponderación razonable.

25.16 Comprensión del caso Pilatos.

25.16.1 Consideraciones Generales.

Nuestra redefinición positiva de independencia e imparcialidad nos abre al desarrollo de innumerables círculos hermenéuticos que incesantemente pueden contribuir a fortalecerla y consolidarla a través de la lectura de casos históricamente emblemáticos, en ese sentido desarrollamos a continuación la comprensión del caso Pilatos.

Los Evangelios son relatos sagrados pero al mismo tiempo son textos poderosos a partir de los cuales se pueden extraer interpretaciones sugerentes, críticas y cuestionamientos no sólo de la realidad existente sino de la propia actitud en el mundo, inspirando múltiples reflexiones que de modo inacabado se enriquecen por el particular contexto histórico que nos toca vivir a modo de "signo de los tiempos". A partir de esta perspectiva, a continuación en el presente acápite reflexionamos acerca de la capacidad de juzgar en Pilatos dentro de su particular circunstancia histórica, desarrollando a partir de ello enlaces lógicos reflexivos que coadyuvan a la comprensión de un Juez en un Estado Constitucional, desde una crítica a la actitud ética y marco cultural que la obstaculiza, la

cual a modo de "arqueología del saber" comprende como emblemática para la concreción del Juez estimado en el modelo cultural típico de un Estado Constitucional, donde se recoge la tipología desarrollada en la obra de Hannah Arendt.[520]

25.16.2 Poncio Pilatos en el relato Evangélico.

Los Evangelios Sinópticos de Mateo, Marcos, Lucas y Juan describen la comparecencia y condena a muerte de Jesús ante la autoridad romana, por decisión del procurador romano Poncio Pilatos, como un proceso que pretende ser justo, en donde la autoridad romana se erige como imparcial ante la acusación de parte de las autoridades judías consistente en proclamarse "Rey de los Judíos". Describiremos a continuación, en una interpretación del relato evangélico, los pasos de este proceso con una perspectiva centrada en la subjetividad de la autoridad romana que pretende comprenderla, en sus circunstancias específicas, Dasein situado con conciencia, pero sujetado a modo foucoultiano a los hilos invisibles de unas estructuras de poder específicas que pretenderemos reconocer para permitirnos posteriormente vincularlo con el Juez de un Estado Constitucional también situado y sujetado a otras particulares estructuras de poder.

25.16.3 La conciencia ética de Poncio Pilatos

Conforme a Hannah Arendt todo ser humano tiene la capacidad de pensar en solitud, lo que significa dialogar consigo mismo a solas, hecho que lleva a una permanente reflexión e identidad de uno mismo en actitud de apertura para la conciencia de su mundo, mientras que el hombre que por diversos factores se cierra a ese diálogo consigo mismo, desarrolla silenciosamente una incapacidad para la conciencia ética[521]. Arendt distingue dentro de ello al hombre banal, el dogmático y el nihilista.

520 Hannah Arendt pensadora política, reflexionó críticamente sobre la vida activa política, dentro del cual acuñó la expresión "banalidad del mal" como adjetivo sustantivizado del burócrata, y que utilizó para escribir su más famoso ensayo "Eichmann en Jerusalén. Un ensayo sobre la Banalidad del Mal". Eichmann, nazi condenado a muerte por un Tribunal Israelí en 1960, fue el responsable del exterminio de judíos en los campos de concentración. La percepción de Arendt descrita en el ensayo, fue que a pesar que sus actos fueron monstruosos, su autor lejos de ser un "monstruo" o "genio del mal" era un mediocre, uno del montón, un burócrata.

521 "El asesino de Shakespeare dice 'Todo hombre que intenta vivir a gusto (…) procura vivir sin ello', y esto se consigue fácilmente, puesto que todo lo que hay que hacer es no iniciar nunca ese diálogo solitario y silencioso que llamamos 'pensar', no regresar nunca a casa y someter las cosas a examen. Esto no es una cuestión de maldad o bondad, así como tampoco se trata de una cuestión de inteligencia o estupidez. A quien desconoce la relación silenciosa del yo consigo mismo (en la que examino lo que digo y lo que hago) no le preocupará en absoluto contradecirse a sí mismo, y esto significa que nunca será capaz de dar cuenta de lo que dice o hace, o no querrá hacerlo, ni le preocupará cometer cualquier delito, puesto que puede estar seguro de que será olvidado al momento siguiente". (Arendt, 2002:p.213).

Desde esa perspectiva resulta particular la actitud de Poncio Pilatos, del cual podemos afirmar que era abierto al diálogo en solitud, tenía capacidad de pensar y subsecuente de juzgar. A esta conclusión sobre su subjetividad llegamos por cuanto además de saberse que fue seleccionado por Roma como procurador, lo que en el sentido romano comprendía ejercer facultades jurisdiccionales, en una zona convulsionada del imperio, su selección no puede decirse fuera fruto de la casualidad, sino del hecho que Pilatos haya demostrado a sus hoy ignotos selectores, tener capacidad de pensar y subsecuente capacidad de juzgar. Tal subjetividad es corroborada con el propio relato evangélico que describe a un Pilatos buscador de la verdad, que indaga y pretende comprender al acusado, lo que en el caso concreto alcanzaba la comprensión de la enigmática actitud de Jesús de proclamarse "Rey". Así Juan relata el siguiente diálogo: " '¿Eres tú el Rey de los Judíos?', Jesús le contestó: '¿Viene de ti esta pregunta o repites lo que te han dicho otros de mí?'"(…) [522] y más adelante: " 'Entonces ¿tú eres rey?' Jesús respondió: 'Tú lo has dicho: yo soy Rey. Yo doy testimonio de la verdad y para esto he nacido y venido al mundo (…)' Pilato dijo: '¿Y qué es la verdad?'»[523] . Diálogo e indagaciones que nos muestran a un juez buscador de la verdad, que pretende comprender a Jesús.

25.16.4 La circunstancia cultural de Poncio Pilatos

En Roma el poder político estaba organizado bajo magistraturas, cada Magistrado tenía una cuota de poder, el Procurador era un Magistrado y Pilatos era un Procurador. La regulación de los conflictos entre colectividades bárbaras, se solucionaba para el pueblo más político de la humanidad, aplicando el Derecho de Gentes, marco preceptivo dentro del cual la aplicación de las costumbres tenía un rol no sólo importante sino decisivo, al punto de adoptarla para la solución de conflictos[524] siempre que no significara un obstáculo para los intereses de Roma (Pax Romana). Pilatos conocía de la situación convulsionada de Israel, un Pueblo definido religiosamente, sojuzgado al Imperio, que celebraba como máxima festividad religiosa la pascua de la liberación de la esclavitud acaecida cientos de años atrás frente a Egipto, y que se encontraba internamente en una situación de lucha de intereses manifestada como luchas de creencias religiosas entre grupos de zelotes, esenios, fariseos, saduceos y formas de vida cultural diversos[525] . No es casual que el letrero que irónicamente mandara

522 Juan 18, 33-34. Biblia Latinoamericana.
523 Juan 18, 37-38. Biblia Latinoamericana.

524 Juan 18, 39 (Biblia Latinoamericana). "Pero aquí es costumbre que en la Pascua yo les devuelva a un prisionero: ¿quieren ustedes que ponga en libertad al Rey de los Judíos?"
525 Judíos en la época de Jesús había por todo el imperio, dado las anteriores diásporas producida por la conquista de Babilonia, ello explica por ejemplo la presencia de un judío Pablo

colocar el mismo Pilatos en la parte superior de la cruz aludiera a Jesús como rey de los judíos en tres idiomas[526] . Por lo demás, la acusación contra Jesús acaecía durante la festividad de la Pascua, en el particular momento del calendario religioso en que sea por la gran población de peregrinación en Jerusalén, o el recuerdo presente de la liberación de Egipto, cualquier motín podía ser desencadenado.

25.16.5 Comprensión de la subjetividad Pilatonista durante el proceso a Jesús de Nazareth.

25.16.5.1 Instinto de auto conservación en el cargo vs. conciencia ética.

Comprender la subjetividad de una autoridad investida con el poder de decidir la condena a muerte de una persona presentada al interior de una dinámica de actos fácticos dados al interior de una relación de poder donde en términos foucaultianos involucra múltiples relaciones microscópicas de poder que se entrecruzan a modo casi calidoscópico lleva necesariamente a advertir la presencia de un poder y un contra-poder, una acción y una reacción, hecho que nos lleva a recoger la concepción Nietzscheana de la voluntad de poder para circunscribir el análisis de la subjetividad y desentrañar un eje de opción voluntaria en la subjetividad del agente. De este modo advertimos que la auto conservación es un instinto interpretado por Nietzsche como el eterno retorno de la Voluntad al poder. El que tiene poder para conservarlo busca tener más poder.

Aplicado este principio a una persona investida de poder, un juez o un procurador romano, en concreto Poncio Pilatos, significa tendencialmente que este moverá todo lo posible que esté a su alcance para mantenerse en el cargo e incluso incrementar su poder, de lo contrario sucumbirá. Dicho de este modo en la subjetividad de Pilatos ante el acontecimiento del juicio a Jesús de Nazareth se constituye la presencia de un eje bipolar que puede resumirse entre la posibilidad de su decisión como consecuencia de su conciencia ética y de la otra opción en el polo extremo definido por un instinto de auto-conservación en el cargo, o la voluntad de poder, que hipotéticamente puede coincidir con la decisión de la conciencia ética o puede constituirse en su opuesto. De este modo el "dilema Pilatonista" al que aludimos describe la situación del sujeto juzgante quien puede optar entre la decisión que asegura su posición en el cargo a costa de su conciencia y la posición coherente con su conciencia a costa de arriesgar su posición en el cargo.

---

de Tarso ciudadano romano y la difusión rápida del cristianismo originario. Es presumible que los judíos emigrantes peregrinaran en Jerusalén en época de Pascua.

526 Hebreo, latín y griego. Véase Juan 19:20.

25.16.5.2 La calificación plenaria de la conciencia ética: Jesús inocente y Jesús "Ecce Homo"

Los Evangelios Sinópticos describen a un Pilatos que después del interrogatorio al acusado con presencia de los acusadores, a modo de cognición plenaria en su subjetividad llega a la convicción de la inocencia de Jesús de Nazareth[527] . Incluso en un momento posterior llega a sindicarlo públicamente como "ecce homo"[528] calificación que en la boca de un romano culto no podía significar sino un reconocimiento a una dignidad, "humanitas" como opuesto a "barbarus" por cuanto así como los romanos extendieron la ciudadanía a los pueblos bárbaros que fueron conquistados, Poncio Pilatos con esta frase extendió la calidad de hombre "humanitas" a Jesús, presentado ante sus ojos como un bárbaro digno de ser humano, merecedor de la ciudadanía, hombre como opuesto a bárbaro en tanto que paideia u hombre virtuoso[529].

25.16.5.3 La presión del poder y el cálculo utilitarista político.

El arriesgar la vida de pocos para salvar la vida de muchos ha sido un argumento basado en una lógica instrumental y muy utilizada a través de la historia mundial. De la misma manera, guiado por el contexto político de las colonias romanas, el Procurador Poncio Pilatos advierte la presión permanente y creciente de las autoridades judías así como del pueblo israelí en un momento de Pascua y de convulsión. Por consiguiente la opción de condenar a Jesús se advierte como una opción útil políticamente por cuanto satisfacería a los grupos más descontentos de los judíos (autoridades y quizás hasta a los más revoltosos los zelotes cercanos a Barrabás). Condenar a Jesús se presenta ante sus ojos como una opción armoniosa con la Pax Romana y no advierte en ello ningún peligro de insatisfacción ante la autoridad superior a él cosa que su cálculo político advertirá en relación a la opción polar contraria como desarrollaremos más adelante.

527 "Yo no encuentro ningún motivo para condenar a este hombre" (Juan, 18:39, Biblia Latinoamericana) "Pues Pilato veía que los jefes de los sacerdotes le entregaban a Jesús por una cuestión de rivalidad." (Marcos: 15:10, Biblia Latinoamericana) «Pilato les preguntó: 'Pero ¿qué mal ha hecho?'» (Marcos, 15:14, Biblia Latinoamericana); "14. y les dijo: «Ustedes han traído ante mí a este hombre acusándolo de sublevar al pueblo. Pero después de interrogarlo en presencia de ustedes, no he podido comprobar ninguno de los cargos que le hacen. 15. Y tampoco Herodes, pues me lo devolvió. Es evidente que este hombre no ha hecho nada que merezca la muerte». (Lucas 23: 14-15, Biblia Latinoamericana). "Porque sabía que le habían entregado a Jesús por envidia." (Mateo 27:18, Biblia Latinoamericana)

528 Juan 19, 5 (Biblia Latinoamericana). "Entonces salió Jesús fuera llevando la corona de espinos y el manto rojo. Pilato les dijo: 'Aquí está el hombre' ".

529 En la época de la república romana se piensa, y se aspira a ella expresamente, por vez primera y bajo su nombre, la humanitas. El homo humanus es aquí el romano, que eleva y ennoblece la virtus romana mediante la 'incorporación' de la paideia tomada de los griegos. (Heidegger, 1959: p. 15).

25.16.5.4 La gravedad del dilema al que enfrenta Pilatos. Criterio y Conciencia

Para comprender la gravedad del dilema de Pilatos es menester distinguir entre criterio y conciencia. Entendemos por criterio aquella posición del sujeto, que involucrando la opción de una decisión posible es percibida por el sujeto como opinión que perteneciendo a su interior no se involucra con el núcleo esencial de su íntima subjetividad, de tal modo que el sujeto parlante encuentra también, como un criterio respetable, la posición contraria, disímil al suyo. Por el contrario cuando la opinión del sujeto parlante alcanza el núcleo de su subjetividad nos encontramos con una convicción a la cual podemos llamar conciencia. En ese sentido el "dilema pilatonista" se mueve entre dos polos pero cuya gravedad consiste en que la opción de su conciencia ética se adhiere al núcleo de su subjetividad, consistente en la inocencia de un ser humano digno, mientras que optar por ello es contrario a su instinto de auto-conservación en el cargo significaría la condena a muerte de un inocente. No se trata de un tema de criterio, en la que el sujeto advierta como razonable la otra opción, y pueda tardo-modernamente justificarse por predictibilidad siguiendo precedentes jurisprudenciales, sino que esta otra opción es manifiestamente injusta, indigna y criminal ante la conciencia ética nuclear del sujeto juzgante.

25.16.5.5 La amenaza ante el superior jerárquico ("enemigo del César").

El "dilema pilatonista" percibido por Pilatos configura en su subjetividad una tensión capaz de "atormentar en sueños"[530] , insoluble. Ante esto Pilatos opta por postergarla primero, definiéndose incompetente, derivando el caso a Herodes, para luego torturar a Jesús esperando sensibilizar al auditorio. Luego cuando a pesar de la presión se inclinaba a liberarlo, la presión del tumulto expresada con la siguiente frase «Si lo dejas en libertad, no eres amigo del César; el que se proclama rey se rebela contra el César.»[531] , termina por configurar su decisión de condenar a muerte a Jesús. Adviértase que esta decisión sólo se configura ante la amenaza manifiesta de la denuncia ante el superior jerárquico, anuncio que hace advertir como posible en el cálculo político la destitución, el cese en el cargo, la muerte de la carrera del sujeto juzgante.

530 Mateo 27, 19 (Biblia Latinoamericana). Además, mientras él estaba sentado en el tribunal, su esposa le envió a decir: "No te metas con ese hombre porque es un santo, y anoche tuve un sueño horrible por causa de él". Esta también es la tensión presente en la conciencia de Abraham de obedecer a Dios o sacrificar a su hijo, entre el juez Macedo y el CNM, entre Saquicuray y un aparato político militar de violación sistemática de derechos fundamentales, entre el Juez Giovanni Falcone y la mafia italiana.

531 Juan 19, 12, Biblia Latinoamericana

25.16.5.6 La muerte del Juez y la decisión de la crucifixión.

La afirmación de Jesús a Pilatos en el interrogatorio: «Mi realeza no procede de este mundo. Si fuera rey como los de este mundo, mis guardias habrían luchado para que no cayera en manos de los judíos. Pero mi reinado no es de acá.»[532], nos sugiere un mensaje oculto a Pilatos. Parafraseando al Evangelio, podría leerse la frase de Jesús de esta manera: Si mi Reino fuera de este mundo no matarías a tu conciencia, tu conciencia pertenece a mi Reino, pero como no estamos en mi mundo tú matarás a tu conciencia, lavándote las manos para sobrevivir.

Entendida así la frase es una crítica cultural, como también al hombre juzgante Pilatos en la medida que consiente su cultura y no se opone a ella anteponiendo su conciencia niega el Reino de la Justicia y en un sentido metafórico pero también real se mata a sí mismo como Juez renunciando a su función de justicia para convertirse en burócrata del imperio.

La crucifixión es sin duda cruel, pero debemos tener en cuenta que en aquella época no existía imprenta, fotografía, televisión. La forma de publicar una condena a muerte y que ésta tenga un efecto disuasivo en el imaginario de los súbditos, sería una ejecución pública y se cumplía con mayor eficacia instrumental esta finalidad si este acto público era duradero, como sucedía en la crucifixión donde esta costumbre precedentemente cartaginesa[533] fue adoptada por los romanos.

25.16.5.7 Lavarse las manos y un Self Restraint.

Con la actitud simbólica de lavarse las manos, Pilatos de una manera sencilla grafica el drama de su conciencia. Condenar a un justo es un hecho abominable, es ensuciarse, llenarse de sangre, de condenarse, la única manera que encuentra, ante la presión del populacho, como de la clase dirigente del pueblo judío y sobre todo la amenaza de la "queja" contra el órgano controlador del momento (entonces no serás amigo del César); es percibirse a sí mismo como una autoridad carente de definir la decisión tomada, concebir la decisión tomada no como suya, sino como la de otros, asumirse a sí mismo no como juez, sino como burócrata. Sólo así en esta percepción el sujeto juzgante conserva las manos limpias, las manos no ensangrentadas, no es responsable de la condena de un justo.

---

532 Juan, 18:36, Biblia Latinoamericana.

533 Según Joseph Klausner esta condena fue originariamente Persa y pasó a los romanos por los cartagineses. (Véase Klausner,1991:p.349).

Esta actitud, estimada para los jueces, podría ser concebida en el contexto de un estado constitucional actual como un "self restraint", como un abstenerse del propio criterio, pero no está pensado para temas en los cuales se afecte un derecho constitucional de manera grave. Resulta inaceptable en un estado constitucional que el sujeto juzgante aplique un "self restraint" por razones de seguridad jurídica en su decisión pese a que por su propiocriterio estime que se está afectando el núcleo esencial del contenido de un derecho fundamental. En otras palabras el "self restraint" es sólo admisible en aquellos casos en los cuales dentro de un respeto de los contenidos esenciales constitucionales la decisión renunciante del propio criterio se realiza a efectos de fortalecer una actuación pública discrecional en los ámbitos consensualmente permitidos como es el caso de las leyes, decretos leyes o normas del ejecutivo en las que se discuta su inaplicación por afectar algún derecho constitucional.

25.16.6 La renuncia a la conciencia ética por una ética de la responsabilidad.

El utilitarismo político de Pilatos podría ser entendido como la asunción de su parte a una ética de la responsabilidad como opuesto a una ética de la convicción[534] , pero tal concepción no representa todo el drama interior de la subjetividad de Poncio Pilatos, el hombre que actúa con una ética de la responsabilidad no llega al límite de significar su conducta la muerte de una persona, más aún de una persona no solamente que estima inocente, sino que la estima en un grado de dignidad superior a sus mismos acusadores. Tal actuación señala una ética de la responsabilidad extrema que significa la muerte de toda convicción, y cuando decimos esto comprendemos a su convicción más profunda. Por eso la actuación de Pilatos es paradójica. Pilatos muere como Juez y se convierte en un burócrata y utiliza todo su poder para gritar, para anunciar, para publicitar no sólo la muerte del inocente sino también su muerte como Juez. Es en ese sentido que debe ser comprendida la lavada de manos. No solamente se lava las manos de la sangre de un justo, sino de la sangre de la muerte de su propia conciencia, que es la muerte de su calidad de Juez. En esto la frase de Nietzsche "Dios ha muerto" tiene pleno sentido. No solamente coincide la muerte de Jesucristo con la muerte de Dios, sino con la muerte de todo Juez, de toda conciencia ética, que cede a la presión de un pueblo manipulado por la clase dirigente.

534 Recogemos en esto la distinción que realizó Max Weber entre la ética de la convicción (acósmica) y la ética de la responsabilidad, literalmente señala: "La ética acósmica nos ordena 'no resistir el mal con la fuerza', pero para el político lo que tiene validez es el mandato opuesto: has de resistir al mal con la fuerza, pues de lo contrario te haces responsable de su triunfo". (Weber, 1991: p. 354-355).

25.16.7 Banalidad del mal Vs. "Conciencia Pilatonista"

Para Hannah Arendt la banalidad del mal es emblemáticamente representada por Eichmann, el completo burócrata que ha renunciado al diálogo en solitud consigo mismo. Situación distinta se representa en la conciencia Pilatonista donde Poncio Pilatos no renuncia al diálogo consigo mismo, pero ante la presión del poder, renuncia a realizar las consecuencias fácticas que se producirían de seguir coherentemente su conciencia. La conciencia Pilatonista entra en contradicción y utiliza artificios simbólicos para defenderse del ataque de su propia conciencia y permitirse así la cordura y la permanencia del diálogo consigo mismo. En Pilatos se introduce algo parecido a una ética de la responsabilidad en el sentido weberiano del término, pero de la que hay que resaltar el grado de la subjetividad sacrificada a tal punto que lo sacrificado coincide con lo que hemos descrito como conciencia y no el criterio.

25.16.8 Juez del Estado Legislativo y Juez del Estado Constitucional.

Zagrebelsky, recogiendo las tipologías de Estado de Carl Schmitt[535] , ante la circunstancia posterior a Auschwitz [536] y la Segunda Guerra Mundial, advierte en la transformación de los ordenamientos jurídicos occidentales el renacimiento de los derechos del hombre.

Esta actitud se manifiesta en el reconocimiento de los derechos humanos en los textos constitucionales e internacionales, apreciándose aunado a ello un cambio estructural que se sintetiza en la incorporación de principios dúctiles[537] . Se diferencia así el derecho propio del Estado Legislativo donde predominaba el razonamiento lógico deductivo del Juez sometido a reglas establecidas por el hegemónico Poder Legislativo determinante de un Juez constituido metafóricamente en simple "boca de la ley", del derecho propio del Estado Constitucional, donde al insuficiente razonamiento lógico deductivo del Juez, se adiciona una racionalidad sustantiva existenciaria, al constatarse la predominancia de principios constitucionales frente a las reglas, la consecuencia es un sustantivo protagonismo judicial con el correlativo costo de afectación

535 chmitt desarrolló en su tipología además del Estado Legislativo, el Estado Jurisdiccional, el Estado Gubernativo y el Estado Administrativo. (Ver Quispe, 2011. Nota de pie N° 8)

536 Este es el evento que removió la conciencia occidental, la evidencia que la razón no es una diosa inocente que nos guía al inexorable destino interno de la historia del sujeto absoluto, sino que ella es también brutal y apocalíptica, pues Auschwitz no fue un hecho irracional sino la realización de una racionalidad instrumental planificada, ¿cómo después de Auschwitz seguir sosteniendo un Juez meramente técnico reducido a boca de la ley que no se pregunta sobre las premisas, sobre los principios, sobre los propósitos existenciarios últimos del hombre?. La realización de la posibilidad de un Juez con las atribuciones estimadas de un Estado Constitucional llegó a Europa después de Auschwitz, en nuestro país ¿sucederá ello después de una década de terror y guerra interna, con una economía en expansión y conciencia mundial favorable a la realización del Estado Constitucional?

537 Ver postulados de Zagrebelsky, 1997.

al valor predictibilidad, resultando con ello un derecho dúctil.

Se distingue así entre Juez del Estado Legislativo y el Juez del Estado Constitucional, es decir entre el Juez Boca de la Ley sometido a reglas fijas y el Juez Creador, que aun cuando ciertamente las tomará en cuenta define fundamentalmente su actuación por su adhesión a los principios constitucionales.

25.16.9 Reestimación de la predictibilidad en la axiología de un estado constitucional

Pero junto a los principios constitucionales, muchos de los cuales son principios éticos juridificados, la seguridad jurídica determinante de su consecuencia social, la predictibilidad, ha sido conceptualizada como uno de los fines del derecho destinada a satisfacer un reclamo querido por la clase empresarial, viabilizando las inversiones seguras definibles por el sólo cálculo. Por ello una justicia confiada únicamente en el logos de jueces y no en reglas claras con supuestos fácticos cerrados, puede ser percibida como insuficiente para ello. Después de Auschwitz[538] quizá lo que deberíamos pretender es equilibrar la predictibilidad, como un valor no absoluto ponderado en la coexistencia con otros, sólo útil en cuanto es considerado así por el consenso universal ideal y real al estilo Apeliano, por la comunidad de argumentantes que son los ciudadanos y la comunidad jurídica pensante. Pero el reconocimiento de este valor en un Estado Constitucional no puede significar de ningún modo una renuncia a la conciencia del sujeto juzgante, por múltiples razones que se pueden ensayar o justificar. Lo contrario sería convertir a Pilatos en el juez ideal, concebir un Estado Constitucional Pilatonista.

La reestimación del valor predictibilidad que asumimos apunta a revitalizar el núcleo de la cláusula de la conciencia del sujeto juzgante, lo que entendemos no solo debe respetarse en todo Estado Constitucional sino que es su expresión más genuina. La uniformidad que no respeta la diferencia de conciencia es totalitarismo. Por la Pax Romana se condenó a Cristo a la crucifixión, por sobreestimar "la predictibilidad" se puede tender a suprimir la voz de la conciencia de los magistrados en un Estado que debido a ello no podría pretender continuar seguirse llamando Estado Constitucional.

538 Incluso antes de Auschwitz, Max Weber advirtió lo que él denominó el fenómeno de sustantivización del derecho formal lo cual fue criticado por el mismo Weber por no satisfacer la predictibilidad propia y requerida para las economías de mercado a comienzos del siglo XX (Véase Weber, 1984).

25.16.10 La auto-conservación en el cargo como concepto instrumental de una hermenéutica del sujeto juzgante.

El drama de la subjetividad del sujeto juzgante consistente en la bipolaridad de la auto-conservación del cargo a costa de la conciencia es concebido como hipótesis instrumental de cálculo, útil para el poder político o el poder económico, para establecer una hermenéutica del sujeto juzgante determinado por un bio-poder, un poder panóptico, en relación de todos aquellos que tienen cuotas de poder dentro de una sociedad disciplinaria[539] . Ello comprende también a los jueces de un Estado Constitucional, por más independencia e imparcialidad que se le reconozca como principios en sus Constituciones o Cartas Internacionales, con las particularidades que las sociedades de mercado propias del Estado Constitucional Contemporáneo, ajenas al ideal de Pax Romana, al estimar la predictibilidad valora lo uniforme como predecible y lo uniforme se asegura, con una sola conciencia, y una sola conciencia en un sistema constitucional se reduce al órgano Tribunal Constitucional. Por ello la idea del precedente vinculante y la doctrina jurisprudencial no al estilo anglosajón, que admite siempre la posibilidad de apartarse, convierte al juez peruano de ser la boca de la Ley a ser la boca del Tribunal Constitucional, es decir a renunciar a su propia conciencia, porque si lo hace y prefiere ésta en contra de lo que dice el Tribunal. La voz susurrante subliminal del poder parece parafrasear las palabras del tumulto dirigidas a Pilatos escuchándose así: "si decides siguiendo a tu conciencia, entonces te declaras enemigo del Tribunal Constitucional o te conviertes en un juez infractor o cometes inconducta funcional susceptible de destitución"[540] .

25.16.11 Hipotética motivación de la decisión pilatonista.

El siguiente discurso lo desarrollamos como el discurso "posible" de justificación de la decisión pilatonista: "Que aun cuando el suscrito es del criterio que el acusado es inocente dentro de un Estado pluricultural de hebreos, ciudadanos del imperio, griegos, debe tenerse presente las convicciones del propio pueblo restringiéndose mi función,

539 Foucault describe a la sociedad disciplinaria en el cual "ya no hay más indagación, sino vigilancia, examen. No se trata de reconstruir un acontecimiento como algo, o mejor dicho, se trata de vigilar sin interrupción y totalmente" (Foucault, 1983: p. 99-100).

540 Cuando la tensión llega al nivel en que es predecible la destitución del cargo por optar por la decisión subjetivamente justa del sujeto con cuota de poder, juez o procurador romano, estamos en una situación límite, éticamente favorable para optar por la decisión subjetivamente justa, pero ¿ podríamos volverlo exigible a todo ser humano? lo contrario significaría poner tan alto la barrera de los jueces o el nivel de los jueces que prácticamente se tendría que dejar desierto gran parte de los puestos previstos. San Agustín asigna a la ley humana, que tiene sólo por fin el gobierno de los pueblos, la función de castigar no más que en la medida de lo preciso para mantener la paz entre los hombres. (Ver Rodríguez Paniagua, 1985).

no pudiendo el suscrito contravenir el criterio plural y uniforme de los distintos grupos culturales, más aún si el fin más estimado que el imperio pretende es la paz entre sus súbditos y ciudadanos. De esta manera me he visto obligado a acceder a la voluntad del pueblo, aunque eso haya significado ir contra todo Principio del Magistrado Independiente e Imparcial; pese a que recae sobre mí la responsabilidad de haber sentenciado a la crucifixión a un inocente al cuál reconozco como posible digno ciudadano romano por el nivel moral, por esto debo aclarar que mi decisión fue de acuerdo a los intereses del consenso de los pueblos y las políticas del Imperio; en esta situación me veo obligado a discernir entre dos bienes jurídicos, el primero la vida de un inocente y el segundo los intereses del "Estado", al tener que optar por el último bien por motivos de fuerzas superiores a mi capacidad de juzgar, pese a ser un Procurador Romano, me veo obligado a renunciar a mi ética de la convicción y proceder actuar como un burócrata que lejos de poder analizar una situación y tomar una decisión que me parezca la más justa actúo en búsqueda de una productividad, de buscar un beneficio tanto personal como complaciente para el pueblo manipulado".

25.16.12 Presencia de la "conciencia pilatonista"

Pilatos es el juez con conciencia ética, con capacidad de juzgar, pero que coloca por encima de esta inclinación espontánea una máxima de razón práctica que rezaría algo así: "Obra como Juez en el cargo que tienes de acuerdo a tu conciencia, siempre que no pongas en riesgo tu cargo". La auto-conservación del cargo es una máxima de razón práctica superior a su conciencia ética. Podríamos preguntarnos ¿Es exigible al juez el resolver a través de su conciencia ética a riesgo de ser sometido a un proceso disciplinario y eventualmente destituido?, ¿es esto una actitud sublime estimada, que sin embargo podemos convertir en una exigencia generalizada a todo Juez? Si trasladáramos la institución del CNM a la Roma de Pilatos, ¿Debería ratificarse a Pilatos? Pese a la presión de las estructuras de poder predominantes afirmar a Pilatos como Juez, es incompatible con un Estado Constitucional, el cual exige la presencia de jueces que actúen conforme a su conciencia. Como dice Susy Anderman comentando la frase de David Roussetsobre que "Los hombres no saben que todo es posible"[541], después de Auschwitz "La consigna debe ser ahora no ser un hombre normal. Nadie debería ser ya un hombre normal… el infierno ha sucedido, puede volver a suceder"[542].

541 Frase citada por Arendt como epígrafe a la Tercera parte de Los Orígenes del Totalitarismo (Véase Arendt, 2003-a:p.479).

542 Léase Susy Anderman 2013.

La sociedad debería hacer un impulso sobre sí misma para promover que cada ciudadano piense, dialogue en solitud consigo mismo y con mayor razón sus jueces. Justificar la ausencia de pensamiento en el ciudadano común y más aún en sus autoridades so pretexto de predictibilidad, seguridad jurídica e inversión al punto de sacrificar la conciencia misma es la negación de la esencia de todo estado constitucional. No es el propósito de la presente investigación definir y cuantificar la presencia de la conciencia pilatonista en nuestro jueces pero no podemos dejar de advertir la presencia de factores de control objetivos tendientes a desarrollar una subjetividad temerosa para la conservación del cargo, si es así ante la constatación de un ciudadano común con escasa capacidad de pensar y juzgar y unas autoridades condicionadas en cierta medida poruna estructura de biopoder que estimula una conciencia pilatonista ¿A dónde iremos.

26. El Elemento Transversal del Factor Tiempo.

Con el concepto positivo de independencia e imparcialidad y el enfoque centrado en la decisión, queremos resaltar el hecho necesario para la configuración del Debido Proceso de aquella calidad estimada de la decisión que se renueva y reconstituye continuamente con la expedición de cada resolución judicial. El ordenamiento jurídico no se satisface ni siquiera con la presencia de un buen juez, sino pretende que todas las decisiones judiciales sean buenas, en términos de Romboli "puras", es decir independientes e imparciales. No basta por ello un buen sistema de selección de Magistrados que asegure la selección de los hombres más idóneos para tal función, sino que constituye un desafío el asegurar que además se presenten las condiciones necesarias que aseguren la toma de decisión independiente e imparcial. Es en este punto que la presente investigación pretende sacar a la luz una condición aún no percibida como tal en la doctrina, a la que bautizaremos con el nombre de "ausencia de presión temporal".

Los casos en los cuales el factor tiempo es un factor objeto de análisis para determinar la posible afectación al deber de independencia e imparcialidad por parte del Magistrado son Auto Concentrado, Anicama, Armijo, Agüero, Macedo. A los cuales agregamos el caso Pilatos como un caso posible, ya que nadie ha cuestionado la celeridad de Pilatos como muestra de transgresión al deber de independencia e imparcialidad.

A diferencia del caso Armijo en el cual se analiza la afectación al deber de la independencia e imparcialidad en sus manifestaciones de motivación indebida e inusitada celeridad, en el caso Macedo la

vertiente afectada únicamente es la manifestación del factor tiempo como retardo y contra el factor tiempo el órgano de control entra a desarrollarle procedimientos disciplinarios o a no ratificarle hasta resuelta su reconsideración a punto de ratificarlo a efectos de no afectar su criterio sobre la "indelegabilidad" y valorar su cambio. En el caso Agüero es la inusitada celeridad, objetivada en la supresión de actos procesales, la que es calificada de afectación al deber de independencia e imparcialidad. Resáltese la particularidad del caso Anicama, donde pese a que el Tribunal Constitucional afecta objetiva y manifiestamente el valor de celeridad del justiciable, ello se hace bajo un discurso que justifica que a partir de la fecha de expedida la Resolución los nuevos proceso judiciales se inicien ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no la constitucional pero no que los procesos ya iniciados bajo la jurisdicción constitucional sean nulificados en su integridad. Por consiguiente sólo precisa motivación aparente tal decisión en relación a su impacto contra la celeridad de los procesos que por lo demás tienen la sensibilidad de recaer en materia pensionaria, es decir en justiciables de edad avanzada. Este caso pareciera contradecir nuestra tesis de la sensibilidad del factor tiempo por cuanto este valor parece ser subestimado por el Tribunal Constitucional, pero precisamente lo que revela la decisión STC 1417-2005-AA-TC es la precisión que el factor tiempo no es sólo un valor estimado por el ordenamiento jurídico sino que es también una fuerza violenta que arrastra a la sociedad y a todos sus operadores con cuotas de poder a optimizar su "productividad" a punto de poder afectar al deber de independencia e imparcialidad del órgano resolutor, administrador de justicia, incluso si se trata del máximo intérprete de la Constitución. De tal forma que proponemos a partir de la comprensión de este caso, entender "la ausencia de presión temporal" como una condición de posibilidad de la decisión independiente e imparcial.

26.1 Factor Tiempo y Modernidad tecnológica no política.

La presente investigación propone un enfoque inédito en el tema de la independencia e imparcialidad el cual se inspira en el punto más originario del debido proceso, ante la percepción de nuestra experiencia como operador jurisdiccional en la práctica judicial, la que a modo de pre-comprensión podemos anticipar como la presencia de cierto factor vinculado con el ideal técnico-gerencial de "productividad" incorporado al ámbito judicial, como "progreso" en el ámbito cuantitativo y estadístico, pero como involutivo en relación al concepto expansivo de modernización política[543] . Al respecto tengamos presente que la

543 "La modernidad: Un proyecto inacabado" es el título de un discurso pronunciado por Habermas en 1980 al recibir el premio Adorno. Cuando hablamos de modernidad política aludi-

modernización tiene dos contenidos: el aspecto tecnológico que sobre todo alude a la introducción creciente y sistemática de la informática en los datos del proceso manejados y publicitados por el Poder Judicial, aspiración que goza de consenso; y el político, cuyo contenido significa desarrollar en él cada vez más un mayor contenido al concepto de asociación de hombres que se autogobiernan como idea inacabada que legitima el poder político y por consiguiente las decisiones del Poder Judicial.

26.2. Factor tiempo en la casuística de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En el presente momento de la investigación nos encontramos en capacidad de dar respuesta a la pregunta formulada precedentemente referida a los casos de la jurisdicción contenciosa administrativa: auto concentrado y Agüero ¿por qué la decisión denominada "auto concentrado" fue aplaudida por la sociedad civil mientras que la sentencia del caso Agüero fue desechada por ella? En el caso Agüero no se reprocha a partir de la lectura de la sentencia una "indebida motivación". El bajo nivel de satisfacción del derecho a ser oído de una de las partes, sino que se advierte una inusitada celeridad en la emisión de la decisión final de la instancia, para lo cual se advierte la prescindencia de la notificación de la resolución de avocamiento y de la actuación de un medio probatorio. La justificación posible presentada ex post por la Magistrada investigada en el caso Agüero, coincide en lo sustancial con la justificación del "auto concentrado" y es la de resolver en un plazo razonable sin dilaciones indebidas o la de suprimir formalismo inútiles, Pero en el caso Agüero tiene un inconveniente, el juez acelera una decisión final en la cual hay un favorecido y un perjudicado, mientras que en el auto concentrado, percibido por la sociedad civil como sublime, se acelera un proceso en un momento procesal aún cognitivo no decisorio, en el cual aún no se sabe quién va ser el favorecido y quién va ser el perjudicado. Del hecho de la "inusitada celeridad", prescindiendo de actos procesales el CNM infiere un grave reproche al deber de independencia e imparcialidad. Pero como bien lo hemos desarrollado, tal prescindencia pudo ser aceptable para un observador razonable en la medida que ellos no perjudicaban en rigor el ejercicio del derecho de defensa. Por consiguiente, lo más riguroso se circunscribía a vincular prescindencia y favorecimiento a una de los partes en su aspecto de apariencia en un contexto de sensibilidad en relación a la parte que no se le dio la razón.

mos a ese ideal moderno de autorregulación de hombres libres, que sobrepasa y revitaliza las actuales instituciones democráticas porque como advirtió el autor citado "bajo el signo de una política completamente secularizada, el Estado de Derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical" (Habermas, 2005: p. 61).

26.3 Presión de tiempo y decisión independiente e imparcial.

El tiempo puede ser entendido como una condición de todo ser, su condición reveladora, de su fugacidad y limitación tanto de él mismo como de los bienes transitorios en que deposita su confianza como ente viviente transitorio y condicionado. El tiempo revela dolorosamente al hombre la realidad de lo trascendente siempre en movimiento[544] , el conocimiento que el mundo, la historia, las instituciones le sobreviven a él y a cada uno de los seres. De algún modo el tiempo determina nuestra condición humana como factor que nos recuerda nuestra pequeñez y perecibilidad, no sólo la de nosotros sino de todo ente viviente y único.[545] Tal carácter vuelve absurdo todo apego del sujeto a sus bienes jurídicos estén o no dentro de un proceso. Pero este carácter del tiempo propio de la condición humana, que desde muy antiguo ha sido resaltado desde los textos sagrados[546] y más modernamente en los textos filosóficos[547] se presenta en el día a día de las sociedades modernas como presión por la "productividad".

El mundo competitivo de hoy exige fabricación de productos y atención de servicios en el menor tiempo posible, en una escala creciente de cantidad y calidad. El único eje conductor es la satisfacción del cliente con soluciones rápidas.

A comienzos del siglo XX, en Alemania durante el periodo de la república de Weimar Walter Benjamín[548] intentando graficar el drama

544 "Yo soy el tiempo el gran destructor de los mundos, y he venido aquí a destruir a toda la gente. Con excepción de ustedes [los Pándavas], todos los soldados que se encuentran aquí en ambos lados serán matados." (Bhagavad- Gita, p.1992: Canto XI-32).

545 "Todo lo que el materialista produce con mucho trabajo y dolor para una supuesta felicidad es destruido por la Personalidad Suprema en forma de factor tiempo, y por esa razón el alma condicionada se lamenta." Bhagabatam p.430.

546 También en la Biblia se alude a ello tanto en el antiguo testamento como en el nuevo. Por ejemplo: "1. Hay bajo el sol un momento para todo, y un tiempo para hacer cada cosa: 2. Tiempo para nacer, y tiempo para morir; tiempo para plantar, y tiempo para arrancar lo plantado; 3. tiempo para matar y tiempo para curar; tiempo para demoler y tiempo para edificar; 4. tiempo para llorar y tiempo para reír; tiempo para gemir y tiempo para bailar; 5. tiempo para lanzar piedras y tiempo para recogerlas; tiempo para los abrazos y tiempo para abstenerse de ellos; 6. tiempo para buscar y tiempo para perder; tiempo para conservar y tiempo para tirar fuera; 7. tiempo para rasgar y tiempo para coser; tiempo para callarse y tiempo para hablar; 8. tiempo para amar y tiempo para odiar; tiempo para la guerra y tiempo para la paz." (Eclesiastés 3:1-8, Biblia Latinoamericana).Y en el nuevo testamento "No olviden, hermanos, que ante el Señor un día es como mil años y mil años son como un día." (2da de Pedro 3:8, Biblia Latinoamericana).

547 "La muerte es la más peculiar posibilidad de 'ser ahí'. El 'ser relativamente a ella' abre el 'ser ahí' su más peculiar 'poder ser', aquel en el que va absolutamente el ser del 'ser ahí'. En él puede hacérsele presente al 'ser ahí' que en la señalada posibilidad de sí mismo queda arrancado al uno, es decir, 'precursando' puede arrancarse en cada caso ya a él. Pero el comprender este 'poder' es lo que desembolsa el fáctico 'estado de perdido' en la cotidianidad del 'no mismo' ". Léase Heidegger, 1974: p. 287.

548 La cita completa de la idea es la siguiente: "Hay un cuadro de Klee que se llama Angelus

de la modernidad acudió a la alegoría del "ángel de la historia" diciendo que un huracán soplaba desde el Paraíso dejando muchos muertos y heridos; en el camino el ángel de la historia, un ángel que mira hacia tras quisiera detenerse para despertar a los muertos pero no puede porque la fuerza del huracán que le empuja hacia el futuro es enorme. A este huracán le llamamos "progreso". Esta alegoría, bien puede ser aludida para graficar el impacto del factor tiempo en la justicia durante la modernidad. La exigencia de la productividad termina por dibujar una justicia empujada siempre al caso nuevo. Parafraseando a Benjamín, el ángel de la justicia quisiera detenerse y "comprender" siempre con un horizonte imparcial ampliado que reconcilia con el pasado, pero la fuerza de la presión temporal no le permite. Por presión temporal entendemos la necesidad de resolver en tiempo breve. Percibida como exigencia en la subjetividad al operador jurisdiccional (Magistrado o Colegiado) se revela como presión normativa de "evaluación de desempeño", tipificación de "retardos", plazos legales y órganos disciplinarios de control (castigos) o de beneficios (bonos por productividad y desempeño). Esto puede configurarse como consecuencia de un exceso de conflictos (demanda) frente a una cantidad limitada de operadores jurisdiccionales (oferta).

26.4 Deliberar como pérdida de tiempo.

El deliberar es el proceso secuencial de "actos de habla" donde se intercambian comunicativamente posiciones, pareceres, todavía a modo de pre-comprensión, enriqueciéndose mutuamente sin ninguna orientación fija más que la abierta a una mejor comprensión del ordenamiento jurídico de las partes. Esto lleva a una decisión consensuada real. El diálogo, la deliberación asegura el encuentro la multiplicidad de horizontes, pero ello que es la encarnación del areópago griego en un contexto moderno dentro de un contexto de presión temporal tiende fácticamente a ser suspendido.

26.5 El uso de formatos.

El numeral 2 del artículo 9 del DS 013-2008, Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece: "Motivación en Serie. (…) Cuando se presenten casos análogos y

Novus. En él se representa a un ángel que parece como si estuviera a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas las alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso". (Véase Benjamín, 2007)

se requiera idéntica motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente". Una de las propuestas de la Defensoría del Pueblo para solucionar el problema de las dilaciones indebidas era la de: "Identificar y compartir todas aquellas resoluciones y/o actuaciones judiciales susceptibles de ser estandarizadas." Después que obreriza la función judicial, se le recuerda como una excelsa, en la que el Juez es el director del proceso. Pero el juez arrastrado por un tifón de expedientes agoniza de su función en permanente lucha. La situación es casi insostenible, el debate es suspendido de toda su magnitud, suspendido a los casos genéricos, se acude a formatos, modelos, clichés, se transforma la relación hermenéutica de sujetos, la naturaleza de diálogo en relación objetiva de lógica demostrativa, hasta en monólogo. Pero esta situación no es acaso paradójica por qué tenemos que seguir fingiendo creer que los jueces son gerentes, exigiéndole sólo productividad.

26.6 Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial. R.A. N° 155 -2012-P-Pj.

Mediante la indicada Resolución Administrativa de fecha 13 de abril de 2012 se acordó aprobar la Directiva N° 003 -2012-P—PJ denominada "Directiva para el otorgamiento del Bono por Desempeño para el personal de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial correspondiente al Ejercicio Fiscal 2012."

26.7 Comprensión de la estimativa de la Productividad.

La estimativa de la productividad, es un reclamo social actual que se extiende a todos los sectores industriales de productos y servicios. Quien lo exige es el consumidor; es decir, todo ser humano. En las actuales circunstancias de las sociedades complejas de mercado "todos somos consumidores", y la productividad va dirigida como exigencia a todos los agentes económicos que prestan bienes y servicios. Este reclamo es propio de la modernidad y en un contexto de industrialización e innovación tecnológica permanente, economía de mercado, que estima para la formación de permanentes mercancías elaboradas y reelaboradas en un ciclo inacabado de producción y de consumo. El contexto competitivo exige una permanente renovación y mejora de las técnicas de producción, destinadas las mercancías a ser cada vez más y mejores, a satisfacción de un público ansioso de novedades. La racionalización necesaria para la predictibilidad del comportamiento del Estado y de la solución de conflictos, exige cierta burocratización en la solución de conflictos que es lo que Max Weber

denominó racionalización formal del derecho. Pero esta percepción Weberiana previa a los sucesos de Auschwitz y la configuración del Estado Constitucional no puede convertirse en una directriz a ciegas en la última palabra de todo comportamiento. En la última instancia esto debe coincidir con el test de una racionalidad sustantiva que responde a los principios de un estado Constitucional, donde la capacidad de juzgar alcanza un rol decisivo. ¿Hasta qué punto es una necesidad social la predictibilidad?

26.7.1 El concepto de paz como antecedente de la seguridad jurídica.

Ni los griegos ni los romanos diferenciaron entre moral y derecho. Fue con el advenimiento del cristianismo al alcanzar éste en el mundo romano su reconocimiento como religión oficial del Imperio, en medio de un mensaje que en lo central de su credo distinguía entre el "Reino de Dios" y el reino temporal, es que se planteó en la filosofía la necesidad de diferenciar entre Iglesia y Estado.La distinción entre reino de Dios y reino temporal se aprecia en el mensaje original cristiano al punto que el evangelio anuncia a un Jesucristo Rey del Reino de Dios condenado a muerte y crucificado por el reino temporal romano, y de encontrarse frases máximas como "Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César"[549].

Esto planteó en la filosofía la necesidad de diferenciar entre Iglesia y Estado para lo cual se distinguió de manera sustantiva el vínculo presente entre el individuo con Dios con el de carácter político entre el individuo y el Estado. De esta manera se advirtió la paz exterior como una orientación propia del derecho diferente a la moral, a tal punto que San Agustín, restringía el objeto del derecho a mantener la paz entre los hombres, así como que Santo Tomás de Aquino veía como objetivo del derecho la paz y el bien común. El concepto de paz exterior se convirtió en la razón fundante de la autonomía del Estado frente a la Iglesia y con ello de la autonomía del derecho frente a la religión y a la moral. El desarrollo del concepto de paz como autónomo de la religión y la moral, pensado más en términos de organización de la comunidad política y del ordenamiento jurídico llevaría a la larga al desarrollo del concepto de seguridad jurídica[550] .

---

549 Mientras las tradiciones religiosas pre-cristianas legitimaban al poder político, de manera directa, el cristianismo tenía una imposibilidad de origen, su credo en definitiva manifestaba una diferencia ontológica de lo que es la voluntad de Dios y lo que es la voluntad de la comunidad política, pues fue precisamente esta la que condenó a muerte al Hijo de Dios. Esta diferencia ontológica por una consecuencia natural de coherencia no podía ser negada sino asumida por la doctrina patrística incluso en el momento que fue convertida en la religión oficial del Estado.
550 Léase Rodríguez Paniagua, 1985:p.26 y siguientes.

26.7.2 El Concepto de seguridad jurídica en el pensamiento utilitarista de Jeremías Bentham.

El inicio de la madurez del concepto de seguridad jurídica se plantearía recién con su reconocimiento intelectual en el ámbito del derecho vinculándolo con el fin de optimización de la inversión y desarrollo industrial de una economía de mercado.

En tal proceso quizás haya sido el pensamiento utilitarista anglosajón el que en primer lugar identificó y desarrolló con claridad la seguridad jurídica como un valor medular de las instituciones jurídicas. De esta manera Jeremías Bentham en el siglo XVIII partiendo de la premisa que el hombre en su estado natural, es el hombre propio de un mundo competitivo carente de racionalidad, señalaría que la sociedad para llegar a ser civilizada debería sostener a la seguridad como el concepto social que evite una suerte de animalización de la competencia y permita su cauce en la perfecta racionalización de la misma a través del progreso de la industria y de la seguridad de los planes generales de inversión. Desde esta concepción utilitarista Bentham desarrollaría un original análisis de las instituciones jurídicas; así por ejemplo la propiedad, sería consecuencia de la pretensión de la seguridad más que de la libertad; por consiguiente la propiedad, ya no sería definida sorprendentemente, con el criterio romanista de atribuir al titular el uso, disfrute, disposición, sino como: ¨una base de esperanza: la esperanza de sacar ciertos provechos de la cosa que posee, a consecuencia de las relaciones que se tiene con ella.¨[551] Esta esperanza sería exclusivamente obra de la Ley: ¨La ley sola es la que me permite olvidar mi flaqueza natural: por ella sola puedo cercar mi terreno, y entregarme a los trabajos del cultivo con la esperanza lejana de la cosecha (...)¨[552] . De esta manera la seguridad sería apreciada como la coerción del derecho dirigida a una esperanza cierta, a mantener y estabilizar un plan general de conducta, lo que se deriva no de derechos innatos sino de la misma positividad de la ley: ¨La propiedad y la ley han nacido juntas y morirán juntas.¨ La propiedad –sustentada en la seguridad- será asimismo una condición de la abundancia y se situaría incluso por encima del objeto subordinado de la abundancia, para lograr el mismo objetivo porque ¨Mandad producir, mandad cultivar, y nada hacéis todavía; pero asegurad al cultivador los frutos de su industria, y tal vez habéis hecho bastante.¨[553] Por eso Bentham estuvo también identificado con los favores de la industria, porque el mal que puede sufrir un atentado contra la propiedad será la que implique no sólo un mal de no posesión, una pena de perder y un

551 Bentham, 1829: p.104.
552 Bentham, Ob. Cit: p.105.
553 Bentham, Ob. Cit: p.39.

temor de perder sino sobre todo la ¨amortización de la industria¨. Pues mientras los otros males se restringen a un solo individuo, el mal de la amortización se extiende y ocupa ¨en la sociedad un espacio indefinido¨. Así también ¨la amortización de la industria¨es el particular mal contra la propiedad que toca las facultades activas del alma y por lo tanto evita que ¨la industria se desarrolle se extienda¨; en otras palabras dado que la industria necesita espíritus activos, es necesario brindarles seguridad, por lo que corresponde al Estado garantizar la propiedad y abstenerse de males intervencionistas. La seguridad logra la prosperidad a través del florecimiento de la industria y con ello el alcance de la masa social de felicidad se incrementa. La noción de productividad –abundancia en la terminología de Bentham- se convertiría en el objetivo estimado por la legislación, mediante el valor de la seguridad jurídica, propósito que desde el siglo XIX se extendería también a los países de la tradición romano civilista del derecho continental, de modo que resulta manifiesta su presencia en el establecimiento de los modernos sistemas registrales, como en el caso de la Ley hipotecaria española de 1861[554].

26.7.3 Seguridad Jurídica, predictibilidad en el pensamiento de Max Weber.

Max Weber a comienzos del siglo XX elaboró una Teoría de la Legitimidad empleando "tipos ideales"[555] , distinguiendo de esta manera la dominación carismática, de la patriarcal y la burocrática. Esta última encuentra según él su legitimidad, no en una devoción personal, ni en la tradición de las órdenes sino en la obediencia a normas abstractas, a reglas estatuidas, que sirven a una finalidad impersonal y objetiva, y cuyas órdenes concretas sólo son vigentes cuando se apoyan en una competencia especial. El derecho vigente en este tipo de dominación es el "racional formal", racional en el sentido que es opuesto a lo arbitrario y obedece a un patrón general; y formal en tanto no interesa si es justo o no la orden emitida sino el origen de su emisión.

La seguridad jurídica luce sin interrupción e implícita en toda la dominación burocrática Weberiana. Se puede ser "injusto" pero es

554 La vinculación seguridad productividad además de ser advertida en la Exposición de Motivos de la ley hipotecaria española de 1861 constituyó el propósito fundamental de la instauración del nuevo sistema registral español: "nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales¨. (Véase, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1989:p. 223).

555 La noción de "tipos ideales" la describimos más adelante al abordar el tema de la "imparcialidad" en los tipos ideales de derecho weberianos.

imprescindible otorgar la seguridad a los ciudadanos. En el conflicto seguridad-justicia triunfa la seguridad. Además Weber no se contentó con este diagnóstico descriptivo ideal de las sociedades modernas aunque reconoció elementos carismáticos en la tradición del common law, como de racionalidad sustantiva en la tendencia normativa y jurisprudencial de materialización del derecho continental sino que intentó establecer una relación entre el tipo de "derecho racional formal" y lo que dominó como la "sociedad de mercado", es decir aquella en donde las decisiones de la producción y distribución se toman de acuerdo a la coexistencia y secuencia de relaciones racionales cada una de las cuales es efímera. De este modo formuló dicha relación en la necesidad de predectibilidad de las sociedades de mercado "a la adquisición racional económica pertenece una forma particular del cálculo en dinero, el cálculo del capital. El 'cálculo del capital' es la estimación y control de las probabilidades y resultados lucrativos por comparación del importe en dinero (...)[556] ". La predictibilidad no es sino el aspecto social de la seguridad jurídica que queda plenamente establecida en el derecho occidental con la racionalidad formal; así la sociedad del mercado hizo necesaria la formación de un derecho con tales características -que en el caso medieval se le retomó del derecho canónico y la burocracia clerical- y de manera semejante el derecho racional formal fue el que posibilitó la formación y el desarrollo de las sociedades de mercado. Estableció así una línea argumentativa tan sólida que valorando sus estudios consensualmente se ha afirmado que "desde Max Weber, muchos autores han mostrado que el pensamiento jurídico racionalmente sistematizado cumple un rol importante en la creación y organización de las sociedades de mercado al establecer bases más definidas de predectibilidad, aún a costa de sacrificar en aras de ésta formalidad la realización jurídica de los fines sustantivos de la sociedad"[557].

26.7.4 Vigencia de la seguridad jurídica en el estado constitucional.

La seguridad jurídica, como predictibilidad, reglas de juego claras, siempre ha sido percibida como una necesidad social del mundo moderno, como uno de los fines del derecho al lado de la justicia y del bien común. Recasens Siches, en el momento genético del Estado Constitucional lo distinguió de los otros fines percibiéndolo más como la radical motivación del derecho[558] . Ciertamente en el denominado

556 Weber, 1991: p. 69.

557 Trazegnies, 1992: p. 83.

558 Recasens Siches distingue entre valores de superior rango -dentro del cual se encuentra la justicia- y el valor que aun cuando sea de inferior categoría, determine "el motivo radical o la razón de ser del Derecho"¨ (Recaséns, 1939: p. 215). De esta manera -para este autor- a pesar que el Derecho se refiera a los valores superiores de la Justicia y el Bien Común, dentro de los cuales encuentra su justificación, "no los contiene

Estado Legislativo, cuando la primacía filosófica fue del positivismo, la seguridad jurídica era descrita como un valor con concreciones que particularizaban rasgos esenciales del ordenamiento jurídico como la primacía de la legalidad, y la exclusividad de las reglas como normas del ordenamiento jurídico.

El advenimiento del Estado Constitucional al introducir la primacía de la Constitución y con ello el establecimiento de pluralidad de principios (no sólo los vinculados a la seguridad jurídica sino también a los derechos fundamentales, a la justicia y al bien común) como normas dentro del ordenamiento jurídico, ha devenido en una crisis de la concreción del valor seguridad jurídica. De allí por ejemplo que Weber tempranamente formulara una crítica a la tendencia de su tiempo, acentuada con el Estado Constitucional, del proceso que describió como "materialización del derecho formal" basada en su concepción que vincula economía de mercado con predictibilidad. Mientras que más recientemente por ejemplo Dworkin ha sostenido la presencia hipotética de un Juez Hércules que reconstruye el sistema en cada caso concreto representando integridad y Habermas, quien criticando tal percepción de monológica e irreal[559], ha sostenido la necesidad de "situarse en el mismo nivel que ella y fundamentar en forma de una teoría de la argumentación jurídica los principios de procedimiento, a los que en adelante habría que transferir la carga de las exigencias ideales que hasta ahora se hacían a Hércules".[560]

Téngase presente que el análisis económico del derecho, ha continuado la tradición utilitarista de Bentham, desarrollando una técnica de argumentación alrededor de la mayor eficiencia de los recursos, lo cual incluye el análisis costo-beneficio así como el óptimo de pareto. De esta manera el análisis económico del derecho ha permitido una lectura de las normas jurídicas del ordenamiento a la luz del principio social de la mayor productividad económica de la sociedad (desarrollo de la máxima utilitarista mayor felicidad para la mayor cantidad posible de hombres), así como una crítica de las normas vigentes a raíz de la concreción del valor social de la productividad y de la eficiencia económica, conceptos rectores que no deben entenderse como contrarios al Estado Constitucional sino por el contrario como una técnica de argumentación desarrollada precisamente para la concreción del valor productividad, dentro de un ordenamiento constitucional caracterizado por la convivencia de principios. Así por ejemplo Posner en un desarrollo de la filosofía utilitarista en el campo del derecho ha establecido tres criterios relativos a un sistema eficiente de los derechos

dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. Sin Seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase". (Recaséns, 1939: P. 215)

559 Habermas, 2005: p.295.

560 Habermas, Ob. Cit.: p.296-297.

reales: universalidad, exclusividad y transferibilidad.

26.7.5 La exigencia de la productividad como modelador de la subjetividad del Juez:

La influencia de la carga procesal en la alteración de una decisión imparcial es un hecho. Véase simplemente el caso del Tribunal Constitucional al resolver el expediente Anicama. Allí el máximo intérprete no actuó como órgano supremo de la constitucionalidad sino que de manera manifiesta actuó como sujeto con interés propio. Si bien el Tribunal Constitucional no actuó como parte su actuación obedeció a un interés gerencial de contrarrestar su excesiva carga, la medida ciertamente le solucionó el problema al Tribunal pero lo derivó a los órganos jurisdiccionales y lo más impactante lo hizo afectando a innumerables justiciables en edad avanzada.

El caso Anicama revela así la fuerza huracanada de la presión temporal que alcanza incluso al Colegiado de mayor peso en el control de la constitucionalidad, reduciendo su presencia a la de un "angelus novus" benjaminiano y permite formularse la siguiente pregunta ¿qué comportamiento ante la presión temporal podemos esperar de un Juez Especializado o Juez de Paz Letrado? Ciertamente la consecuencia de la presión temporal afectando el deber de independencia e imparcialidad es un hecho que nos permite reconocer diversas vertientes del "Juez abstenido" pero el tema de su medición excede los alcances del presente trabajo.

La configuración del juez abstenido es una consecuencia de un reclamo de la sociedad civil de celeridad, de celeridad ciega sin norte, sin mayor propósito que ella misma. Se olvida, se abstrae no sólo el contenido de la decisión sino la concepción de él como producto de una relación humana de discurso escucha y comprensión e interpretación, es decir de diálogo. En él se sustituye tal naturaleza por la del monólogo. Su representación numérica en cifras es sencilla y brinda además la apariencia de cientificidad, objetividad y de gestionar óptimamente el problema. El olvido del ser es el olvido de la justicia, la reforma apunta a la muerte del juez convertido en un burócrata o un obrero al estilo Taylorista con bono de productividad casi un trabajo a destajo. ¿Cómo llegamos a esto? Esta Reforma aceptada por jueces, no ha tenido cuestionamientos en este punto y por el contrario es asumida por la élite judicial activamente. Equivale ello metafóricamente casi a un suicidio, pues el juez aún no ha muerto sino agoniza en medio de un tiempo de vorágine.

26.7.6 El absurdo de la productividad llevada al extremo.

Donde la función de justicia declarativa y ejecutiva entendida en su sentido subsuntivo como mera técnica aplicativa de una declaración dada en aplicación de una norma de carácter general que involucra su ejecución llegó a hacer más productiva es en Auschwitz: un millón y medio de judíos exterminados en el periodo que va de abril de 1940 a enero de 1945. Allí el proceso, fue reducido a procedimiento administrativo dirigido por burócratas y únicamente se restringía a identificar la condición racial del procesado. Si se compara esta producción con la del proceso de Núremberg iniciada el 20 de Noviembre de 1945 y concluida el 1 de octubre de 1946 donde se sentenciaron a 22 personas, el criterio de la productividad llevaría al absurdo de concebir como más óptima la justicia de los funcionarios del Tercer Reich si nos guiáramos únicamente por el concepto de la "productividad."

Si es cierto que justicia que tarda ya no es justicia también es cierto que decisión y ejecución inmediata o cuasi inmediata tampoco es justicia, porque ello supone negar el proceso de formación de la decisión imparcial del juez, que necesariamente se desenvuelve en un espacio de tiempo, el cual comprende: el contradictorio, la argumentación, la escucha y la comprensión del otro, así como el criterio independiente que es siempre relacional a la doctrina, la comunidad de argumentantes y a las partes, en suma al proceso como relación hermenéutica intersubjetiva y dialógica.

26.8 Motivación debida no hermenéutica.

Una percepción dominante del debido proceso es comprenderlo como un concepto lógico más que como un concepto instrumental, manifestación del derecho humano de la dignidad humana del respeto al "otro" en el contexto del conflicto que se articula argumentativamente mediante discursos racionales. El error de enfoque obedece a premisas filosóficas generalizantes que minusvalorizan al otro inmediato un humanismo conceptual de "ideas" criticado por Levinnas. La consecuencia dogmática procesal es la relativización de los argumentos del otro que no necesariamente serán abordados por las resoluciones y el predominio de lo escrito frente a lo oral. El debido proceso no debe olvidar su naturaleza de diálogo y hermenéutica intersubjetiva que es en lo fundamental un concepto relacional de sujetos que discuten sobre interpretaciones.

26.9 Percepciones de la actividad de juzgar.

i) La experiencia de juzgar a otros hombres es una experiencia digna, la más elevada que la sociedad puede confiar a un ciudadano. Por ello se ha dicho que es una actividad no humana sino sobrehumana más aún divina; ii) Está actividad sublime por naturaleza cuando se vuelve masiva por la multitud de conflictos de delitos (las cárceles siempre están llenas o sobre pobladas), tiende a burocratizarse a convertirse en rutina, a ser el resultado de formatos pre-constituidos con mínima fundamentación; y es que hay un reclamo de predictibilidad, como de productividad; iii) Los medios, la opinión pública en general y los mismos autores y actores de la reforma tratan el tema de la reforma como un problema de números de carga y productividad oscureciendo el tema de la propia naturaleza de la función que sólo se revela como tal de modo minúsculo como antítesis de la corrupción; iv) La selección de jueces porque se entiende al Juez como especialista en pensar para actuar, pero la actividad de pensar no es una especialidad sino una cualidad humana cuya manifestación es la de juzgar; v) Existe una tendencia natural del hombre con capacidad comunicativa lingüística: la de "juzgar". Esta actividad del espíritu puede ser dirigida hacia uno mismo como introspección, o ser dirigida hacia los "otros".

26.10 El juzgar banal.

Todos los hombres piensan, y a través de este espacio interior introduce la solitud. Todos los hombres son capaces de juzgar. Es más, les encanta juzgar, su manifestación intersubjetiva produce un goce, el principal goce público, alrededor del cual se articula toda reunión social de disfrute. Como actividad dirigida hacia los otros nuestra cultura de participación en el juzgar las conductas de los demás se revela en las asambleas comunales, en las rondas campesinas y se manifiesta también en la cultura moderna de masas en el "chisme".

Quizás sea más que una cualidad sobrehumana una actividad muy humana íntimamente impregnada que naturalmente crece en cada vínculo social de modo más o menos banal, distanciado de la responsabilidad y de su forma más elaborada y pulcra o científica, típicamente moderna profesional en el proceso judicial, en el continuo comentario de las reuniones de amigos sobre ellos mismos el "raje" sobre aquel que no está presente en la reunión de fútbol, "los reality shows", las vedettes, el acontecer de "chollywood"[561] , los partidos de

561 Neologismo que nace al juntar el término "cholo" y "Hollywood". Cholo es una palabra de origen muchik (el idioma extinto que ancestralmente era de la cultura mochica y se hablaba pre hispánicamente en el norte del Perú) significa muchacho. Con la expresión "chollywood" se alude a la red de relaciones personales entre la gente del espectáculo en el Perú.

fútbol, como también en las telenovelas, como en las noticias como la del "loco David" , Ciro, Abencia Meza[562], etc. La actividad de juzgar la conducta del otro se realiza promiscuamente, es más divertido que sea contra eldebido proceso sin que el otro escuche mi opinión de sus actos o de él mismo, en toda conversación social como actividad banal sin responsabilidad alguna, porque en el fondo sabemos que la formación de nuestro pensamiento no alterará la realidad, será "inocente" y no nos sentiremos responsables de pensar que Abencia merece la cadena perpetua porque nuestra opinión no configura una decisión sobre la vida de ella. La actividad de juzgar banalmente se convierte en una industria, y sobre ella poca diferencia se advierte entre los comentaristas deportivos, con los comentaristas de la vida privada de gente del espectáculo como Magaly Medina y tienen en común que ambos juzgan conductas con un criterio de lo que es bueno o es malo de lo que se debe o no debe hacer de una razón práctica; juzgar discernir formación de un criterio que tiene que ver con la percepción del mundo, elevado a una actitud del espíritu. Curiosamente la actividad de juzgar en Magaly Medina de ser la actividad más elevada del espíritu humano parece convertirse en su opuesto, en su antítesis, en la actividad de juzgar como intromisión en la vida privada como chisme sin respeto al otro, sin debido proceso, en delito mismo. No es casual que haya sido condenada penalmente. Mientras que la sociedad civil parece premiar a un comentarista deportivo: Miguel Beingolea, convirtiéndolo en congresista; y ello no es casual porque la reflexión sobre un partido de fútbol, refleja el ejercicio de la labor de comprender, y la consiguiente actividad de juzgar.

26.11 Contexto del juzgar recreativo.

Pero no sólo en nuestra época, sino en todas las épocas los hombres han encontrado goce en juzgar. Lo mismo sucedía en la sociedad romana donde la plebe comentaba los espectáculos del gran circo. Parece que la actividad de juzgar los temas de la polis siempre ha sido un privilegio mientras tenemos una demanda muy fuerte de gente que de modo natural juzga de modo "inocente" en relación a los grandes temas de las polis, de la ciudad, del mundo.

Pero distingamos. Comparemos la gran tragedia ática de Sófocles, Esquilo y Eurípides de gran aceptación pública ciudadana en la Grecia antigua con el circo romano, y es que en vez de una justicia especializada y aristocrática como en Roma, en Grecia se cultivó una justicia

562 Todos ellos tanto el llamado "loco David", como Ciro, Abencia Meza, son personas que estuvieron involucradas con noticias que fueron titulares periodísticas durante meses y motivó la discusión del público alrededor de ello. La noticia fue su extraña muerte (Ciro) o su sospechosa intervención en la muerte de su víctima ("loco David", Abencia Meza).

democrática. La misma gente que acudía al areópago para discutir la guerra contra los persas o la suerte de Temístocles (ostracismo) es la que asistía a las olimpiadas o a ver las obras de Sófocles. El juzgar con responsabilidad proveyó e hizo posible la formación de un ciudadano culto medio, lo que no sucedió en Roma donde junto a una justicia especializada y aristocrática hubo una obra teatral escasa y sin audiencia pública junto al gran circo de masas. Nuestra situación contextual de la justicia es más cerca a la romana que a la griega. Nuestro circo son las diversiones de la mass media y junto a ella una justicia especializada, que pretende ser una aristocracia del mérito. Ante ello la axiología del Estado constitucional tiendea extender la responsabilidad de juzgar al ciudadano común, elevar su actividad banal a una actividad digna de responsabilidad que por eso no deja de ser una actividad grata, una "fiesta". Mientras que los tiempos actuales han convertido lo que naturalmente es una actividad humana digna y de "felicidad pública" en una actividad profesional, ciertamente responsable pero obrerizada con tendencia a destajo o al sacrificio de la vida personal.

26.12 El Juzgar Institucional.

Juzgar en justicia con responsabilidad "en serio" e investido de poder en el sentido de tener autoridad para fijar la decisión de la actividad estatal es "imposible" y por ello no es extraño que se haya percibido como una cualidad "divina", pero al mismo tiempo ineludible, necesaria para vivir en sociedad. Es esta la aporía de toda sociedad que se quiere justa, exige y necesita viabilizar lo imposible. Para alcanzar esta posición "divina" desde el hombre, se requiere acariciar la eternidad por un momento y ello en el proceso sólo se adquiere con viabilizar la ausencia de la "presión temporal".

El Poder Judicial es el canal institucional de la capacidad de pensar moralmente y de juzgar de un pueblo. El juzgar con responsabilidad es un juzgar comprendiendo, el juzgar comprendiendo asegura una amplitud de horizontes, sin comprensión previa no hay horizonte ampliado y siempre estará abierta la perspectiva de ampliar aún más el horizonte. El juzgar institucional desarrolla la estructura simbólica del debido proceso, introduce en él no sólo el derecho de defensa y contradicción de las partes sino también el de pluralidad de instancias con el ejercicio correlativo del comprender en el sujeto juzgante ampliado de las partes al sujeto juzgante de la instancia jerárquicamente inferior o de los demás miembros de un colegiado. Todo ello afecta el factor tiempo por lo que se advierte la necesidad institucional de viabilizar un humanismo concreto con ausencia de presión temporal.

26.13 Contradicción performativa de la sociedad civil.

Tenemos una sociedad civil en permanente contradicción performativa. Exige el juicio responsable a sus jueces en una productividad masiva y por el otro desperdicia el tiempo juzgando sin responsabilidad en debates tan extensos como estériles e irresponsables. Sin ninguna utilidad social la libertad de criterio se despliega en los bares, las cantinas, en los estadios en las reuniones familiares bajo una agenda propuesta lúdica y banal o impuesta por una ingeniería anónima del consentimiento, mientras que los problemas de la polis en su función más humana son asumidos bajo el vértigo de la productividad. La alteridad, la singularidad del otro en el microscopio de la atención quirúrgica sucede en las audiencias en el monólogo bajo el vértigo de la productividad.

El fútbol cubre un espacio público donde el pueblo encuentra el goce por deliberar pero sobre actos irrelevantes e intrascendentes. La actividad natural de pensar y juzgar se dirige a un intrascendente para la polis. Este es nuestro "circo romano" junto al "foro". Lugar de discusión de la cosa pública por los aristócratas. Quizás el capital moldea nuestra subjetividad, el medio (la cerveza, la comida, la parrillada, la música, el lugar) lo orienta a fines y lo que es humanamente el centro, la conversación que en la publicística se le llama "amistad" se reduce a un intrascendente sin contenido en la publicística, en la realidad en una banalidad, donde se repite el contenido públicamente conocido, moldeado, preparado por una ingeniería del consentimiento. Se distinguen así: i) Comentaristas de Fútbol que piensan sobre el fútbol y eventualmente sobre la vida personal de los futbolistas; ii) Comentaristas de Reality Shows; iii) Comentaristas Políticos;

27. Esbozo de Una Propuesta.

27.1. Axiología y Alegoría de la Propuesta

Desde siempre la productividad ha sido un valor, pero ello particularmente en las sociedades de mercado. Este valor se racionaliza e instrumentaliza con la circulación de mercancías, vinculándose estrechamente con el valor predictibilidad y seguridad jurídica, la cual es concebida como uno de los fines del derecho o su motivación radical, al lado de la justicia y el bien común.

Recogiendo cierta tradición que encuentra una vinculación entre los conceptos jurídicos del Estado y los teológicos[563] , al mismo tiempo

563 Como por ejemplo el clásico trabajo de Hobbes que compara al Leviatán con el Estado, así como el de Schmitt que vinculara el concepto de soberanía del Estado con el de omnipotencia

que deconstruyéndolos, podemos afirmar que ciertamente una visión optimista del Estado Constitucional, bien podría recoger la imagen del Arcángel Miguel pisando al Leviatán, donde se sugiere la primacía de la Constitución frente a todo acto de poder e incluso norma legal arbitraria o abusiva que es finalmente expulsada del paraíso, al ensombrecido mundo de las conductas antijurídicas, con las consecuencias reparadoras y o punitivas que el ordenamiento prevé. .

La primacía de la Constitución (el arcángel) sobre todo otro poder arbitrario o abusivo (ángel caído sometido) resulta ser una imagen más representativa de la actividad del Juez en el Estado Constitucional que la imagen tradicional de mujer con vendas en los ojos[564] , balanza en la mano y espada en la otra. Esta imagen sin embargo no refleja el drama real de la actividad judicial, la fuerza de aquella productividad que hemos descrito y que afecta silenciosa en medio de todos los auto engaños de la "hermosa razón corrompida" pascaliana, respetuosa en la forma del humanismo conceptual, la decisión independiente e imparcial estimada por el ordenamiento[565].

En esto la imagen propuesta por Benjamin del angelus novus, en la década del 20 en la Alemania de la república de Weimar antecedente del régimen nacionalsocialista. Como ángel de la historia configura una alegoría válida de ser extrapolada como visión pesimista de la Justicia en el Estado Constitucional. Allí no figura el Arcángel fuerte y glorioso sino el ángel débil y de escasa identidad.

La imagen reconoce la fuerza de la historia o el poder no en la espada del arcángel Miguel o ángel tradicional de la justicia sino en la erupción de un huracán que viene desde el paraíso. Este huracán que arrasa con un montón de muertos y heridos determina la presencia de un ángel que quisiera ayudar a los hombres, estar con ellos pero poco o nada puede hacer siendo también empujado por él hacia adelante.

divina y el del Régimen de Excepción con el milagro. Asimismo nosotros, en trabajos anteriores, hemos sugerido relacionar el principio teológico de la trinidad con la separación de los poderes (véase Magistrados Aparten de Mi este Costo) y el Arcángel Miguel con la idea del control interorgánico encarnada en la labor del Juez (véase La Ejecución en el Proceso Contencioso Administrativo. Desarrollando la Esgrima del Derecho contra el poderoso Leviatán). Véase ambos en Quispe Salsavilca/Lama More/Yaya Zumaeta… 2008.

564 La venda en los ojos es una representación simbólica de la imparcialidad pero en su versión negativa de no ver, no dependiente, no parte, ni influenciable por las apariencias del mundo: amistad, enemistad, poder político o económico. Esta es una representación simbólica de un humanismo conceptual, pero nuestra propuesta

565 Ciertamente en la actualidad la productividad se convierte en una exigencia ideal coexistente con el valor justicia. La primacía de la Constitución parecería significar la primacía del valor justicia, no obstante los hechos del mundo, o si se quiere la fuerza del huracán que sopla desde el paraíso parecería afectar en la realidad este ideal del estado constitucional, hecho que se evidencia con las alteraciones que hemos desarrollado en esta tercera parte.

En esta visión pesimista Walter Benjamín identifica a este huracán con aquello que llamamos "progreso". Entonces la alegoría revela la primacía axiológica en esta sociedad de aquellos valores reales que giran alrededor de lo que denominamos progreso y que en la filosofía del derecho se le denomina "predictibilidad", seguridad jurídica".

Desde otra perspectiva "el progreso benjaminiano" cuando pretende cuantificar y medir la nueva experiencia con la anterior empleando para ello toda violencia que parece ser furia de la naturaleza se convierte en: "productividad". La imagen reconoce así la primacía del factor "productividad", como manifestación del progreso y con ello de los valores de la "seguridad" y "predictibilidad" frente a la justicia. De este modo, en la circunstancia desarrollada en el presente libro, la imagen benjaminiana representa sintética y simbólicamente lo descrito hasta aquí en lo concerniente a la presencia de presión temporal capaz de afectar la decisión independiente imparcial, la motivación no hermenéutica, el uso de formatos, hasta cierta relativización del deber de motivación a lo esencial y una agonía del juez independiente e imparcial que se aprecia en el caso de Macedo.

Asimismo debe advertirse la escasa identidad del angelus novus ya que no tiene propiamente un nombre como el Arcángel. En esto tiene una similitud con la representación del ángel de la justicia sino que mantiene solo la permanencia de su función. La alegoría alude a una historia de la cábala según la cual los angelus novus son una legión de ángeles desaparecidos y creados instántaneamente con el propósito de cantar su himno a Dios. Su duración así también es corta y recuerda a la situación de los jueces frente a la "inamovilidad del cargo" la idea de su "ratificabilidad", que en el Perú es de siete años.

Lo que proponemos nosotros a continuación es un equilibrio en la axiología del estado constitucional, que tenga a su vez una representación simbólica. De este modo nuestra axiología se ubica en una armonización de los valores productividad, predictibilidad, seguridad con Justicia.

En la búsqueda de esta armonización recogemos la figura americana mítica prehispánica de Urpay Huachac[566] donde la justicia es representada por la sacerdotisa que preside el templo, esposa de

566 Palabra quechua que significa la que pare palomas. Urpay Huachac es en la mitología pre hispánica la esposa de Pachacamac y su significado se aprecia en toda su extensión en el mito de Coniraya y Cavillaca que se conserva en el texto "Dioses y Hombres de Huarochirí". Huarochirí es una provincia de Lima, capital del Perú. El texto que se conserva fue escrito originariamente en quechua en base a una recopilación de mitos orales realizada por el sacerdote mestizo extirpador de Idolatrías Francisco de Ávila a fines del siglo XVI y traducido por primera vez por José María Arguedas. (Véase Avila, 1966).

Pachacamac vinculada además de la conciencia moral y autonomía frente al poderoso Coniraya a los movimientos telúricos de la Tierra[567] y cuya labor frente al detentador del poder político y económico es limitarlo con la fuerza moral de su palabra y su discurso capaz de controlarlo en interminables luchas simbólicas representadas en la actividad de despiojo, de exterminio de sus parásitos. Porque curiosamente Coniraya Wiracocha además de descrito como poderoso y como poseedor de un saber instrumental útil para sus propios fines[568] , tiene la permanente presencia de piojos en su cabeza. Es esta una representación del desvío de su finalidad originaria, el regreso a la animalidad, la pérdida del valor cultural de la reciprocidad consistente en el dar y recibir y no sólo vínculo legitimador del poder, sustituido allí por la actividad parasitaria, es decir aquella proveniente del ser viviente que únicamente succiona recibe y nunca da.

567 Léase al respecto Maria Rostworowski, 1992. Allí la autora vincula al Señor de Pachacamac (deidad pre hispánica) con el Señor de los Milagros (actual patrón de la ciudad de Lima que quizás convoca a las procesiones religiosas más multitudinarias del mundo), ambos con devoción popular vinculada a los movimientos telúricos. El mundo pre hispánico desconocía la balanza, símbolo universalmente asociado a la justicia, quizás por ello se manifiesta en el mito aludido un símbolo más originario. En ella se asocia la justicia a la actuación telúrica, al balanceo de la madre Tierra, que ante una acción desequilibrante, provoca, sugiere, determina la reacción de un nuevo equilibrio. La ciencia moderna confirma esta interpretación del mundo físico porque todo terremoto tiene su origen en una situación desequilibrante de alguna capa geológica, el movimient o telúrico inaugura ante ello un nuevo equilibrio. La metáfora traslada al mundo social, la acción telúrica como acción de la justicia, de este modo se puede afirmar que la revolución francesa fue un terremoto político al igual que la revolución de las trece colonias inglesas y las revoluciones independentistas latinoamericanas del siglo XIX y las orientales (inclusive la no violenta de la india) y africanas del siglo XX. También con cierto matiz podemos interpretar el establecimiento del Estado Constitucional en el mundo contemporáneo (revolución paradigmática en el derecho) como la consecuencia del desequilibrio producido por las atrocidades del Nazismo, sintetizadas en Auschwitz. Visto así las cosas en una sociedad secular el poder judicial es la conciencia moral institucional (análogo a lo que en una sociedad religiosa lo fue el Templo) y cuando ella no llega a canalizar los movimientos telúricos se almacena el desequilibrio a efectos de un gran movimiento telúrico al margen de lo institucional, esto es una revolución. La acción de equilibrio de la justicia se administra institucional y ordenadamente a través del Poder Judicial pero cuando éste no alcanza a solucionar el desequilibrio, cuando no es capaz de establecer un nuevo equilibrio, a modo de la ley del karma, más allá de todo texto legal o constitucional sucede un terremoto político, porque finalmente todo acto abusivo o arbitrario en el mundo es una acción que genera una reacción en el ángel de la justicia sea esta institucional o no.

568 Esto está descrito en el mito cuando enamorado de la princesa Cavillaca, se transforma en un Colibrí para picotear un fruto de lúcuma, al cual transmitiendo su semen y provocar que Cavillaca lo coma, está quede embarazada. En el relato Coniraya es descrito como "sabio" y poderoso al punto que con su sola palabra construía andenes y humillaba a los demás señores, pretende ser reconocido y deseado por Cavillaca y para ello lejos de emplear la violencia abierta recurre al regalo oculto, sus acciones posteriores revelan que a ese momento ya tenía un proyecto serenamente previsto y meditado, el regalo es en realidad el inicio de una guerra, de una acción desestabilizadora del equilibrio de poder entre las huacas.

Porque Coniraya Wiracocha con piojos en la cabeza simboliza el poder político, o económico, que en su necesidad de actuación inmediata desarrolla "progresos"[569] concretando el valor productividad. Lo que se aprecia cuando explotando un saber ancestral sirviendo a un propósito utilitario para el hombre común, determinó la presencia de mayor número de peces en el mar[570], descripción que resalta al lado de todos los abusos de Coniraya su eficacia en términos de satisfacción de necesidades primarias y que indirectamente sugiere el secreto oculto de su poder: el apoyo de los hombres comunes, no dioses, no señores, no aristócratas, no ciudadanos; al haber desarrollado tecnologías utilitarias más efectivas, lo cual se encuentra vinculado al empleo de una razón instrumental.

Pero Coniraya comete excesos. En el mito el exceso es representado con la intromisión de Coniraya en el Templo de Pachacamac y la presencia de piojos en su cabeza; por lo que la armonización de los dos principios se presenta en el mito con la alegoría del despiojo o limpieza prolija. Entonces entre Coniraya Wiracocha y Urpay Huachac, además de la conciencia mutua de su irreconciliabilidad, hay también conciencia de su mutua coexistencia, de la inviabilidad de su mutuo exterminio, atravesado sólo como ideal, a modo habermasiano, del proyecto inacabado de la justicia en la modernidad concebida como asociación de hombres libres que se autoregulan, que requiere permanente actividad de despiojo. Porque entre ambos no se produce una lucha a muerte sino un control centrado en el exterminio microscópico de la actividad parasitaria en la cabeza del sujeto poderoso desviada de sus fines sociales originarios. Los atropellos ciertamente existen en la realidad fuera de la presencia de Urpay Huachac, al punto que cuando esta se va del templo una de las hijas es ultrajada por el poderoso Coniraya y la otra para evitar la misma suerte se convierte en paloma, símil de la libertad. De este modo Urpay Huachac no es sólo la realizadora de la justicia microscópica en una continua actividad contralora sino que es la que trae a la luz, conserva y vigila la presencia de ciudadanos libres.

27.2. El Esbozo.

No es propósito de esta investigación realizar una propuesta de Reforma del Poder Judicial, sino de sustentar una redefinición positiva de la independencia e imparcialidad que contribuya a su mayor concreción respondiendo a la pregunta si es posible un control ex post

569 Léase el comentario de Maria Rostworowski, 1992:p.38.

570 Específicamente cuando el relato señala que enojado Coniraya: "arrojó todas las pertenencias de Urpayhuachac al gran mar. Y sólo desde entonces, en el lago grande, se criaron y aumentaron mucho los peces" (Ávila, 1966).Descripción que Rostworowski (1992) interpreta como la referencia a un mayor desarrollo tecnológico en la pesca.

del deber de independencia e imparcialidad, a la que nos hemos abocado y desarrollado a lo largo de la presente investigación y contestado afirmativa y satisfactoriamente. Sin embargo a modo de corolario no podemos dejar de referir a modo muy genérico ciertas directrices que son coherentes con el concepto de independencia e imparcialidad aquí desarrollado y que a continuación pasamos a enumerar muy brevemente:

Fuerte participación de la ciudadanía en la decisión judicial. No en el aspecto formal sino de fondo jurados, ante la presencia de una capacidad de juzgar dirigida sin responsabilidad elevada a una institucional con responsabilidad. La decadencia de nuestra televisión no pocas veces calificada de "basura" sólo podrá ser revertida cuando el ciudadano común esté preocupado no en "Ciro" o "Abencia" donde sabe que su opinión no será decisión con fuerza performativa, locucionaria o perlocucionaria, un acontecer siempre estéril e irresponsable, sino fecundo de definición de lo justo en el Estado. Lo más hermoso es la deliberación cuando dos sujetos se vinculan pensando lo mejor para la polis, la ciudad, el mundo.

El Poder Judicial debe tener una intervención de última ratio. Ciertamente es el canal institucional de la capacidad de juzgar, pero la exigencia de reunir las condiciones de posibilidad de una decisión independiente e imparcial que integre concreta y seriamente la ausencia de presión temporal, sólo es viable en el contexto de una sociedad compleja de estimativa de la productividad, cuando se presenta como última ratio. Así nuestra propuesta es la siguiente:

1. Todos los conflictos en un primer momento deben ser solucionados pacíficamente de modo administrativo, previo al trámite judicial. Esto brinda la ventaja de la celeridad, de fallos especializados en tiempo breve investidos con la fuerza de ejecutividad y ejecutoriedad, como actos administrativos. Cierto que dado su carácter administrativo esto no asegura la primacía de la Constitución sino estructuralmente sólo un "debido procedimiento" sujeto a metas de la entidad administrativa, pero estas decisiones son concebidas estructuralmente como falibles al ser susceptibles de impugnación judicial.

2. Primera Instancia administrativa: la entidad. Segunda instancia administrativa, un ente autónomo a la entidad y altamente especializado. Esto se sustenta en que cuando resuelve en primera instancia la misma entidad, estructuralmente su posición se encuentra sustancialmente parcializada, esto es confirmado por la experiencia cuando se compara la actuación de la ONP[571] al resolver en segunda instancia con los fallos

571 Siglas de la Oficina de Normalización Previsional que administra los aportes de los trabajadores privados y servidores públicos afiliados al sistema nacional de pensiones. En el Perú el trabajador elige entre este sistema estatal y el privado administrado por empresas

de por ejemplo INDECOPI[572]. El elevado número de demandas en materia previsional[573] y el elevado porcentaje de demandas estimatorias contra la ONP permite confirmar que el grado de imparcialidad es mayor cuando resuelve en segunda instancia un ente administrativo, autónomo a la entidad que resolvió en primera instancia.

3. Control jurisdiccional contencioso administrativo.

El control jurisdiccional contencioso administrativo debe producirse con fuerte participación ciudadana:

i) La primera instancia debe ser tramitada por un Juez de Trámite o un Relator. Mientras que el tema de fondo o el auto final por un jurado con "ausencia de presión temporal". La intervención del jurado lleva al impulso de la "oralidad", esto exige la presencia obligatoria de informes orales lo cual podría ser regulado si se piensa hacerla extensiva a todo tipo de proceso y no sólo los penales, institucionalizándose por ejemplo al "apoderado de oficio" es decir un apoderado, no abogado estudiante secigrista[574] de derecho, autorizado a informar oralmente ante el jurado. Los debates deben ser filmados los cuales deberían ser de conocimiento de las partes para asegurar el ejercicio de su derecho de defensa, mientras que la motivación escrita debería prescindirse, a efectos de viabilizar la participación ciudadana y la deliberación concebida como un "goce público". Si a todo ciudadano se le exige el cumplimiento de la Ley, es que es capaz de entender el sentido de estos preceptos.Si una comunidad política niega la posibilidad de sus ciudadanos a participar en la deliberación de una decisión de poder le priva a él de un aspecto importante de su dignidad. La selección de los ciudadanos no debería depender cien por ciento de sorteo, lo cual tiene el inconveniente de la falta de interés en resolver de los sorteados. Este podría realizarse dentro de un universo no tan estrecho con tendencia a la expansión progresiva, entre personas que hayan experimentado el público "goce de deliberar". Para ello quizás debería favorecerse –a nivel municipal o estatal- la formación de grupos que podríamos denominar "células sociales deliberativas", personas de sentido común que encuentran goce en reunirse y discutir temas de interés. En esto sugerimos, de ser viable, que sea por "gens", lo cual podría revitalizar los lazos familiares y le daría cierta consistencia institucional a esta institución en crisis.

privadas denominadas AFPs (administradora de fondo de pensiones).

572 Siglas del Instituto Nacional de Competencia y la Propiedad Intelectual.

573 Véase al respecto el Informe Defensorial N° 121 numeral 1 del capítulo II.

574 Secigrista es el estudiante de derecho que hace SECIGRA, es decir servicio social de graduandos.'

ii) La segunda instancia podría tener una estructura similar pero con mayores miembros del jurado.

iii) El control enteramente por jueces sería en la última instancia donde se exigiría la motivación a un grado de comprensión de los discursos de las partes no sólo de modo oral sino también escrita.

CONCLUSIONES

1. Para responder a la pregunta si es posible realizar un control ex post de la independencia e imparcialidad concebido como deber dirigida al mismo Magistrado es necesaria desarrollar una metodología hermenéutica que integre a modo de pre-comprensión el marco valorativo propio del Estado Constitucional donde se desarrollan los principios de independencia e imparcialidad como deberes.

2. El análisis de ocho casos concretos permite responder a la pregunta planteada positivamente pero encuentra una zona de penumbra ante la cual es difícil de definir criterios objetivos que lo determinen por cuanto se advierte que la consistencia lógica del discurso real manifestada en la resolución, no es por sí sola suficiente como por ejemplo se aprecia en el caso del "auto concentrado" comparándolo con el caso "Agüero", donde habiendo insuficiencia lógica en ambas una obtuvo la aprobación y el entusiasmo de la sociedad civil y la otra determinó la destitución de la Magistrada.

3. La búsqueda de la definición de criterios objetivos nos lleva a definir dos elementos transversales presentes en los casos que permiten ubicar lo mismo de lo otro, los cuales son: i) La Debida Motivación; ii) El factor tiempo en su vertiente de inusitada celeridad.

4. La exigencia de la Debida Motivación es un elemento que permite determinar objetivamente la transgresión al deber de independencia e imparcialidad del Magistrado, pero la calificación de esta transgresión es un hecho complejo, para cuyo objetivo de clarificación resulta necesario redefinir el concepto de independencia e imparcialidad de un modo positivo y no negativo como tradicionalmente se ha efectuado en la doctrina. La definición negativa de independencia e imparcialidad resalta el hecho de predicarse como la cualidad de un sujeto que no depende de otro y que no es parte en el proceso, la definición positiva que proponemos surge a partir de una lectura del artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir del cual definimos la decisión independiente e imparcial como aquella que proviene de un proceso intersubjetivo

hermenéutico y deconstructivo de comprensión de las partes, a la cual se sigue un momento de formación del criterio propio, sustento de la decisión independiente e imparcial. Esta definición propuesta se alimenta de una concepción levinasiana del proceso que revalora la relación del juez con las partes como una relación hermenéutica e intersubjetiva con "otro" infinito que cuestiona e interpreta el ordenamiento jurídico.

5. La definición positiva de la independencia e imparcialidad permite preguntarse sobre las condiciones de posibilidad para una decisión independiente e imparcial, dentro de las cuales se ubica el sujeto juzgante independiente e imparcial, condición necesaria pero no suficiente para la decisión independiente e imparcial.

6. La exigencia de la Debida Motivación objetivada en el discurso de la resolución no nos permite por sí sola determinar la calificación transgresiva del sujeto juzgante al deber de independencia e imparcialidad, por cuanto la concepción positiva que asumimos del deber de independencia e imparcialidad nos lleva a enfocarnos dentro de la subjetividad del magistrado que resulta imposible de estructurar simbólicamente de modo total, sin embargo existen otros elementos objetivados que se advierten y puede estructurarse simbólicamente como la motivación no manifiesta pero posible/ imposible, la reiteración, el ser susceptible de definirse como un discurso mínimamente razonable para una comunidad real e ideal de argumentantes y sobre todo el argumento hermenéutico prospectivo.

7. La exigencia de una celeridad no inusitada como elemento transversal que nos permite objetivar una transgresión al deber de independencia e imparcialidad, nos lleva a definir el factor tiempo en su otra vertiente de retardo, lo que nos permite conceptuar la ausencia de presión temporal como una condición de posibilidad para la decisión independiente e imparcial.

8. La presencia de la presión temporal se contextualiza dentro de una axiología valorativa del ordenamiento social y jurídico favorable a los valores de seguridad jurídica y productividad y tienden a impedir el desarrollo de un juez no abstenido propio de un estado constitucional.

ANEXO
LISTA DE ABREVIATURAS y NEOLOGISMOS

CEPJ	Consejo Ejecutivo Poder Judicial del Perú. Organo de gestión y dirección del Poder Judicial.
CERIAJUS	Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. Creada por Ley 28083 del 04 de Octubre del 2003. Esta diseñó conforme al encargo del congreso el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia el 24 de Abril del año 2004.
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura. Órgano constitucional autónomo selector, ratificador de la magistratura con facultad de destitución. Inicialmente estatuido por la Constitución de 1979 y reformulada en la Constitución de 1993.
CPC	*Código Procesal Civil del Perú. Promulgado mediante Decreto Legislativo Nº* 768, de fecha 04 de marzo de 1992. Su Texto Único Ordenado fue aprobado con Resolución Ministerial N° 010-93 JUS.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú. Su Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 017.93 JUS publicado en el diario Oficial "El Peruano" el 02 de Junio de 1993.
LPCA	Ley del proceso contencioso administrativo, número 27584 que entró en vigencia el 15 de abril del año 2002. Su Texto Único Ordenado es el Decreto Supremo Número 013-2008-JUS.

OCMA	Oficina de Control de la Magistratura. Órgano del Poder Judicial, de competencia nacional, con facultades disciplinarias y de prevención. Fue creada por Decreto Ley Nº 21972 de fecha 25 de Octubre de 1977. Con la dación de la Ley Orgánica de 1992, se varió el nombre de este órgano contralor, denominándolo "Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial" (OCMA).
ODECMA	Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura. Órgano administrativo desconcentrado del Poder Judicial con facultades disciplinarias y de prevención a los magistrados y servidores jurisdiccionales, de competencia no nacional delimitada territorialmente.
PBIJ	Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985
PNP	Policia Nacional del Perú.
ROF	Reglamento de Organización y Funciones.
URPs	Unidades de Referencia Procesal. Unidad utilizada en el proceso judicial para la cuantificación de las tasas judiciales y las multas.
Adorniano	Adjetivo que alude al pensamiento de Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno. Filósofo nacido en 1903 en Fráncfort, Alemania y fallecido en 1969. Es considerado como uno de los máximos representantes de la Escuela de Fráncfort .
Arendtiano	Adjetivo que alude al pensamiento de Hanna Arendt, filósofa alemana, de ascendencia judía nacida en 1906 y fallecida en 1975.
Benjaminiano	Adjetivo que alude al pensamiento de Walter Bendix Schönflies Benjamin. Filósofo de origen judío alemán nacido en Berlín en 1892 y fallecido en 1940.

Derridiano Adjetivo que alude al pensamiento de Jacques Derrida, filósofo francés de origen judío sefardí, nacido en Argelia y fallecido el año 2004.

Foucaultiano Adjetivo que alude al pensamiento deMichel Foucault, filósofo francés nacido en Francia, 1926 y fallecido en 1984.

Gadameriano Adjetivo que alude al pensamiento de Hans-Georg Gadamer, filósofo alemán nacido en 1900 y fallecido el año 2002.

Habermasiana Adjetivo que alude al pensamiento de Jürgen Habermas. Filósofo representante de la "segunda generación" de la Escuela de Frankfurt.

Heideggeriano Adjetivo que alude al pensamiento de Martin Heidegger. Filósofo nacido en Messkirch, Alemania, en 1889 y fallecido en 1976. Es considerado por muchos como el filósofo más relevante del siglo XX, pese a su conocida adhesión al régimen nacionalsocialista.

Lacaniano Adjetivo que alude al pensamiento de Jacques Lacan, reconocido psiquiatra y pensador francés nacido en 1901 y fallecido en 1981.

Levinasiana Adjetivo que alude al pensamiento de Emmanuel Lévinas, filósofo de origen judío nacido en 1906 y fallecido en 1995.

Weberiano Adjetivo que alude al pensamiento de Max Weber, sociólogo alemán nacido en 1864 y fallecido en 1920.

BILIOGRAFIA Y FUENTES

ACKERMAN, Bruce. (1993). La justicia social en el estado liberal. Traducción de Carlos Rosenkrantz. Colección: "El Derecho y la Justicia". Madrid: Centro Estudios Constitucionales.

ADORNO, Theodor W. (1966). *La educación después de Auschwitz.* Conferencia originalmente realizada por la Radio de Hesse el 18 de abril de 1966. Versión digital: http://ddooss.org/articulos/textos/Theodor_W_Adorno.htm

ALEXY, Robert. (2004).*Teoría del discurso y derechos humanos.* Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho N° 1. Universidad Externado de Colombia. 1° ed. en 1995. 4° reimpr.2004. Perú: Editorial Cordillera SAC.

ALEXY, Robert. *(2007). Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 1° edición ampliada. Lima: Editorial Palestra

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2006). *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa.* 1°ed. Rosario, Argentina. Editorial Juris.

ÁLVAREZ YRALA y Otros. (2003). *Manual del sistema peruano de justicia.*Justicia Viva (Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú- Facultad y Departamento de Derecho, Jueces para la Justicia y Democracia), Lima- Perú.

APEL, Kart-Otto.(1991).*Teoría de la verdad y ética del discurso.* Introducción de Adela Cotrina. Traducción de Norberto Smilg. España: Ediciones Paidós

ARENDT, Hannah. (1967). *Sobre la Revolución.* Traducción de Pedro Bravo. España. Ediciones de la Revista de Occidente.

ARENDT, Hannah. (1993).*La condición humana.* Traducción de

Ramón Gil Novales. España: Editorial Paidós.

ARENDT, Hannah. (1997).*¿Qué es la Política?* Introducción de Fina Birulés. Ediciones Paidós Barcelona-Buenos Aires- México.

ARENDT, Hannah. *Crisis de la república.* (1999). 2da ed. España. Editorial Taurus. Traducción Guillermo Solana Alonso.

ARENDT, Hannah. La vida del espíritu (2002). Editorial Paidós Barcelona-Buenos Aires. Traducción de Carmen Corral.

ARENDT, Hannah. *(*2002). *Los orígenes del totalitarismo.*Tres Partes. Madrid, España: Alianza Editorial.

ARENDT, Hannah. (2003). *Conferencia sobre la Filosofía Política de Kant*. Traducción de Carmen Corral. Editorial Paidos. Buenos Aires

ARIANO DEHO, Eugenia. (2004) ¿Jugar a ser dioses? La discrecionalidad del juez en el Proceso cautelar. Revista. Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO el 24 de Mayo de Número 3, Año 1.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho.* Teoría de la argumentación

(1997) jurídica. 1ra. Edición. 2da.Reimpresión. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

ÁVILA, Francisco, De. (1993). Dioses y hombres de Huarochirí. Traducción de José María Arguedas. Instituto de Estudios Peruanos. Lima: [s.n.].

BALJIT SINGH SANT. (2012). “La evolución de la Conciencia”. Revista Conócete a ti mismo. De Know Thyself As Soul Foundation, International, del periodo octubre, noviembre, diciembre 2012.

BAÑO LEÓN, José María. *(1988). La distinción entre derecho fundamental y la*

garantía institucional en la Constitución Española. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año N° 8, número 24, setiembre-diciembre

BENJAMIN, Walter. (2007).*El ángel de la historia*. Documento

de Walter Benjamín en Port Bou, previo a su suicidio. Publicado en el blog virtual Safed-tzfat-Zefat: http://safed-tzfat.blogspot.com/2007/01/el-ngel-de-la-historia-walter-benjamin.html).

BENJAMIN, Walter. (2009). *La dialéctica en suspenso*. Traducción de Pablo Oyarzún. 2° ed. Santiago de Chile:Talleres de LOM.

BENTHAM, Jeremías. (1829).*Tratados de Legislación Civil y Penal. Tomo I.* Madrid: [s.n.].

BERMAN, Harold. (1996). La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

BHAGAVAD- GITA. (1992).*El Bhagavad-Gītā tal como es,* 6º ed. Barcelona: Bhaktivedanta Book Trust España.

[s.n.]. (2005).BIBLIA LATINOAMERICANA. Versión on line: http://www.pbible.org/spanish/

[s.n.]. (1987).BIBLE. The interpreters Bible in twelve volumes. Volume VII, Abingdon Press NASHVILLE. Editorial Board. Printed at: Jagjit Publishing Co. (P) Ltd. D-12, Phase VII, Ind, Area, Mohali (Pb)United States of America.

CABANELLAS, Juan José. (2009). *De la independencia del poder judicial.* Actualización del trabajo presentado por el autor ante la P.U.C.A. “Santa María de los Buenos Aires” de la Ciudad de Rosario en Diciembre del año 2.002 correspondiente a la materia “Deontología Judicial” dictada por el Sr. Prof. Dr. Rodolfo F. Vigo –”Curso de Abogado Especialista en Magistratura”. Publicado en http://www.monografias.com/trabajos71/independencia-poder-judicial/independencia-poder-judicial.shtml

CAPELLETTI, Mauro. (2010). “¿Jueces Legisladores?”. Lima - Perú: Librería

Communitas E.I.R.L. Volumen 3

CASANUEVA REGUART, Sergio E. (2006).Ética Judicial: Bases para la construcción De una ética judicial. México D.F. : Porrúa.

CASTILLO ALVA, José Luis, LUJÀN TÙPEZ, Manuel, ZAVALETA RODRIGUEZ,

Roger. *(2004). Razonamiento Judicial: Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales.* Gaceta Jurídica. Lima

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2005). *Los derechos constitucionales*. *Elementos para una teoría general.* Editorial Palestra, Lima, Perú.

CORRALES MELGAREJO, Ricardo. (2011). *Reflexiones sobre el buen juez*. Ponencia presentada al tema de la reunión de la Sociedad del Honor Judicial celebrada el 3 de Mayo de 2011 en el Salón Presidente del Supremo Tribunal de Justicia de la Judicatura Federal de Guanajuato México. Versión digital en:

https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxlZHdpbmNvcnJhbGVzbWVsZ2FyZWpvfGd4OjZhODJiZWYzZGE1N2NjOWQ

(2008). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA-Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. *II Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima

(1997). CRAIG ROBERTS, Paul y LA FOLLETTE ARAUJO, Karen. *Capítulo 5 de "The Capitalist Revolution in Latin America".* Versión digital en: *http://books.google.com.pe/books?id=IRIIL2pmkMQC&printsec=frontcover&dq=Paul+-Craig+Roberts+The+Capitalist+Revolution+in+Latin+America+en+espa%C3%B1ol&hl=es&sa=X&ei=e3BFU8itNLSW-0gHitoDoBQ&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=Paul%20Craig%20Roberts%20The%20Capitalist%20Revolution%20in%20Latin%20America%20en%20espa%C3%B1ol&f=false*

CRISTI BECKER, Renato. (1991). *Hayek, Schmitt y el Estado de Derecho.* Revista Chilena de Derecho, ISSN N° 0716-0747, Vol. 18. Nº 2.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1970), *Nuevo procedimiento civil colombiano*. Tomo I. Bogotá: Multilit Rosarista, Bogotá,

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (2004).Teoría general del proceso. 3º ed. Buenos Aires: Universidad

DEFENSORÌA DEL PUEBLO, ADJUNTÍA EN ASUNTOS

CONSTITUCIONALES (2004). Ocho Años De Procesos Constitucionales En el Perú. Los Aportes De La Defensoría Del Pueblo 1996-004.

DEFENSORÌA DEL PUEBLO, ADJUNTÍA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. (2007). *Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la Justicia en el* 2007 *Perú. Generando Consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán. Informe Defensorial Nº 109. 2ª ed*.

DERRIDA, Jacques. (1992). *Fuerza de Ley: El "Fundamento Místico de la Autoridad".* DOXA N° 11. Versión digital: http://www.biblioteca.org.ar/libros/141832.pdf

GUERRA CERRÓN Y Otros. (2007).Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia. Lima: [s.n.]

DWORKIN, Ronald. (1992). *El imperio de la justicia,* 2° ed. Barcelona: Gedisa.

Estatuto del Juez Iberoamericano. (2001). IV. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremos y Tribunales Supremos de Justicia. Santa Cruz de Tenerife. Canarias-España. 23, 24 y 25 de mayo de 2001. Versión digital:http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/estatutodeljueziberoamericano.pdf

ETO CRUZ, Gerardo. (2011). *El Juez Señor del Derecho*. Diario Oficial El Peruano, el 11 de agosto.

FOUCAULT, Michel. (1983), *La verdad de las formas jurídicas*. Traducción de Enrique Lynch. 1° Ed. México: Editorial GEDISA Mexicana.

FOUCAULT, Michel. (2002)*La hermenéutica del Sujeto*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires.Fondo de Cultura Económica

FOUCAULT, Michel. (2006). *Seguridad, Territorio, Población*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FREUD, Sigmund. (1915). *Consideraciones de actualidad sobre la guerra y la*

*muerte.*En:http://www.philosophia.cl/biblioteca/freud/1915Consideraciones%20de%20actualidad%20sobre%20la%20guerra%20y%20la%20muerte.pdf

GADAMER, Hans-Georg. (2007). *Verdad y método.* Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 12° ed. Madrid: Sígueme.

GADAMER, Hans-Georg. (*2006). Verdad y método II.* Traducción de Manuel Olasagasti ed. Madrid: Sígueme.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *(1991). ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una Nota.* En la revista electrónica de administración pública del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 124, Enero-Abril 1991.Versión digital: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=122&IDA=23730

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. (1998) . *Principios y positivismo jurídico. El no*

Positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Colección: El derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid

GAZIERO CELLA, José Renato. *(*2005). *A crítica da idéia de legitimidade em Weber e Kelsen de Habermas*. Versión digital en portugués: http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf

GOBIERNO REVOLUCIONARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS. (1968). *Proyecto*

Revolucionario Peruano –Plan Inca. Versión digital *http://lists.indymedia.org/pipermail/cmi-peru/2006- February/0203-zi.html*

GONZALES MANTILLA, Gorki. (2009). *Los jueces.* Carrera judicial y cultura jurídica. 1° Edición. Perú: Palestra

GOLDSCHMIDT, Werner. (1953). *Conducta y norma.* Valerio Abeledo editor. Buenos Aires: Librería Jurídica.

GÜNTHER, Klaus. (2005). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica.* Nómica Virtual Miguel de Cervantes. Nota sobre

edición original: Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°17-18 (1995), pp. 271-302.

HÂBERLE, Peter. (2003). *El Estado constitucional.* Universidad Nacional de Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Perú.

HABERMAS, Jürgen. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso.* Introducción y traducción sobre la 4° Ed. de Manuel Jiménez Redondo. Trotta. Madrid

HEIDEGGER, Martin. (1959) *Carta Sobre El humanismo*.Talleres de Maribel, Artes Gráficas. Madrid. 1974 *El Ser y el Tiempo.* Quinta edición. Fondo de Cultura Económica. México.

HEIDEGGER, Martin. (1996). *La Frase De Nietzsche «Dios Ha Muerto»*. Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte en Heidegger, M., Caminos de bosque, Madrid. Versión digital: http://www.nietzscheana.com.ar/comentarios/dios%20ha%20muerto.htm

HERRENDORF, Daniel. *(*1994). *El poder de los Jueces. Cómo piensan los jueces, qué piensan*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

HERRERA, Carlos Miguel. *(*1994). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución.* Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 86. Octubre-Diciembre- 1994. España. Versión digital: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27301&orden=0&info=link

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *(*2003). *El Debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas

KANT, Immanuel. (2001). *Crítica de la razón práctica.* Madrid: Mestas Ediciones.

KELSEN, Hans. *(1959).Teoría General del Estado.* Editorial Nacional. México

KIRPAL SINGH, SANT. (2003). Wheel of life. Published by: Chandigarh Ruhani Satsang Society, Ruhani Satsang, Manav Kendra Chandigarh . India. Printed at – India. First Edition 1965 latest Edition 2003.

KIRPAL SINGH, SANT. (2004) El Sendero Sagrado. México.Edition Naam.

KLAUSNER GEDALÍAS, JOSEPH. (1991). "Jesus de Nazaret". Madrid: PaidosOrientalia.

KRISHNA - DVAIPAYANA VYASA. (1990). El Srimad Bhagavatám Third Canto. Ing. Marcos Zafarani. Fondo Editorial Bhaktivedanta.

LACAN, Jacques. *(*1956). *Fetichismo: Lo simbólico, lo imaginario y lo real.* Traducción de Leonel Sánchez Trapani, tomada de www.acheronta.org/acheron15.htm.

LACAN, Jacques. *(2010) Escritos 1 y Escritos 2.* Traducción de Tomás Segovia. 2° ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

LE FUR. (1967) *Los fines del Estado.* Traducción de Daniel Kuri. 4º ed. Manuales Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México.

LEVINAS, Emmanuel. (2001). *Entre Nosotros. Ensayos para pensar en otro.* Traducción de José Luis Pardo. Editorial Pre-Textos. España.

LEVINAS, Emmanuel. (2002).*Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Sígueme. 6° ed. Versión digital del libro: totalidad-e-infinito_ocr.pdf http://escuelacriticavaldiviana.files.wordpress.com/2012/06/levinas-1961-

LUJÁN SEGURA, Helder. (2005). *A propósito de la Ley que regula el Proceso*

Contencioso Administrativo; Legislativo y Judicial, ¿Colisión de Poderes? Suplemento Jurídica N° 64, Diario Oficial El Peruano, de fecha 20 de Setiembre de 2005. Lima-Perú. Versión digital: http://www.elperuano.com.pe/edicion/juridica.aspx

LLOSA BUENO, Claudia. (2010). *La Teta Asustada*. Guión Escrito. Incluye Dossier Crítico. Lima: Norma.

MACEDO CUENCA, Juan Ricardo. (2001). *Propuesta Innovativa. La delegación de funciones jurisdiccionales como afectación a los principios de independencia e imparcialidad*. Lima: Academia de la Magistratura.

MACLEAN UGARTECHE, Roberto. (2004). Jesús de Nazaret y su Intento de Reformar la Justicia en Israel. Revista Del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Número 2. Año CX. Páginas 45-88. Lima.

MARITAIN, Jaques. (1952). *El hombre y el Estado.* Editorial Guillermo Kraft Limitada. Traducción por Manuel Gurrea. Buenos Aires-Argentina.

MARITAIN, Jaques. (1966). *Humanismo Integral.* Traducción por Alfredo Mendizábal. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé.

MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. (2004). *La independencia judicial.* Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid: [s.n.].

MASSINI CORREAS, Carlos.(2004).*Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie de Estudios Jurídicos N° 56. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Versión digital en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1339/1.pdf

MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis.(2007). *La independencia judicial como prohibición de instrucciones a jueces y magistrados en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en el derecho español*. En: Estafeta Jurídica Virtual, publicación de fecha 25 de agosto del 2007 en el Portal de la Academia de la Magistratura.

MEROI, Andrea A. (2007).*Iura Novit Curia y Decisión Imparcial.* Revista Ius et Praxis N°13(2): 379-390. Buenos Aires: Talca. Versión digital: http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art15.pdf

MONROY GÁLVEZ, Juan. *(2008). Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional.*

En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 10, julio-diciembre.

MONROY PALACIOS, Juan. (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima:* Comunidad.

MONTERO AROCA, Juan. (1990). *Independencia y responsabilidad*, Civitas, Madrid,[s.n.].

MONTESQUIEU. (1984). *Del espíritu de las leyes*. Traducción

de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Colección Los grandes pensadores. Madrid: Sarpe.

MORALES PARRAGUEZ, Segundo. (2008). *La corrupción busca utilizar el Poder Judicial mediante decisiones judiciales.* Publicado en la Revista de la Oficina de Control de la Magistratura. Proyecto de Mejoramiento de Servicios de Justicia: «La función disciplinaria en la administración de justicia. Una visión comparada». Edición autorizada por la Presidencia del Poder Judicial. Lima – Perú. Versión digital en: http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/3540/3/BVCI0003225_1.pdfhttp://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/3540/7/BVCI0003225_5.pdf

NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. (2004). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y Auxiliares de Justicia Elaborado por la Academia de la Magistratura. 1ra. Edición. Lima. Publicado en: http://issuu.com/chikyrock/docs/books

OÑATE Y ZUBIA, Teresa. *(2003).*Presentación videográfica en formato *DVD:*

Gadamer, Memoria de un siglo. Facultad de Filosofía de la UNED. Madrid – España Versión digital:https://www.youtube.com/watch?v=sZWI6I2R2Vo

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *(2008). Informe: Objetivos del*

Desarrollo del Milenio. Versión digital: http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2008_SPANISH.pdf

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDADES CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. (2013). *Comentario relativo sobre los Principios de Bangalore sobre la conducta Judicial.*Versión digital*:* https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121 SPAN_eBook.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE MIGRACIONES. *(2008). Informe sobre las*

migraciones en el mundo: La Gestión Sobre la Movilidad Laboral en una economía mundial en plena evolución. Versión digital: http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR08_SP.pdf

PASHUKANIS, Evgueni Bronislavovich. (1976). *Teoría General del Derecho y*

Marxismo. 2da edición soviética. Madrid: Labor.

PECES BARBA, Gregorio. (1980).*Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, 3ra edición, Madrid: [s.n.].

QUISPE SALSAVILCA, David Y OTROS. *El proceso contencioso administrativo. Reflexiones y praxis Desde la toga*. Lima: Cultural Cuzco.

QUISPE SALSAVILCA, David Percy. *(2005). Judges Wars: La génesis del nuevo proceso contencioso administrativo* En: Jurídica, suplemento del diario El Peruano, N° 53, Año 2, 05/07/05, pág. 10.

QUISPE SALSAVILCA, David Percy. (2011). *Crítica a la Tutela Abstenida.* Revista Justicia y Derecho. Año 4, N° 6. Julio. Lima. Versión digital: http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/critica%20a%20la%20tutela%20 abstenida.pdf

RAWLS, John. *Teoría de la justicia.* (1995). Traducción de María Dolores González.2° ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2001). 22° ed. Versión digital: http://lema.rae.es/drae/?val=imparcialidad

RECASÉNS SICHES, Luis. (1939).*Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: La Casa de España en México.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. (1985). *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*. 2 ed. Madrid: Artes Gráficas Benzal.

ROJAS VARGAS, Fidel. *(2007)*. *Los delitos de corrupción de funcionarios en el ámbito de administración de justicia.* En: Técnicas de Investigación de la Corrupción en la Administración de Justicia, Noviembre del 2007. Versión digital:

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9F0C75BB0249CA5A05257C290073CF65/$FILE/Tec_Inv_Corrup.pdf

ROMBOLI, Roberto. (2005). *El Juez preconstituido por ley. Estu-*

dio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano. Lima: Palestra editores.

ROSTWOROWSKI TOVAR, María. (1992). Pachacamac y el Señor de los Milagros. Una Trayectoria Milenaria. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Pachacutec Inca Yupanqui.(2001). Obras Completas. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

SANTIDRIÁN, Pedro R. (1997). *Vida de Santo Tomás Moro.* Colección vidas breves. Madrid: San Pablo.

SANTOS ARNAIZ, José Kaufman. (2006). *En la Deriva de la Filosofía Jurídica Alemana de la Posguerra*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid: Departamento de Derecho Público II (Área de Filosofía de Derecho).

SCHMITT, Carl. (1934). *Teoría de la Constitución,* Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Derecho Privado.

SCHMITT, Carl. (2009).Teología Política, traducido por Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta

STRECK, Lenio Luiz. (2009). Verdad y Consenso. Lima: ARA editores

TARUFFO, Michele. (2006). *La motivación de la sentencia civil.* Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.

TRAZEGNIES, Fernando, de. (1992). *La idea del derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Segunda Edición. Lima – Perú.

CIRIACO DE URTECHO. (1995) . *Litigante por Amor*. 3° ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VALMIKI, *El Ramayama.* (1963). Madrid: Clásicos Bergua.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. (2001). *Independencia versus control del Poder Judicial.* Artículo presentado para su discusión en la Conferencia Internacional de Expertos so-

bre Transición y ConsolidaciónDemocráticas, organizada por la Gorbachev Foundation for North America y la Fundación para las Relaciones Internacionales y del Diálogo Exterior (FRIDE). Madrid, España, 19 y 20 de octubre de 2001. Versión digital: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ind_control.pdf

VATTIMO, Gianni. (1996). Creer que se cree. Versión digital:http://es.scribd.com/doc/203577992/Creer-Que-Se-Cree-Gianni-Vattimo

GIANNI. AN-DENKEN. (1998). El pensar y el fundamento. Traducción de Juan Carlos Gentile en Gianni Vattimo, Las aventuras de la diferencia. Pensar después de Nietzsche y Heidegger. Barcelona, Península.

VIOTTO, Piero. (2004). *Una concepción evangélica de la democracia.* Entrevista concedida a Zenit.Org, publicada en la página web del mismo nombre. Artículo preparado por la Asociación Libro Libre el 23 de marzo de 2004. Innovative Media Inc. Derechos registrados. Versión digital: http://www.zenit.org/es/articles/jacques-maritain-una-concepcion-evangelica-de-la-democracia

WEBER, Max. (1919) *La Política de la Convicción*. Alianza Editorial. Madrid.

Versión digital: http://disenso.info/wp-content/uploads/2013/06/La-poltica- como-vocacion-M.-Weber.pdf.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad.* (1984). Fondo de Cultura Económica. 7° reimpresión. México, D.F. Traducción de: José Medina Echevarría , Juan Roura Parella, Eugenio Imaza, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora.

WEBER, Max. (1991) . *Escritos Políticos*. Alianza Editorial. Madrid.

WITTGENSTEIN, Ludwing. (2004). *Investigaciones Filosóficas.* Instituto de Investigaciones filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México. 3° ed. Madrid: Crítica.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* 2ª ed. Traducción de Marina Gascón Colección Estructuras y Procesos. Valladolid: Trotta.

Otras fuentes:

Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura.

- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N°478-2010-CNM .San Isidro, 30 de diciembre de 2010
- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N°214-2010-PCNM. P.D. N°037-2008-CNM. San Isidro, 25 de junio de 2010
- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 078 - 2011-CNM. San Isidro, 23 de febrero de 2011
- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N°245 - 2010-PCNM. P.D N°041-2009-CNM. San Isidro, 5 de julio de 2010
- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 511–2011–PCNM. Lima, 25 de agosto de 2011
- Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura. N° 321-2010-PCNM. Lima, 6 de setiembre de 2010

Periódico Oficial "El Peruano".

- 03/06/2008. «Piden a la OCMA evitar mal uso de las medidas cautelares.» Sección Derecho. Página 14
  http://www.elperuano.com.pe/edicion/Default.aspx# Sección Ediciones Anteriores
- 04/06/2008. «Es necesaria una reforma de justicia». Sección Política. Página 6
  http://www.elperuano.com.pe/edicion/Default.aspx# Sección Ediciones Anteriores
- 08/06/2008. «OCMA defiende a la PNP».
  Sección Política. Página 4
  http://www.elperuano.com.pe/edicion/Default.aspx# Sección Ediciones Anteriores
- 03/01/2013. Para malos trabajadores.
  http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-para-malos-trabajadores-500.aspx

- 02/01/2013. Enrique Mendoza asume hoy la presidencia del PJ. http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-enrique-mendoza-asume-hoy-presidencia-del-pj-474.aspx

- 20/01/2013. Demandan a jueces mejorar desempeño. http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-demandan-a-jueces-mejorar-desempeno-1085.aspx

Diario "Expreso".

- 04/06/2008. «Jueza defiende su fallo contra viento y marea». Página 2

- 04/06/2008. «Ministra ejerció su derecho ciudadano». Página 8

- 06/06/2008. «El Poder Judicial sí puede pronunciarse sobre ascensos». Página 11

Diario "Correo".

- 04/06/2008. «Anuncia Alva Castro irán al TC». Página 5

Diario "La República".

- 04/06/2008. «Precisiones». Página http://www.larepublica.pe/impresa/larepublica-lima-04-06-2008

- 05/06/2008. «Habla Jueza de los Policías». Sección Política. Página 7 http://www.larepublica.pe/impresa/larepublica-lima-05-06-2008

- 05/06/2008. «Policías reclaman por ascensos». Sección Política. Página 6 http://www.larepublica.pe/impresa/larepublica-lima-05-06-2008

Diario "Peru21".

- 04/06/2008. «Para la OCMA, Titular de justicia armó un show». Sección Política. Página 6

- 05/06/2008. «Ministro no acatará fallo que asciende a oficial PNP». Sección Política. Página 8

Diario "La República".

- 04/06/2008. «Para la OCMA, titular de Justicia armó un show». Reportaje de Roberto Cáceres. Página 6.

- 05/06/2008. «Ministro no acatará fallo que asciende a oficial PNP». Sección Política. Página 8

Sentencias del Tribunal Constitucional.

- STC N° 0006-1996-AI/TC
- STC N° 0023-2003-AI/TC
- STC N° 0004-2004-CC/TC.
- STC N° 0090-2004-AA/TC
- STC N° 2465-2004-AA/TC
- STC N° 3361-2004-AA/TC
- STC N° 0004-2006-PI/TC.
- STC N° 1480-2006-AA/TC
- STC N° 8623-2006-PA/TC
- STC N° 00728-2008-PHC/TC
- STC N° 00728-2008-PHC/TC

COLOFÓN

por

J. María Elena Guerra Cerrón[575]

"No es ocioso destacar esta situación cuando se hace una introducción a un libro sobre independencia judicial. Éste no es un derecho de los jueces, sino más propiamente, un derecho de los ciudadanos y ciudadanas. Los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados por un juez o tribunal independiente –y protegidos por un Fiscal imparcial-porque sólo así será aplicada la ley sin influencias extravagantes de Derecho , sin presiones externas , sin poderes fácticos ,externos o internos al proceso, que desfiguren la decisión intelectual objetiva del juzgador al resolver el conflicto de intereses planteado."

Diego López Garrido[576]

La oportunidad de integrar el jurado para la evaluación de la tesis del Juez Superior David Quispe Salsavilca - a quien me referiré como el investigador o el autor- para optar el grado de doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, me permitió conocer su trabajo denominado "El deber de independencia e imparcialidad. Su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional".

Se trata de un tema bastante complejo, y que exige un alto grado de análisis y reflexión.

Mi lectura y análisis de la investigación fue sin duda como docente universitaria, pero mi mayor reflexión fue como integrante del

575 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Doctora en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. Ex juez civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fiscal Superior Civil .

576 Catedrático de la Universidad Castilla La Mancha-España, en el prólogo hecho al libro " La Independencia Judicial" de María Luz Martínez Alarcón, Cuadernos y debates 159, Centro de Estudios prácticos y constitucionales, Madrid 2004, p.15

Sistema de Justicia, ya que durante muchos años me desempeñé primero como Juez de Paz Letrado, y luego como Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, y actualmente pertenezco al Ministerio Público como Fiscal Superior Civil. No puedo dejar de señalar que parte de mi reflexión también fue como ciudadana, puesto que el tema involucra al destinatario final del servicio de Justicia, producto del ejercicio de una función independiente e imparcial.

Para describir y explicar cómo percibo este tema complejo voy a recurrir a una metáfora, la de un "laberinto". Del laberinto, se dice que es un lugar de difícil acceso y tránsito; o un lugar formado por calles y encrucijadas, intencionadamente complejo para confundir a quien se adentre en él; o un espacio, con una entrada y una salida en distintos lugares, que está constituido por calles o caminos muy parecidos que se entrecruzan y se disponen de tal manera que resulta difícil orientarse para alcanzar la salida.

En primer lugar uso la metáfora para explicar la función jurisdiccional, y así encuentro que la entrada al "laberinto" es a través del pedido de tutela judicial, y la salida es la solución final que brindan los jueces; los caminos muy parecidos que se entrecruzan son los procesos y procedimientos, además son los criterios e interpretación de los textos legales (normas) que pueden ser diferentes incluso frente a supuestos fácticos similares. Los procesos, sus estructuras, los plazos, y los diferentes criterios e interpretaciones no hacen fácil el entendimiento de la función jurisdiccional. En este contexto ocurre; algunas veces, que frente a decisiones parecidas, una decisión es celebrada por la sociedad civil, y en otras hay expresiones de repudio, siendo estas calificaciones trasladadas al juez o jueza y a la propia institución para bien; y para mal.

En segundo lugar, la metáfora me sirve para explicar la complejidad de la tarea para responder al siguiente problema principal que ha sido formulado por el investigador: ¿si es posible realizar un control ex post al actuar jurisdiccional, específicamente un control a la expedición de una resolución, que logre determinar la falta de independencia e imparcialidad de un Magistrado, sin que ello signifique una atribución de responsabilidad de carácter penal?, e igualmente el problema respecto a ¿cuáles son los criterios o contenidos objetivos de los principios de independencia e imparcialidad?

Ante a este "laberinto" el autor se ha impuesto la tarea de encontrar el camino adecuado para entender la función jurisdiccional

y para dar contenido a los principios de independencia e imparcialidad. El autor señala que parte de una autocomprensión de su labor como juez en una Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, del reconocimiento de una presencia de una presión temporal, de un esperado activismo judicial en la especialidad contencioso administrativa por la naturaleza de las pretensiones, y de la exigencia – por un lado- de seguridad jurídica y por otro lado, de productividad.

La inquietud del investigador para desarrollar este trabajo tiene su fuente en un acontecimiento en el año 2007, cuando dos juezas suplentes fueron objeto de procedimientos disciplinarios, el resultado fue el de la destitución de una de ellas. Así, David Quispe S. también se pregunta ¿cuál es la razón o fundamento para que la sociedad civil acepte y celebre una decisión que está en contra del texto de la ley, y por lo tanto no haya sanción; sin embargo, en otra decisión (parecida) sí exista un procedimiento disciplinario con una medida provisional de abstención que termine con la destitución de una magistrada?.

El autor marca distancia con un determinado método o diseño de investigación como tradicionalmente suele hacerse. Lo que ha hecho es sumar diferentes métodos dando relieve a una actitud de compromiso del investigador con su objeto, no sólo se trata de un objeto de estudio sino de la comprensión del mismo. Aquí debo destacar la cultura del autor en Filosofía, disciplina que da un gran valor agregado a este trabajo, lo que se comprueba con una revisión de la vasta bibliografía revisada. Son ocho los casos que han servido para el análisis y para resolver los problemas de investigación.

El problema principal de si ¿es posible realizar un control ex post al actuar jurisdiccional, específicamente un control a la expedición de una resolución, que logre determinar la falta de independencia e imparcialidad de un Magistrado, sin que ello signifique una atribución de responsabilidad de carácter penal?, ha sido respondido de manera positiva.

La respuesta que se transmite es que los deberes de independencia e imparcialidad del juez deben manifestarse a través de argumentos sostenibles en una "debida motivación", para lo cual se enumeran una serie de criterios para su evaluación. Hace la precisión o un llamado si se quiere a los órganos de control de la Magistratura, a fin que con criterios objetivos se defienda la independencia e imparcialidad del magistrado.

El autor, entre otros, desarrolla la redefinición de independencia

e imparcialidad (numeral 25.18.3) y establece una máxima: "Comprende a las partes, forma tu criterio y decide según tu conciencia", todo ello sin interferencias externas. Es recomendable leer la Resolución de fecha 22 de enero de 2010 en el proceso disciplinario N° 011-2009-CNM seguido al doctor Luis Miguel Armijo Zafra, por su actuación como Juez del Décimo Primer Juzgado Civil - Sub Especialidad Comercial del Distrito Judicial de Lima, que es uno de los casos que ha sido analizado por el investigador.

En cuanto a ¿cuáles son los criterios o contenidos objetivos de los principios de independencia e imparcialidad?

El autor ha alcanzado el objetivo de su trabajo, ya que de forma sencilla concluye y transmite cuáles son los contenidos o criterios objetivos de la independencia e imparcialidad, esto es, la debida motivación y el factor tiempo en su vertiente de inusitada celeridad. El autor reclama una definición positiva- dejando atrás el modo negativo que ha construido tradicionalmente la doctrina-. Afirma que "La definición negativa de independencia e imparcialidad resalta el hecho de predicarse como la cualidad de un sujeto que no depende de otro y que no es parte en el proceso, la definición positiva que proponemos surge a partir de una lectura del artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir del cual definimos la decisión independiente e imparcial como aquella que proviene de un proceso intersubjetivo hermenéutico y deconstructivo de comprensión de las partes, a la cual se sigue un momento de formación del criterio propio, sustento de la decisión independiente e imparcial."

Estos contenidos son esenciales, como elementos objetivos para que el magistrado pueda hacer su propia evaluación, y para los órganos de control funcional, e igualmente para neutralizar presiones sociales o mediáticas y criterios subjetivos.

Respecto al problema ¿cuál es la razón o fundamento para que la sociedad civil acepte y celebre una decisión que está en contra del texto de la ley; pero que en otro caso (parecido) exista un procedimiento con una medida provisional de abstención que termine en la destitución?

Este problema se resuelve-en resumen cuando se desarrolla el factor tiempo en la casuística de la jurisdicción contenciosa administrativa (numeral 26.2) . El caso de reproche no es por una indebida motivación sino por una supuesta inusitada celeridad, aún cuando la explicación ex post de la magistrada era que debía resolver en un plazo razonable sin dilaciones indebidas, prescindiendo de formalismo inútiles.

Es difícil, por no decir improbable dar respuestas o ensayar respuestas a las preguntas-problema formuladas por el autor, si antes no se ha leído este trabajo.

David Quispe Salsavilca nos impone un desafío, ya que al leer su trabajo no podemos tomar distancia de los objetos, esto es, que no hay que considerarlos como simples objeto de estudio y observación, sino que tenemos que asumir un compromiso con los mismos y comprenderlos. Sólo así podremos estar en posibilidad de identificar el camino adecuado en este entorno de "laberinto" funcional y conceptual. El desafío es para aquellos que forman parte de la Magistratura y que día a día, en el ejercicio de la función- invocan el artículo 139 de la Constitución Política sobre principios y derechos de la función jurisdiccional; pero que muchas veces no se han puesto a pensar en cuál es el contenido de la independencia y de la imparcialidad, quedándose tal vez, en un marco ético, que finalmente puede resultar subjetivo y perjudicial para ellos y para los ciudadanos.

A partir de ahora viene una tarea pedagógica y de difusión de este trabajo, para generar un efecto multiplicador de conocimientos y de más reflexiones que puedan contribuir a ese gran objetivo que se planteó David Quispe: contribuir al logro de una mayor legitimidad frente a la sociedad civil.

Impreso en los talleres gráficos de
CESPEDESGRAF S.A.C.
Av. Argentina N° 975 - Lima • Telf. 424 0691
jcespedes@cespedesgraf.pe
produccion@cespedesgraf.pe