

JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA:

FORTALECIENDO SU ROL EN LA DEMOCRACIA

José Enrique Sotomayor Trelles
(coordinador)

**Junta Nacional de Justicia:
fortaleciendo su rol en la
democracia**

**José Enrique Sotomayor Trelles
(coordinador)**

Junta Nacional de Justicia: fortaleciendo su rol en la democracia

**José Enrique Sotomayor Trelles
(coordinador)**

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Elmer Arce Ortíz

Directora del CICAJ-DAD

Betzabé Marciani Burgos

Consejo Directivo del CICAJ

Renzo Cavani Brain

Gilberto Mendoza del Maestro

Arelí Valencia Vargas

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Ana Lucía Montenegro Chaupis

Josué David Ochoa Guevara

Celia Mercedes Cárdenas Eguizabal

Genesis Mendoza Lazo

Junta Nacional de Justicia: fortaleciendo su rol en la democracia

Coordinador: José Enrique Sotomayor Trelles

Imagen de cubierta: PriceM/Shutterstock.com

Primera edición digital: Mayo de 2025

© De los autores de los trabajos publicados

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú

Departamento Académico de Derecho

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/>

Corrección de estilo: Parte de la corrección de estilo fue realizada por Loreta Alva Mansilla y María Gracia Tamara Minaya Chávez y parte por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Diseño: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156-164 - Breña

tareagrafica@tareagrafica.com

Mayo 2025

En la edición de la presente publicación se ha intentado de hacer la menor cantidad de cambios posibles para mantener la manera más fidedigna los textos de los/as autores/as.



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons de tipo Reconocimiento-NoComercial-SinDerivados 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2025-03699

ISBN: 978-612-49809-2-3

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN	9
Una reforma constitucional inconvencional. Breve repaso al origen del procedimiento de ratificación de jueces y fiscales, análisis crítico de la sentencia del Expediente N.º 00940-2022-PA/TC y aplicación del control de convencionalidad a una reforma de la Constitución <i>Niels J. Apaza Jallo</i>	11
Policía Nacional del Perú y Derechos Humanos: Balance y perspectivas sobre el accionar policial en el marco de protestas sociales por la sucesión presidencial (2020 y 2022-2023) <i>César Bazán Seminario</i>	53
La atribución de ratificación de jueces y fiscales a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Javier Alonso De Belaunde De Cárdenas</i>	83
La Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial: participación ciudadana y modelo democrático <i>Ernesto de la Jara</i>	123
Elementos para la determinación de la idoneidad moral en el perfil de los miembros de la JNJ <i>Fernando Del Mastro Puccio y Cindy Quispe Valencia</i>	157
Estándares internacionales de derechos humanos relevantes para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Junta Nacional de Justicia del Perú <i>Úrsula Indacochea Prevost</i>	195
La labor del Ministerio Público en la lucha contra la corrupción desde un enfoque de derechos humanos <i>Yvana Lucía Novoa Curich</i>	217
Acceso a la magistratura en el Perú: selección y perfil idóneo de magistrados <i>Luis Pásara</i>	245
Hacia la aplicación efectiva del pluralismo jurídico igualitario en el Perú <i>Raquel Z. Yrigoyen Fajardo</i>	273

PRESENTACIÓN

A contrapartida del optimismo que se expresaba en las presentaciones de los anteriores volúmenes del presente proyecto, la actualidad de la Junta Nacional de Justicia (JNJ) como institución es compleja. Se puede decir que la joven institución se encuentra bajo un asedio constante por parte de fuerzas políticas diversas, y que por ende su estabilidad y continuidad está en entredicho.

A fines de octubre de 2024 se anunció la nueva conformación de la JNJ para el periodo 2025-2030, luego de un proceso de selección liderado desde la Defensoría del Pueblo. Este proceso ha sido criticado desde diversos frentes de la sociedad civil debido a su premura, poca transparencia y poca difusión frente a la ciudadanía. A ello se suma una denuncia periodística sobre la entidad encargada de elaborar el examen para el concurso público de candidatos al cargo.

Más allá de la idoneidad o no idoneidad de las personas seleccionadas para ser miembros, lo que resulta criticable del proceso es su incompatibilidad con premisas básicas de una sociedad democrática, tales como la necesidad de discutir asuntos públicos y tener tiempo para emprender un diálogo social que involucre a los sectores interesados. Esta es una forma de mantener el poder comunicativo propio de sociedades que apelan a instituciones democráticas, y lamentablemente no ha estado presente en este caso.

En este preocupante escenario, presentamos el presente volumen como un intento de retomar la conversación pública con relación a la importancia y funciones de la JNJ para la sociedad peruana.

Lima, noviembre de 2024

**UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INCONVENCIONAL.
BREVE REPASO AL ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO DE
RATIFICACIÓN DE JUECES Y FISCALES, ANÁLISIS CRÍTICO
DE LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE N.º 00940-2022-PA/TC Y
APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A UNA
REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN¹**

Niels J. Apaza Jallo²

I. Introducción

La Constitución, desde el 10 de enero de 2019³, establece –en el inciso 2 de su artículo 154– que los magistrados “no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”. Es decir que, a partir de una interpretación literal de la Constitución, aquellos magistrados que fueron objeto de un procedimiento de evaluación integral y ratificación –luego 7 años de haber prestado servicios– y como consecuencia del mismo no fueron ratificados en el cargo, o aquellos jueces o fiscales que fueron objeto de un procedimiento disciplinario y como consecuencia de tal fueron destituidos, no podrían reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.

Sin embargo, tal interpretación literal de la Constitución genera la duda sobre si esta es la única alternativa posible, pues, por ejemplo, dicha norma fundamental también establece –en su artículo 142– que “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones” (JNE); no obstante, el Tribunal Constitucional –con referencia a tal disposición constitucional– estableció que “cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”. Es más, señaló que “este criterio constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos”⁴ (Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, punto resolutivo 2).

Incluso si acudimos al criterio de interpretación histórica nos damos cuenta de que el contexto en el que actualmente vivimos es totalmente distinto (i) al momento histórico en el cual se creó el procedimiento de ratificación de jueces y fiscales, (ii) el periodo en el que se

1 Una versión previa de este trabajo fue revisada por el profesor Enrique Sotomayor Trelles, a quien agradecemos su siempre amable colaboración, así como sus valiosas observaciones y sugerencias.

2 Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, integrante de la asociación civil Constitucionalismo Crítico y miembro del Grupo de Investigación sobre Teorías de la Justicia y Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: niels.apaza@pucp.edu.pe

3 En que se publicó la reforma constitucional del artículo 154 de la Constitución (Ley N.º 30904).

4 Un ejemplo similar es el primigenio inciso 3 del artículo 154 de la Constitución, que establecía que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura eran inimpugnables. El Tribunal Constitucional, al respecto, estableció que “las resoluciones del CNM en materia de destitución podrán ser revisadas en sede judicial [...] cuando sean expedidas sin una debida motivación y sin previa audiencia al interesado” (Expediente N.º 04310-2015-PA/TC, f.j. 8). Es más, este criterio fue ratificado con relación al actual inciso 3 del artículo 154 de la Constitución, en el Expediente N.º 01249-2018-PA/TC.

incorporó la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar a la administración de justicia o (iii) los periodos históricos en los cuales se realizaron grandes procesos de ratificación con fines políticos, según el siguiente recuento histórico general:

- En la Constitución de 1920 –siguiendo lo dispuesto en la Ley N.º 4000⁵ (1919)– se incorporó el procedimiento de ratificación de jueces como un mecanismo del gobierno de Augusto B. Leguía para “controlar la independencia judicial”, aun cuando después “no fue empleado por Leguía como una práctica de purga del Poder Judicial” (Ramos Núñez, 2015, pp. 132-166), debido a que la renovación de la Corte Suprema se produjo por causas naturales. En aquel momento aún no se estableció que los magistrados no ratificados estaban impedidos de reingresar a la función judicial.
- En la Constitución de 1933 nuevamente se hizo referencia a los procedimientos de ratificación de jueces y, además, se incorporó la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar a la labor jurisdiccional⁶.

Esta incorporación no fue fortuita. Luego de la dictadura de Augusto B. Leguía, donde varios jueces realizaron una labor política importante (como es el caso del entonces juez supremo Germán Leguía y Martínez, primo de Augusto B. Leguía⁷, que en su momento fue presidente del Consejo de Ministros), Luis Sánchez Cerro decretó el “juzgamiento de los actos de la dictadura y la declaración de responsabilidad de quienes cooperaron con el mantenimiento del régimen antijurídico” y, como consecuencia de ello, dispuso una ratificación extraordinaria de todos los magistrados de primera y segunda instancia (Decreto Ley N.º 6875, 1930, considerando y 3). Por lo mismo, la Constitución de 1933 buscó que los magistrados no ratificados –que fueron parte o colaboraron con la dictadura de Leguía– no puedan reingresar a la labor judicial o fiscal.

- Los procedimientos de ratificaciones que tenían una inequívoca intención política, además del realizado por Sánchez Cerro (1930), fueron los “de Velasco en 1969, Belaunde en 1980 y Fujimori en 1992” (Ramos Núñez, 2015, p. 195), cuyos contextos históricos –casi todos autoritarios– también fueron distintos al actual: Juan Velasco Alvarado, en el denominado Gobierno Revolucionario, cesó a los vocales y fiscales de la Corte Suprema y dispuso la realización de un procedimiento de ratificación extraordinaria (1969); Fernando Belaúnde, en su segundo gobierno, destituyó a más de doscientos magistrados (1980 a 1982); y, Alberto Fujimori, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, decretó el cese de 13 jueces supremos y dispuso la realización de un procedimiento de ratificación de los jueces (1992)⁸.

5 Esta Ley estableció que “Los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia serán ratificados por la Corte Suprema, cada cinco años” (artículo 152).

6 Esta Constitución estableció que “La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial” (artículo 224).

7 Como señaló Frisancho (1946, pp. 86-87), “En el segundo período de gobierno de don Augusto B. Leguía fue llamado para ejercer el ministerio de Gobierno un vocal de la Corte Suprema, primo del presidente, Dr. Germán Leguía y Martínez; fue él el que indirectamente hizo intervenir en la política al Poder Judicial. Este fue el punto inicial de la pendiente por la que rodaron los miembros del Poder Judicial en el Perú; más hondamente afectó el cáncer del envilecimiento a los jueces de primera y segunda instancia con la prescripción de las ratificaciones consignadas en la Constitución Política de 1920”.

8 Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N.º 18060 (1969), cesó a los vocales y fiscales de la Corte Suprema y dispuso que la Corte Suprema –“en vía de ratificación extraordinaria”– se pronuncie “sobre la continuidad o

Por lo tanto, a partir de lo preliminarmente expuesto, es natural que surja en nosotros la duda de si debemos de interpretar el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución de forma literal⁹ o histórica¹⁰, considerando además que el Tribunal Constitucional tiene establecido que la interpretación constitucional “tiene ciertas particularidades en atención a la norma que se pretende interpretar”¹¹ (Expediente N.º 01619-2023-PA/TC, f.j. 7), que “existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde incluso se ha dicho que una interpretación literal y aislada de una disposición constitucional puede más bien ser una alternativa inconstitucional”¹² (Expediente N.º 05811-2015-HC/TC, f.j. 5) y que “en materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación” (Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, f.j. 5).

El Tribunal Constitucional, por su parte, en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024), interpretó el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución de forma literal y no tuvo presente lo antes expuesto –entre otros argumentos que en nuestra consideración son relevantes–, por

cese en el cargo de todos y cada uno de los Jueces y Vocales de la República, así como de los miembros del Ministerio Público”. De otro lado, “durante el segundo gobierno de Fernando Belaúnde, entre 1980 y 1982, se efectuó una nueva purga de vocales supremos y la destitución posterior de más de doscientos magistrados” (Calderón Puertas, 2022, 00:09:52). A su turno, Alberto Fujimori, mediante el Decreto Ley N.º 25423 (1992), dispuso el cese de 13 jueces supremos y después ordenó que nueva Corte Suprema realice un procedimiento de ratificación de jueces. Concretamente dispuso que “en el seno del Tribunal Supremo se forme una comisión de tres vocales, quienes con la ayuda de la Oficina General de Control Interno (inspección de Tribunales), deben evaluar a los vocales y jueces y presentar un informe a la Sala Plena para que, como jurado, decida la suerte de todos los integrantes de la judicatura” (San Martín Castro, 1992, p. 67).

9 Savigny diría, al respecto, que los criterios de interpretación gramatical, lógico, histórico y sistemático no son “cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razón lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos” (1840/1878, p. 150). Por su parte, Häberle diría que “puede considerarse al método comparativo como el quinto método de interpretación” (Expediente N.º 01619-2023-PA/TC, f.j. 9).

10 En la historia esta duda siempre estuvo presente. Ramos Núñez, por ejemplo, comenta que “la Corte Superior de Ayacucho consultó a la Corte Suprema si [los magistrados] no ratificados, conforme al artículo 152º de la Constitución de 1920, podían ser llamados como suplentes y considerados en ternas para jueces o agentes fiscales de provincias distintas de aquellas en que tuvieron jurisdicción”, ante lo cual la Sala Plena de la Corte Suprema les indicó que “El cese en el empleo [no ratificación] hace imposible su designación ulterior para suplentes de primera o segunda instancia; y menos pueden ser considerados en ternas para otros distritos, porque ello importaría proceder contra lo resuelto por el superior jerárquico” (2015, pp. 166-167).

11 La Constitución es una norma política, encierra determinadas opciones axiológicas, es un conjunto articulador y tiene disposiciones incompletas con variado grado de precisión y flexibilidad (Expediente N.º 01619-2023-PA/TC, f.j. 7). En otro momento el Tribunal Constitucional precisó la Constitución es una norma *sui generis*: “Una de las formas en que se expresa esa singularidad tiene que ver con su doble naturaleza ya que es, por un lado, una norma política que organiza los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico que es encarnación de los valores comunitarios [...] Pero, de otro lado, también la Constitución es, simultáneamente, una norma jurídica en la medida que es fuente directa y primordial del derecho y también fuente de las demás fuentes en la medida que ordena el modo de producción jurídica” (Expediente N.º 00013-2020-PI/TC, f.j. 6 y 7).

12 En otro momento precisó que “en materia de interpretación de los derechos fundamentales, siendo importante el criterio de la literalidad para comprender el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, éste, por sí sólo, es insuficiente para brindar una respuesta constitucionalmente adecuada” (Expediente N.º 0858-2003-AA/TC, f.j. 12). Es más, agregó que “una visión global de la Constitución permite que ésta sea considerada no como algo estático, sino como algo ágil y eficaz (vivo, cambiante y mutable)” (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 48).

lo que a continuación realizamos un análisis crítico de esta sentencia, centrándonos en la posibilidad de que los jueces y fiscales no ratificados puedan reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público, luego de superar un concurso público de méritos, a propósito de la distinción histórica, normativa, jurisprudencial y conceptual existente entre la destitución y la no ratificación de jueces y fiscales. Ello, además, nos lleva a proponer que la Junta Nacional de Justicia realice un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución y para ello dialogamos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, desarrollamos la posibilidad de apartarnos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (del Expediente N.º 00940-2022-PA/TC) (2004), en base a los propios criterios interpretativos que las Altas Cortes nacionales constituyeron de forma uniforme.

Dicho de otro modo, a partir del recuento histórico, conceptual, jurisprudencial y normativo de creación, desarrollo y consolidación del procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales (como un mecanismo de rendición de cuentas), se defiende la siguiente tesis: la ratificación y la destitución de jueces y fiscales son instituciones jurídicas distintas, por su desarrollo histórico y por las causas que las sustentan, por lo que sus consecuencias también son distintas; conclusión que hace posible que asumamos la interpretación de la Corte IDH, expuesta en los casos *Moya Solís vs. Perú* (2021a) y *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b) (y así no incurramos en responsabilidad internacional), realizando para ello un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución, y así también alejarnos de la interpretación del Tribunal Constitucional, expuesta en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024).

II. Presentación del problema

El constituyente de 1993 estableció –en el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución– que los magistrados “no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”. Este enunciado constitucional fue analizado por el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia, al punto que en el 2006, alejándose de la literalidad de la Constitución, estableció –como precedente constitucional– que “no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial [o fiscal]” (Expediente N.º 1333-2006-AA/TC, f.j. 25).

Desde aquel momento no existió ningún problema interpretativo al respecto, pues el Tribunal Constitucional, como último interprete de la Constitución, aclaró el tema. Sin embargo, a partir de la reforma constitucional del 10 de enero de 2019¹³, la Constitución establece que los magistrados “no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” (artículo 154.2). Es decir, a diferencia del primigenio artículo 154 de la Constitución (que solo impedía el retorno de los magistrados no ratificados), el actual artículo 154 amplía la prohibición y prevé que tanto los magistrados no ratificados como los jueces y fiscales destituidos no pueden volver a ser magistrados¹⁴.

13 En que se publicó la reforma constitucional incorporada mediante la Ley N.º 30904.

14 Nótese que nosotros distinguimos entre la posibilidad de volver a prestar servicios en el Poder Judicial o el Ministerio Público como servidores públicos y la posibilidad de volver a ser jueces y fiscales. En nuestro entendimiento, la Constitución únicamente prohíbe esto último, mas no lo primero.

Es más, acorde con la Constitución, la Ley N.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (en sus artículos 2 y 35); el Reglamento del Concurso para la Selección y Nombramiento de los/las Jefes(as) de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución N.º 046-2020-JNJ; y, el Reglamento de los Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales - Acceso Abierto, aprobado mediante la Resolución N.º 047-2021-JNJ, establecen –respectivamente– que los magistrados “no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” (artículo 154.2)¹⁵ y que es un requisito para postular a los mencionados cargos una declaración jurada de “no haber sido declarado no ratificado(a) en cargo judicial o fiscal” (inciso 3.b) y “no haber sido destituido(a) en cargo judicial o fiscal” (inciso 3.c).

Entonces, al menos formalmente, en nuestro ordenamiento jurídico existió –en el tiempo– un tratamiento diferenciado en la posibilidad de que los jueces y fiscales no ratificados puedan o no reingresar a la administración de justicia, en los siguientes términos:

- Desde la dación de la Constitución (1993), los magistrados no ratificados no podían volver a ser magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, por mandato literal del primigenio inciso 2 del artículo 154 de la Constitución.
- Desde el 2006, en que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia del Expediente N.º 1333-2006-AA/TC, donde estableció como precedente constitucional que “mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura” (f.j. 8), se habilitó la posibilidad de que los magistrados no ratificados puedan volver a postular al Poder Judicial o al Ministerio Público, en razón de que se entendió que la no ratificación no era una sanción (como sí lo es la destitución).
- Desde el 10 de enero del 2019, en que se reformó la Constitución, los jueces y fiscales no ratificados no podrían reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público (al igual que los magistrados destituidos).

Esto último fue recientemente ratificado por el Tribunal Constitucional, al señalar –en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024)– que “tanto la voluntad del constituyente originario (de 1993), como la del constituyente constituido (de 2019), ha sido establecer/mantener la prohibición de reingreso de jueces y fiscales no ratificados, e incorporar dentro de la restricción constitucional a aquellos destituidos como consecuencia de un proceso y una medida disciplinaria”. Es más, precisó que se trata “de una categórica decisión del constituyente (tanto originario refundacional como constituido) de impedir el retorno al Poder Judicial y al Ministerio Público [...] de personas cuyo servicio público en la administración de justicia no ha sido evaluado satisfactoriamente y de quienes han sido sancionados disciplinariamente” (f.j. 47).

El Tribunal Constitucional también consideró que “la supuesta regla discriminatoria que inspiró el razonamiento jurídico desarrollado en el precedente vinculante establecido en la sentencia emitida en el Expediente 01333-2006-PA/TC [...] [de que los magistrados destituidos sí puedan reingresar a la labor judicial o fiscal y los magistrados no ratificados no] ha desaparecido, al haberse cambiado el alcance del inciso 2 del artículo 154 [de la Constitución] y comprender en él también, a partir de 2019, a los magistrados destituidos” (f.j. 48).

¹⁵ Incluso el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia establece que: “Están impedidos para ser elegidos miembros de la Junta Nacional de Justicia [...] Los jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público que han sido objeto de destitución o no ratificación”.

Por último, precisó que la jurisprudencia de la Corte IDH (2021a, 2021b), de los casos *Moya Solís vs. Perú* y *Cuya Lavy y otros vs. Perú*, “es una línea doctrinaria” que “puede ayudar al constituyente a replantear el modelo de formación y evaluación de jueces y fiscales a través de una eventual reforma constitucional, pero que mantiene un sistema necesario –voluntad del constituyente– y que permite, hoy en día, esa conexidad de intereses (idoneidad judicatura), en procura de un sistema que permita un adecuado servicio de justicia” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 51 y 60).

Siguiendo este último criterio del Tribunal Constitucional (2024), a futuro ningún magistrado no ratificado podría reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. Sin embargo, nosotros consideramos que dicha interpretación literal de la Constitución resulta errónea, pues no tiene presente varios aspectos problemáticos del tema. En nuestra consideración, una interpretación adecuada del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución involucra tener presente los siguientes temas:

- La diferencia existente entre los procedimientos de evaluación integral y ratificación (con la consecuente ratificación o no ratificación del magistrado evaluado, y la bondades de aquella) y los procedimientos disciplinarios que se pueden seguir contra los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (donde es posible imponer una sanción de destitución por la comisión de faltas muy graves –no faltas graves ni leves–), considerando el desarrollo histórico, conceptual, jurisprudencial y normativo de dichas instituciones, especialmente del procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales, que es entendido como un mecanismo mediante el cual los jueces y fiscales rinden cuentas a la Nación sobre su labor jurisdiccional y fiscal (en los años evaluados).
- Establecer cuál es el rol de la jurisprudencia de la Corte IDH, a propósito de lo recientemente afirmado por el Tribunal Constitucional (de que solo es “una línea de doctrina”) (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 51), dialogando para ello con la Constitución, el Nuevo Código Procesal Constitucional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de colegiados distintos).

Adicionalmente, con la emisión de la sentencia del Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024), surgen otras dos interrogantes que es necesario responder:

- ¿La Junta Nacional de Justicia¹⁶, como órgano constitucional autónomo, puede realizar un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución? ello considerando que la Procuraduría Pública de dicha institución, al absolver el traslado de la demanda presentada en su contra, señaló que “la incorporación del requisito para acceder a la carrera judicial o fiscal, de ‘no haber sido no ratificado en el cargo’, es un mandato constitucional y legal que corresponde cumplir a la JNJ” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, Antecedentes).

16 El origen histórico de esta institución lo encontramos en el Consejo Superior de la Magistratura francés, fundado en el artículo 83 de la Constitución de Francia 1946, y en el Consejo Superior de la Magistratura italiano, reconocido en el artículo 105 de la Constitución de Italia de 1947. El primero incorporado con la refundación de la república francesa (periodo denominado como la cuarta república) y el segundo como respuesta a la experiencia fascista que precedió a Italia: “la mayor preocupación del constituyente italiano fue sin lugar a dudas aquella de garantizar la autonomía y la independencia externa de la magistratura del Poder Ejecutivo y, por esto, se previó la creación del Consejo Superior de la Magistratura” (Miranda Bonilla, 2019, p. 57).

- ¿Los jueces del Poder Judicial y los integrantes de la Junta Nacional de Justicia pueden o no apartarse de una decisión del Tribunal Constitucional?, considerando para ello la jurisprudencia que al respecto emitieron las Altas Cortes Nacionales: las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República y el propio Tribunal Constitucional.

Entonces, a fin de presentar nuestra alternativa de interpretación del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución y sustentar la tesis antes anunciada, abordamos a continuación estos temas.

III. Distinciones necesarias: ratificación y destitución de jueces y fiscales

La Corte IDH, en los casos *Moya Solís vs. Perú* (2021a) y *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b), con relación a los procedimientos de ratificación y de destitución de magistrados, señaló que “ambos procesos tienen como finalidad evaluar la conducta e idoneidad de un funcionario, sea periódicamente o como resultado de la presunta comisión de una falta” y que “cuando un proceso de evaluación [ratificación] concluye que la calificación del desempeño de un funcionario o funcionaria no fue satisfactoria y debe, por ello, ser separado de su cargo, se convierte en un proceso materialmente sancionatorio, pues la desvinculación de la persona evaluada es una sanción a su bajo desempeño” (párrafos 69 y 131, respectivamente).

No compartimos, en parte, dicha conclusión, por lo que a continuación desarrollaremos los problemas que consideramos la Corte IDH y el Tribunal Constitucional debieron tener presente al emitir, respectivamente, las decisiones de los casos *Moya Solís vs. Perú* (2021a) y *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b), y la sentencia del Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024). Además, haremos referencia al rol de la jurisprudencia de la Corte IDH, de la mano con la normativa y jurisprudencia nacional existente sobre la materia.

1. ¿Son lo mismo un procedimiento de evaluación integral y un procedimiento disciplinario?

La Constitución, en su artículo 154, prevé como competencias de la Junta Nacional de Justicia “2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles¹⁷ cada siete años”¹⁸ y “3. Aplicar la sanción de destitución a los jueces de la Corte Suprema y fiscales supremos; y, de oficio o a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias”.

Acorde con ello, la Ley N.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, precisa –en su artículo 35– que la ratificación “es independiente de las medidas disciplinarias que adopte el Poder Judicial o el Ministerio Público y de las sanciones de destitución que imponga

17 En la experiencia comparada también encontramos ejemplos de procedimientos de ratificación de jueces, especialmente de las Cortes Supremas de Justicia, aunque con otros nombres, como ocurre en Costa Rica o El Salvador, donde sus Constituciones (artículos 158 y 186, respectivamente) hacen referencia a la reelección de magistrados cada ocho o nueve años, respectivamente.

18 Inicialmente estableció como una de las funciones del entonces Consejo Nacional de la Magistratura el “2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años” (Constitución del Perú, artículo 154), lo cual se ratificó –con algunas precisiones– en la reforma constitucional de 2019 (fruto de la crisis institucional que afrontó el Consejo Nacional de la Magistratura), al establecer como una de las funciones de la Junta Nacional de Justicia el “2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años” (Constitución del Perú, artículo 154).

la Junta Nacional de Justicia”; y, agrega –en su artículo 36– que para ello se consideran “criterios de conducta e idoneidad”. De otro lado, respecto a la destitución, la mencionada Ley precisa –en su artículo 2– que corresponde “f. Aplicar la sanción de destitución a los jueces y fiscales, titulares y provisionales de todos los niveles”, por las faltas muy graves expresamente previstas en las normas correspondientes, entre ellas la Ley de la Carrera Judicial y Ley de la Carrera Fiscal.

Entonces, a continuación, realizamos un recuento histórico, normativo, conceptual y jurisprudencial del tema, y describimos la diferencia existente entre ambas instituciones.

a) Antecedentes históricos de la ratificación (y consecuencias de la no ratificación)

La Ley N.º 4000, emitida por Augusto B. Leguía (1919), creó el procedimiento de ratificación de los magistrados, el cual fue ratificado por la Constitución de 1920, aun cuando desde la Constitución de 1823 se entendió que los magistrados eran “inamovibles, y de por vida” (artículo 97). Luego, “Las constituciones de 1933, 1979 y 1993¹⁹ conservaron la figura [de la ratificación como] una de las pocas herencias legislativas del Oncenio que goza hasta hoy de buena salud”²⁰ (Ramos Núñez, 2015, p. 167).

Esta institución tuvo distintos fines en la historia constitucional peruana. Inicialmente fue pensada –con Augusto B. Leguía– como un mecanismo para “controlar la independencia judicial”; luego fue utilizada por Luis M. Sánchez Cerro con “el afán de desleguizar el Poder Judicial”²¹ (Ramos Núñez, 2015, p. 166), incluso sin la exigencia de justificar tales decisiones. Después, se entendió a la no ratificación, antes que un castigo jurídico, como una sanción “en el terreno moral, del prestigio personal y de los efectos laborales, ya que dejaba suponer incompetencia en el desempeño del cargo judicial” (Osterling Parodi, 2013, p. 108). Finalmente, hoy se la entiende como una evaluación integral de la conducta e idoneidad de las y los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, por causales claramente tasadas, en un periodo y procedimiento público, transparente²² y claramente definido, y con una exigencia de motivación cualificada de las razones por las cuales se ratifica o, especialmente, no ratifica a un magistrado objeto de evaluación; además de que normativa y jurisprudencialmente²³ se estableció que las decisiones de no ratificación de un juez o fiscal pueden ser cuestionadas ante la propia Junta Nacional de Justicia (vía reconsideración) o el Poder Judicial (mediante el proceso de amparo)²⁴. Veamos a detalle esta evolución histórica.

19 Ramos Núñez hace un símil entre la ratificación que instauró la dictadura de Leguía y la que efectivizó la dictadura de Fujimori: “La amenaza de la no ratificación era [...] otro eficaz vehículo de presión en manos del Estado” (2015, p. 253).

20 Ello a pesar de que en la actualidad existen una serie de cuestionamientos a tal institución, por considerarla “un poder discrecional, absoluto, secreto e incuestionable”, al punto que reiteradamente se propuso su eliminación (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS, 2004, p. 10).

21 Un ejemplo de ello es Ángel Gustavo Cornejo, quien en 1926 fue nombrado como magistrado de la Corte Suprema “y permaneció en el cargo hasta el golpe de Estado de Sánchez Cerro en 1930”, en que “sería destituido, procesado y encarcelado en la isla de San Lorenzo por el Tribunal de Sanción Nacional, que optó por absolverlo” (Ramos Núñez, 2011, p. 72).

22 Jurisprudencialmente también se estableció que dicho procedimiento de evaluación integral debe ser visto como una forma mediante la cual los jueces y fiscales rinden cuentas a la sociedad sobre su labor judicial y fiscal, según ahondaremos a continuación.

23 Recientemente en el Expediente N.º 01249-2018-PA/TC.

24 El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, conoció un sinnúmero de casos de este tipo y recientemente señaló

La Ley N.º 4000 estableció que “[l]a carrera judicial será determinada por una ley que fije expresamente las condiciones exclusivas de los ascensos” (artículo 152) y agregó, por primera vez, que “[l]os nombramientos judiciales de primera y segunda instancia serán ratificados por la Corte Suprema, cada cinco años” (artículo 152). En similares términos, la Constitución de 1920²⁵ –en sus artículos 147, 148 y 152– estableció que los vocales y fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores sean nombrados por el Poder Ejecutivo²⁶; además, indicó que “[l]os nombramientos judiciales de primera y segunda instancia [sean] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años”²⁷. Estas disposiciones constitucionales, a pesar de la críticas que existieron en su momento²⁸, incorporaron por primera vez la ratificación de los magistrados (mas no establecieron que los jueces o fiscales no ratificados no pueden reingresar a la labor judicial o fiscal).

La Constitución de 1933, a su turno, estableció –en su artículo 224– que los nombramientos de los vocales y fiscales de las Cortes Superiores y de los jueces y agentes fiscales sean ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y la forma que determine la ley (ya no hacía referencia a un periodo concreto de ratificación como si lo hacía su predecesora) y agregó que “[l]a no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial”.

Entonces, entre la Constitución de 1920 y la Constitución de 1933 debió ocurrir algo que haya generado que el constituyente incorpore en la Constitución de 1933 la prohibición de que los magistrados no ratificados reingresen a la administración de justicia.

“que el proceso de amparo brindaría una tutela más adecuada de los derechos invocados [ante cuestionamientos de este tipo], dado que la forma como viene planteada la pretensión requiere de tutela urgente” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 3).

25 Ramos Núñez diría que “El diseño constitucional de Leguía, ideado por Mariano H. Cornejo, un abogado experimentado, se orientaba a controlar el Poder Judicial pero no precisamente de un modo directo, sino a través de la Corte Suprema”, y con relación a la ratificación señalaría que era una “suerte de sanción política a los magistrados, básicamente por su supuesta o real filiación política antes que por objeciones técnicas o profesionales, [que] puso fin al principio de la inamovilidad judicial que el constitucionalismo peruano había adoptado a lo largo del siglo diecinueve y las dos primeras décadas del siglo veinte, por lo menos en el papel. Se inauguraba [así] un ciclo que parte de la idea de que los jueces, vía ratificación, carecen de dicha inamovilidad” (2015, pp. 164-165).

26 El nombramiento de jueces y fiscales en la historia del Perú fue casi siempre político: “La primera de nuestras constituciones, la de 1823 [...] se remitió al Reglamento de Tribunales de 1822, en el cual quien elegía a los miembros del Poder Judicial era el Poder Ejecutivo [...]. De acuerdo con la Constitución de 1826, los nombramientos recaían en el Poder Legislativo; idéntico criterio repitió la Carta de 1834. Según la Constitución de 1828, la elección la hacía el Poder Ejecutivo y así lo reiteró la Constitución de 1839. La Constitución de 1856 creó un sistema mixto de participación de ambos poderes del Estado en los nombramientos, que repitieron las de 1860, 1920 y 1933. Tan sólo la Carta de 1867 ideó un sistema en el cual intervenían el Poder Legislativo y el Judicial con exclusión del Ejecutivo. Finalmente, la [...] Constitución de 1979 dio un paso novedoso, pero tímido. Creó el Consejo Nacional de la Magistratura para la selección de jueces, limitándolo a proponer los nombramientos al Poder Ejecutivo, el que lo realizaba a su libre arbitrio dentro de las propuestas que le alcanzaba el Consejo y con la sola limitación de que los vocales de la Corte Suprema deberían ser ratificados por el Senado” (García Belaunde, 1993, p. 71).

27 En el modelo estadounidense la referencia concreta al tema lo encontramos en la primera sección del artículo tres de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), que establece que “Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta”.

28 En palabras de Miranda Molina (2021, p. 21): “Uno de los primeros críticos de la novedosa institución fue Enrique Echeopar en su libro Justicia Inmediata quien escribió: ‘Si el juez no cumple su deber, debe ser destituido o de algún modo penado; pero no sin ser oído [como ocurría con la ratificación]. Debe haber juicio y sentencia fundada. La no ratificación será una amenaza permanente que coactará la libertad de juez”’.

Una primera respuesta la encontramos en el Decreto Ley N.º 6875 (1930), emitido por Luis M. Sánchez Cerro a los días de finalizado el régimen de Augusto B. Leguía. Allí se indicó que era necesario “el juzgamiento de los actos de la dictadura y la declaración de responsabilidad de quienes cooperaron al mantenimiento del régimen antijurídico en que ha vivido la República”, con el fin de “establecer la más amplia garantía de administración de justicia, encomendada, en última instancia, a la Corte Suprema” (Decreto Ley N.º 6875, Considerando). Es más, esta norma estableció que “no pueden prestar la garantía de imparcialidad que exige la opinión pública, los miembros del Tribunal Supremo que han desempeñado el cargo de ministros de Estado de la dictadura, o alguna función de orden político o administrativo [...] ni los que, ejerciendo su presidencia, permitieron que se ultrajara la majestad de la justicia, ni supusieron mantener esa tradición de respetabilidad de que ha gozado siempre el más alto Tribunal” (Decreto Ley N.º 6875, Considerando).

Por ello, Luis Sánchez Cerro decretó que quedaban “incapacitados para continuar o reasumir el ejercicio de sus cargos los miembros de la Corte Suprema de Justicia que hubieran desempeñado la función ministerial durante el régimen dictatorial presidido por don Augusto B. Leguía; los Vocales o Fiscales que hayan desempeñado función política o administrativa y los que desempeñaron su presidencia desde 1922” (Decreto Ley N.º 6875, 1º). Además, dispuso que la Corte Suprema “utilizara por esta vez, en forma extraordinaria, la facultad que declara el artículo 152 de la Constitución [de 1920], procediendo a hacer la ratificación de todos los magistrados de la 1ra y 2da instancia de la República”²⁹ (Decreto Ley N.º 6875, 3º). Casualmente, “La primera víctima de las ratificaciones [creada por Augusto B. Leguía en la Ley N.º 4000 y ratificada en la Constitución de 1920] fue un vocal de la Corte Superior de Lima, quien era nada menos que un estrecho amigo de Leguía” (Ramos Núñez, 2015, p. 166).

Entonces, el hecho de que algunos magistrados supremos hayan sido parte de la dictadura de Augusto B. Leguía, como son los casos de Germán Leguía y Martínez³⁰ (primo de Leguía)³¹, Alejandrino Maguiña y Benjamín Huamán de los Heros, que en 1919, 1924 y 1929, respectivamente, fueron convocados por Leguía para ser presidentes del Consejo de Ministros³², generó que Luis M. Sánchez Cerro, luego de superado el régimen de Augusto B. Leguía, emita en 1930 una norma que destituía a dichos magistrados³³, disponía un

29 “Al primer cese decretado por Sánchez Cerro seguiría la posterior purga que se hizo a través de la ratificación extraordinaria del año 1930, irónicamente, bajo la vigencia de un texto aborrecido: la Constitución de 1920. Sería uno de los antecedentes de futuras ratificaciones con una inequívoca intención política: la de Velasco en 1969, Belaunde en 1980 y Fujimori en 1992” (Ramos Núñez, 2015, p. 195).

30 El nombramiento de Germán Leguía y Martínez como magistrado supremo fue un escándalo de la época. Ramos Núñez (2015, pp. 146-147) narra cómo Augusto B. Leguía, antes de culminar su primer gobierno (1908-1912), en setiembre de 1912 propuso al nuevo congreso (integrado con un nuevo tercio elegido con mayoría leguista) nombre a su primo Germán Leguía y Martínez –que entonces era su ministro de Relaciones Exteriores– como juez supremo, aun cuando no existía una plaza vacante para ello. La vacancia de Luis Felipe Villarán, a quien reemplazó Leguía y Martínez, recién ocurrió en octubre de 1912, cuando el presidente era Guillermo Billinghurst, que asumió el gobierno el 24 de setiembre de 1912.

31 Otro ejemplo es Eleodoro Romero Salcedo, también primo de Leguía, que fue Embajador del Perú ante la Santa Sede.

32 Casualmente la Constitución promulgada por Leguía establecía lo siguiente: “Art. 149.- Los miembros del Poder Judicial no podrán ser nombrados por el Poder Ejecutivo para desempeñar ningún cargo político, exceptuándose a los Magistrados de la Corte Suprema que podrán ser nombrados ministros de Estado”.

33 “El Decreto Ley N.º 6876 [...] cesó en sus cargos a los vocales de la Corte Suprema, doctores Óscar C. Barrós, José Granda, Ángel Gustavo Cornejo, Benjamín Huamán de los Heros y José Matías León; y a los fiscales Plácido Jiménez y Heráclides Pérez; y eligió a sus reemplazantes Vocales doctores José María de la Jara y Ureta, Julio C. Campos,

procedimiento excepcional de ratificación³⁴ e impedía el retorno al Poder Judicial de los magistrados no ratificados. Así también lo entiende Ramos Núñez cuando precisa que Luis M. Sánchez Cerro “llevaría a cabo ratificaciones con abierto tinte político con el afán de desleguiizar el Poder Judicial”³⁵ (2015, p. 166).

Eso también se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931, elaborada por la Comisión para formular un proyecto de Constitución³⁶, integrada por M. V. Villarán, Toribio Alayza y Paz-Soldán, Diómedes Arias Schreiber, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Gastañeta, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Emilio Romero, César Antonio Ugarte, [sic] Luis E. Valcárcel” (Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, 1931/2017, p. 27) en los siguientes términos:

Las innovaciones relativas al Poder Judicial, tienen por principal objeto asegurar su independencia [...] Hay que poner las vallas más sólidas para impedir a la política entrar al Poder Judicial y prohibir al Poder Judicial entrar a la política³⁷. El magistrado que acepta un ministerio, una legación, una prefectura, un puesto cualquiera extraño a la carrera judicial, salvo raras excepciones, debe salir de ésta definitivamente, perder su cargo y los goces que le son inherentes [...] (Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, 1931/2017, p. 102)

Incluso la mencionada Comisión para formular un proyecto de Constitución (también conocida como la Comisión Villarán, en alusión a su presidente) señaló que:

No es [...] banal comparar la magistratura a un sacerdocio, al que deben tener acceso únicamente los que tienen vocación o resolución firme de consagrarse a él definitivamente. Quienes lo abandonan, después de ensayado, han de abandonarlo del todo. Ser alternativamente magistrado y político no cuadra con la naturaleza de una ni otra carrera. El magistrado que desciende a la arena política está expuesto a agredir y ser agredido; la política es lucha que se libra entre nosotros con toda clase de armas. En ella pueden perder los magistrados, aun siendo sinceros y honorables, su respetabilidad como jueces y dejar maltratada la fuerza moral de la institución a que pertenecen. Cuando vuelven a su papel de jueces, la fe pública en su serenidad y justicia ha sido vulnerada. El concepto general los ha envuelto en responsabilidades y censuras por ofensas a la ley y al Derecho, y es un espectáculo desolador

Eulogio Ugarte, Manuel Benigno Valdivia y Enrique Vélez, y Fiscales Raúl O. Mata y Eleodoro Romero Romaña” (Expediente N.º 1333-2006-PA/TC, f.j. 19 del voto del magistrado Alva Orlandini).

34 Algo similar ocurrió con el denominado Gobierno Revolucionario, presidido por Juan Velasco Alvarado, que mediante el Decreto Ley N.º 18060 (1969) dispuso la reorganización del Poder Judicial, cesó a los entonces vocales y fiscales de la Corte Suprema y ordenó a la reconstituida Corte Suprema, en el artículo 5, “a) Pronunciarse en vía de ratificación extraordinaria [...] sobre la continuidad o cese en el cargo de todos y cada uno de los jueces y vocales de la República, así como de los miembros del Ministerio Público”.

35 En otro momento Ramos Núñez (2015, p. 197) diría que “Sánchez Cerro canceló la Corte Suprema dejando solo a los funcionarios más adictos al civilismo y, para juzgar a Leguía y a sus amigos, organizó un ente vengativo, cuyo solo título indica que todos los que fueran sometidos a su autoridad eran suficientemente culpables”.

36 La Comisión cumplió su tarea el 5 de diciembre de 1931 y publicó el resultado de sus trabajos junto con una notable exposición de motivos redactada por Villarán (Basadre, 2005, p. 228).

37 Montesquieu, en su obra ‘*El Espíritu de las Leyes*’ sostuvo que: ‘No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares’” (Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, f.j. 4).

que aparezcan asociados a la ilegalidad hombres cuyo ministerio encarna el poder de la ley. (Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, 1931/2017, pp. 102-103)³⁸

En similares términos a la Constitución de 1933, el Decreto Ley N.° 14605 (1963), Ley Orgánica del Poder Judicial, estableció –en su artículo 104– que “La actuación y calidades de los vocales y fiscales de las Cortes Superiores y las de los jueces de primera instancia y agentes fiscales, serán objeto de revisión cada cinco años, por la Corte Suprema, la cual actuando como jurado y previas las indagaciones que estime convenientes, podrá separar definitivamente del servicio a aquellos que estime que no deben continuar en él”. En el mismo artículo 104, dicho Decreto Ley también establecía que “La separación del cargo no constituye pena ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a ley, pero sí impide el reingreso en el servicio judicial”, aun cuando dicha no ratificación se realizaba –según establece el 107 de la mencionada Ley– “sin fundamentación alguna, por la calidad de jurado que se atribuye a la Corte Suprema para juzgar con criterio de conciencia la actuación y calidades de los magistrados”.

La Constitución de 1979 no hizo referencia a los magistrados no ratificados, por el propio contexto histórico en el que se dio esta norma fundamental:

- El denominado Gobierno Revolucionario, presidido por Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N.° 18060 (1969), dispuso la reorganización del Poder Judicial, cesó a los entonces vocales y fiscales supremos y ordenó a la reconfirmada Corte Suprema “Pronunciarse en vía de ratificación extraordinaria [...] sobre la continuidad o cese en el cargo de todos y cada uno de los jueces y vocales de la República, así como de los miembros del Ministerio Público” (artículo 5, a).
- La Constitución de 1979 señaló –en su Decimosegunda Disposición General y Transitoria– que “Los vocales y fiscales de la Corte Suprema que fueron cesados en el ejercicio del cargo por Decreto Ley 18060 [...] están expeditos para reingresar al servicio judicial, sin previo concurso ni evaluación, siempre que tengan menos de setenta años”. Además, en su artículo 245, dispuso que “El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema” y, en su Decimotercera Disposición General y Transitoria, agregó que “la Corte Suprema [...] procede, en igual forma, a ratificar a los demás Magistrados de la República de todos los fueros”.

La Constitución de 1993, incluso con la reforma de 2019, va en la misma dirección que la Constitución de 1933, pues prevé que la no ratificación de los jueces y fiscales impide que éstos puedan reingresar a la administración de justicia, aun cuando las razones históricas que sustentaron a la segunda son totalmente distintas a la primera.

Lo descrito nos permite concluir –preliminarmente, pues ahondaremos en ello a continuación– que el actual procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales

38 Es más, con relación a la ratificación de magistrados, la exposición de motivos del anteproyecto de Constitución de la Comisión Villarán establece: “No creemos que debe subsistir la disposición constitucional vigente [en la Constitución de 1920] que dispone la ratificación cada cinco años por la Corte Suprema de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia. Conviene que la Corte Suprema conserve el derecho de suspender y destituir a los jueces y vocales con arreglo a la ley, pero no hay necesidad de mantener a toda la magistratura en la ansiedad que produce esta amenaza periódica de la no ratificación. El juez que cumple su deber debe sentirse seguro en su puesto. La experiencia ha comprobado ya los peligros del actual régimen que permite separar a los magistrados, sin acusación, sin defensa ni audiencia, por razones que el destituido y el público ignoran. Poderes tan absolutos no se armonizan con las funciones de un poder que en todos sus actos debe ampararse en pruebas, razones y leyes. Tanto absolutismo es malo, aun ejercido por la Corte Suprema” (Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, 1931/2017, pp. 109-110).

es totalmente distinto al que se siguió con las Constituciones de 1920 y de 1933, o incluso al que se siguió con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, donde –a diferencia de lo que ocurre ahora– no se requería que la decisión de ratificación o no ratificación este justificada y menos existía un catálogo de componentes que sirvan para evaluar la conducta e idoneidad de los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Igualmente, el actual procedimiento de evaluación integral y ratificación, que también es entendido como un mecanismo de rendición de cuentas, es distinto al procedimiento extraordinario de ratificación que siguió la reconstituida Corte Suprema, luego de que el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, presidido por Juan Velasco Alvarado, emita el Decreto Ley N.º 18060 (1969), que dispuso la reorganización del Poder Judicial, cesó a los jueces y fiscales supremos, y que después generó que la Constitución de 1979 únicamente haga referencia a una ratificación genérica de magistrados, mas no diga nada de los jueces y fiscales no ratificados.

b) El actual procedimiento de evaluación integral y ratificación (o no ratificación) de jueces y fiscales

La Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, y la Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal, establecen –en sus artículos 84 y 83, respectivamente– que la Junta Nacional de Justicia efectúa una evaluación integral del desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años y a través de dicha evaluación integral da “su conformidad o no para la permanencia” del juez o fiscal en la función jurisdiccional o fiscal.

Acorde con ello, el Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución N.º 260-2020-JNJ, establece –en su artículo 42– que “La Junta Nacional de Justicia evalúa la conducta e idoneidad de los jueces, juezas y fiscales convocados(as) sobre la base de la información recabada” en el procedimiento de evaluación integral. Además, precisa que la conducta y la idoneidad de los magistrados se evalúan, respectivamente, en base a los siguientes componentes expresamente tasados:

Artículo 43.- Componentes de la evaluación de la “conducta”:

La evaluación de la conducta se compone de los siguientes aspectos:

1. Medidas disciplinarias impuestas, quejas resueltas, denuncias e investigaciones concluidas.
2. Valoración de la participación ciudadana.
3. Asistencia, puntualidad y uso adecuado de licencias.
4. Procesos judiciales.
5. Méritos y reconocimientos.
6. Informes de Colegios de Abogados.
7. Información Patrimonial [...]
8. Independencia, trayectoria democrática, defensa de la Constitución; labor de proyección social y promoción de la Administración de Justicia, siempre y cuando tengan un buen desempeño, y buena celeridad y rendimiento.
9. Exclusividad de la función.
10. Antecedentes policiales, judiciales, penales y sanciones administrativas.
11. Observancia y respeto a la interculturalidad de los pueblos.
12. Observancia y respeto a las normas éticas, sociales y jurídicas; sobre violencia de género,

protección de la mujer, niñas, niños, las y los adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores.

13. Información de Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM).
14. Información de Registro de Deudores Judiciales Morosos (REDJUM).
15. Información de Registro de Deudores por Reparaciones Civiles (REDERECI).
16. Información de Registro de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional.
17. Verificación de su declaración jurada sobre no afiliación a organización política.
18. Actualización permanente de sus hojas de vida a través de la ficha única, accesible desde la extranet de la Junta Nacional de Justicia.
19. Otra Información que el Pleno o la Comisión considere relevante.

Artículo 46.- Componentes de la evaluación de la “idoneidad”:

La evaluación sobre la idoneidad se compone de los siguientes aspectos:

1. La calidad de las sentencias y dictámenes (30% de la calificación final).
2. La calidad en la gestión de los procesos y/o investigaciones (20% de la calificación final).
3. La celeridad y rendimiento (30% de la nota final).
4. La organización del trabajo (10% de la calificación final).
5. La calidad de las publicaciones (5% de la calificación final).
6. El desarrollo profesional (5% de la calificación).

Con la enunciación expresa de los componentes de idoneidad y conducta que son analizados en un procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales se supera la principal observación que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) al citado procedimiento de evaluación integral, en su informe final del Caso Cuya Lavy y otros (2018) –que después motivó que el Estado peruano sea condenado por la Corte IDH en el mencionado caso–, esto es, que dichos procedimientos –en palabras de la Comisión IDH–

deben estar exclusivamente orientados a procurar la rendición de cuentas por parte de tales funcionarios y a determinar su idoneidad con criterios objetivos y, por la naturaleza materialmente sancionatoria y su impacto en la independencia judicial, con apego a las garantías del debido proceso reconocidas en la Convención Americana, mediante causales previamente establecidas y acordes con el principio de legalidad. (Comisión IDH, 2018, párr. 77)³⁹

Es más, el citado Reglamento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y fiscales también establece taxativamente las escalas y los elementos de valoración de la “conducta” y la “idoneidad” de las y los jueces y fiscales evaluados, esto es, del rendimiento del magistrado (artículo 47), la calidad argumentativa de sus decisiones (artículo 48), la eficiencia en la gestión de los procesos y/o investigaciones a su cargo (artículo 49), su celeridad y rendimiento (artículo 50), la organización de su trabajo (artículo 51), la calidad de sus publicaciones (artículo 52) y el desarrollo profesional del evaluado (artículo 53)⁴⁰. Además, prevé la realización de una audiencia pública mediante la cual los jueces y fiscales rinden cuentas a la sociedad sobre la labor realizada en los años de evaluación integral (y donde la ciudadanía puede participar

39 La Comisión IDH (2018, párr. 77) también indicó que “[l]a falta de ratificación de fiscales y magistrados con base en criterios vagos que brinden un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad a cargo, afecta la independencia que se les debe garantizar en el ejercicio de sus funciones”.

40 Incluyo proveyendo la realización de pruebas psicológicas y psicométricas a los jueces y fiscales evaluados (artículos 56 al 58).

libremente); audiencia que también dota de transparencia al proceso de evaluación integral y ratificación⁴¹. Finalmente, prevé que la decisión final de ratificación o no ratificación sea suficientemente justificada (ya no es un acto discrecional e inmotivado, como ocurría en la historia de nuestro país, según reseñamos antes) (artículos 43, 45, 48-53, 63).

Asimismo, tal procedimiento de evaluación integral se rige por una serie de principios rectores, entre los cuales destacan los principios de legalidad, transparencia y publicidad, participación ciudadana, igualdad y no discriminación, razonabilidad y proporcionalidad, contradicción y debido proceso⁴², sin perjuicio de que también se consideren “otros principios del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Administrativo General” (artículo 6); y, que la decisión final puede ser objeto de reconsideración ante la propia Junta Nacional de Justicia. Todo con la finalidad de “fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo un servicio público de justicia independiente, imparcial, idóneo, predecible, confiable, eficiente, transparente y libre de corrupción; asegurando el mantenimiento de las capacidades y cualidades personales y profesionales que garanticen el correcto ejercicio de las funciones fiscales y judiciales involucrados en tal procedimiento”, según establece el mencionado Reglamento de Evaluación Integral (artículo 2).

El Tribunal Constitucional, por su parte, en los Expedientes N.º 3361-2004-AA/TC (f.j. 16), N.º 0429-2015-PA/TC (f.j. 17 a 28) y Expediente N.º 00013-2020-PI/TC (f.j. 87)⁴³, señaló que la ratificación de jueces y fiscales debe ser vista como un mecanismo de rendición de cuentas que cumple las siguientes funciones constitucionales:

- (i) La ratificación como renovación del compromiso y la responsabilidad de la magistratura: “la ratificación ejercida dentro del marco de la Constitución puede servir en el Estado democrático para que la magistratura dé cuenta periódica del ejercicio de su independencia con responsabilidad cada siete años”⁴⁴ (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 16); “el instituto de la ratificación puede servir precisamente para fortalecer la independencia funcional del magistrado, que tiene en el proceso de ratificación la oportunidad para dar cuenta, cada cierto tiempo, de su ejercicio en el poder que por delegación ostenta como magistrado” (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 20).
- (ii) La ratificación constituye un mecanismo de control del ejercicio de la función pública del magisterio: “Los jueces y fiscales, no hay que olvidarlo, son ante todos funcionarios públicos; en consecuencia, las garantías de independencia y permanencia en el cargo no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta. Es razonable suponer que, en este universo amplio de personas, no todas mantengan en el tiempo un ejercicio impecable” (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 16). “El ejercicio de la función pública requiere, para su óptimo desempeño,

41 En la jurisprudencia constitucional encontramos una serie de casos donde el Tribunal Constitucional anuló decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura por la no realización de entrevistas públicas. Ejemplos de ello son las decisiones de los Expedientes números 2136-2002-AA/TC, 2436-2002-AA/TC, 2543-2002-AA/TC, 2808-2002-AA/TC, 0068-2003-AA/TC, 0290-2003-AA/TC, 0627-2003-AA/TC, 1389-2003-AA/TC, 2602-2003-AA/TC y 0718-2004-AA/TC (Cfr. Ramírez Huaroto, 2021, pp. 294-295).

42 Con lo cual también se superan las observaciones de la Comisión IDH (2018).

43 Existe abundante jurisprudencia al respecto, como son las decisiones de los Expedientes N.º 1941-2002-AA/TC, N.º 1525-2003-AA/TC, N.º 2731-2003-AA/TC, N.º 03361-2004-AA/TC y N.º 8105-2005-PA/TC, entre otras.

44 En otra ocasión el Tribunal Constitucional precisó que “Mientras mejores jueces tengan los peruanos, mejor democracia habrá, más inversión llegará, y más protegida se sentirá la población” (Expediente N.º 00006-2009-PI/TC, f.j. 55).

un mecanismo que permita al funcionario un mínimo control por parte de los entes instituidos con tal propósito. En el caso de la magistratura, este poder de control de la actividad funcional del magistrado era el CNM [hoy Junta Nacional de Justicia], que la ejerce en los procesos disciplinarios, pero también de manera regular en los procesos de ratificación” (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 23).

A su turno, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, indicó que “[p]recisamente porque el Poder Judicial existe para responder al interés público, debe estar sometido al escrutinio público” (2014, p. 18).

(iii) La ratificación incentiva la sana competencia en la carrera judicial: “Ejercida con respeto a los derechos y garantías constitucionales, la ratificación puede ser también un mecanismo eficiente de gestión del personal jurisdiccional. Los estudios sobre la materia muestran la importancia de que en toda corporación existan mecanismos de renovación y de retroalimentación de los valores y principios que se exigen para el cumplimiento de las metas de la organización y que estos mecanismos sean constantes” (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 16). Así, “antes que depuración, la ratificación puede entenderse también como un mecanismo para la optimización del recurso humano que tiene como una meta clara contar siempre con los mejores elementos para cumplir con éxito los fines últimos de la organización de la justicia a la que, como funcionarios públicos, sirven los jueces y fiscales” (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 25). Ello permite “la creación de una cultura de la sana competencia dentro de la organización judicial que, a través de este tipo de procesos, puede hacer públicos los perfiles de la magistratura que requiere el Estado social y democrático de Derecho, generando señales claras sobre el modelo de juez o fiscal, así como sobre las competencias que se requieren para permanecer en el cargo” (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 16).

(iv) La ratificación fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia: “Al ser un proceso público, la ratificación de magistrados se presenta también como una oportunidad para que la ciudadanía pueda reivindicar al buen juez o pueda acusar directamente, y con las pruebas debidas, al juez incapaz, deshonesto o corrupto” (Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, f.j. 16). “La crítica ciudadana a la función pública es un elemento fundamental en el fortalecimiento de las instituciones de la democracia participativa” (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 28). “La sociedad peruana, que ha vivido en los últimos años con las puertas del poder público poco permeables a la crítica pública, necesita abrir espacios de diálogo entre el ciudadano y la función pública” (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 28).

Así también lo entendió la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, al precisar que “Es imprescindible que los beneficiarios del sistema judicial puedan evaluar si los jueces, los fiscales y los abogados ejercen debidamente sus funciones y responsabilidades, y si el propio sistema funciona de manera independiente e imparcial. En este contexto, la sociedad civil desempeña una función inestimable” (2014, p. 18).

Entonces, al día de hoy, en los procedimientos de ratificación de jueces y fiscales (propiamente procedimientos de evaluación integral y ratificación) se evalúan, cada siete años, la conducta e idoneidad de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, a partir

de un número tasado de componentes de evaluación (19 de conducta y 6 de idoneidad, antes transcritos), siguiendo un procedimiento claro y preestablecido, que está regido por una serie de principios importantes, con una especificación concreta de las exigencias constitucionales y convencionales propias de nuestro orden jurídico y la exigencia de una justificación cualificada de las decisiones adoptadas⁴⁵, dando la oportunidad a los magistrados ratificados y no ratificados de cuestionar la decisión que emite la Junta Nacional de Justicia, tanto en sede administrativa como en sede judicial. Todo a fin de cumplir las funciones constitucionales antes expuestas, garantizar que los jueces y fiscales rindan cuentas a la sociedad y, reiteramos, “fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo un servicio público de justicia independiente, imparcial, idóneo, predecible, confiable, eficiente, transparente y libre de corrupción”, según establece el artículo 2 del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público.

Es más, el fortalecimiento y mejora del sistema de administración de justicia, a través de la rendición de cuentas que hacen los jueces y fiscales⁴⁶, y el cumplimiento de las funciones constitucionales antes descritas, se realizan a través de las exhortaciones que la Junta Nacional de Justicia realiza en las decisiones de ratificación de jueces y fiscales que emite. Ejemplos de ello —en los años 2022 y 2023— son los siguientes casos⁴⁷:

- En las Resoluciones N.º 181-2022-PLENO-JNJ y N.º 190-2022-PLENO-JNJ se exhortó a las fiscales ratificadas a seguir capacitándose; y, en la Resolución N.º 184-2022-PLENO-JNJ se exhortó al juez ratificado a tener mayor cuidado con los casos que tramita.
- En las Resoluciones N.º 194-2022-PLENO-JNJ, N.º 231-2022-PLENO-JNJ, N.º 239-2022-PLENO-JNJ, N.º 267-2022-PLENO-JNJ, N.º 268-2022-PLENO-JNJ, N.º 269-2022-PLENO-JNJ, N.º 272-2022-PLENO-JNJ y N.º 284-2022-PLENO-JNJ se exhortó a las y los jueces y fiscales evaluados a mejorar su desempeño en los rubros de celeridad y rendimiento.
- En la Resolución N.º 216-2022-PLENO-JNJ se exhortó a la fiscal ratificada a regularizar el pago de las multas electorales que registraba y a cumplir cabalmente sus deberes ciudadanos; en la Resolución N.º 277-2022-PLENO-JNJ se exhortó a la fiscal evaluada a cumplir sus deberes; y, en la Resolución N.º 300-2022-PLENO-JNJ se exhortó a la fiscal ratificada a presentar oportunamente los informes que las instancias superiores le requieran.
- En la Resolución N.º 305-2022-PLENO-JNJ se exhortó a la jueza evaluada a que “continúe con su nivel de capacitación y crecimiento profesional, fundamentalmente [...] en temas de discapacidad, género, interculturalidad, infancia, personas adultas

45 El Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 01412-2007-PA/TC, estableció como precedente constitucional que “Todas las resoluciones evacuadas por [la Junta Nacional de Justicia], en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos” (Tercer párrafo de la parte resolutive).

46 Esto según indicó la Comisión IDH en el informe final del caso Cuya Lavy y otros vs. Perú (2018, p. 15).

47 Disponibles en el buscador de la Plataforma digital única del Estado Peruano, en el ítem “Junta Nacional de Justicia”, filtrando la palabra clave “ratificar a”. https://www.gob.pe/institucion/jnj/normas-legales/tipos/10-resolucion?filter%5Bend_date%5D=&filter%5Border%5D=publication_desc&filter%5Bstart_date%5D=&filter%5Bterms%5D=ratificar+a&sheet=5

- mayores, migrantes y otros relacionados con grupos históricamente excluidos y/o víctimas de discriminación estructural” (Considerando séptimo).
- En la Resolución N.º 313-2022-PLENO-JNJ se exhortó al juez ratificado a “tener mayor cuidado en la programación de su labor docente, que pueda afectar en algún modo el ejercicio de su función jurisdiccional” (artículo segundo de la parte resolutive); y, en la Resolución N.º 040-2023-PLENO-JNJ se exhortó al juez evaluado “al cabal cumplimiento de los mandatos que le fueran exigidos por parte de las autoridades competentes en el decurso de un procedimiento administrativo” (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 041-2023-PLENO-JNJ se exhortó al juez evaluado a colaborar con la Junta Nacional de Justicia, “remitiendo anualmente información sobre el rubro celeridad y rendimiento a través del Área de Registro de Información Funcional” (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 049-2023-PLENO-JNJ se exhortó a la jueza ratificada “a superar en adelante las calificaciones obtenidas en los sub rubros celeridad y rendimiento y en desarrollo profesional, y, de otro lado, a cumplir con las exigencias y procedimientos previstos en el proceso de evaluación y ratificación de magistrados en lo referente a la actualización de su información curricular y asistencia a los exámenes psicométricos y psicológico que se le programen” (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 050-2023-PLENO-JNJ se exhortó al juez evaluado a “mantener una línea de conducta en el cumplimiento de sus funciones que eviten la imposición de medidas disciplinarias; asimismo, a una mayor diligencia en su capacitación, acorde con las exigencias de su cargo, y a superar en adelante las calificaciones obtenidas en el sub rubro celeridad y rendimiento” (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 054-2023-PLENO-JNJ se exhortó a la fiscal ratificada a observar las normas pertinentes en su trato y comunicaciones con las autoridades y funcionarios que soliciten información en el ejercicio de sus competencias (artículo segundo de la parte resolutive); y, en la Resolución N.º 055-2023-PLENO-JNJ se exhortó al fiscal evaluado a dar cumplimiento a la bancarización dispuesta por la Ley N.º 28194 (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 066-2023-PLENO-JNJ se exhortó a la jueza ratificada a “que acuda a los cursos de formación profesional que desarrolla la AMAG, a ejercer control adecuado sobre el personal de los despachos donde se desempeñe y a respetar los plazos razonables en la tramitación de los procesos” (artículo único de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 069-2023-PLENO-JNJ se exhortó a la jueza evaluada a “que desarrolle una programación que, sin interrumpir sus labores habituales, le permita mantenerse en constante y permanente actuación en cursos que abonen a favor de sus competencias para promover la excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional” (artículo segundo de la parte resolutive).
 - En la Resolución N.º 081-2023-PLENO-JNJ se exhortó al fiscal ratificado a “proceder en su quehacer personal y laboral con clara vocación de igualdad y de enfoque o perspectiva de género, a fin de eliminar prácticas históricas orientadas a menospreciar la dignidad de la mujer o generar violencia contra las mismas; y, a continuar con su desarrollo profesional (nivel de capacitación y crecimiento profesional), especialmente

en temas de género, discapacidad, interculturalidad, infancia, personas adultas mayores, migrantes y otros temas relacionados con grupos históricamente excluidos y/o víctimas de discriminación estructural” (artículo tercero de la parte resolutive).

Estas exhortaciones permiten fortalecer el sistema de administración de justicia⁴⁸ y garantizan el cumplimiento de las funciones constitucionales de los procedimientos de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales.

c) Procedimientos disciplinarios y destitución de jueces y fiscales

Las conductas que son pasibles de una sanción de destitución⁴⁹ –y que son totalmente distintas a los componentes evaluados en un procedimiento de evaluación integral y ratificación, según transcribimos antes– se encuentran taxativamente previstas, en el caso de juezas y jueces del Poder Judicial, en el artículo 48 de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial y, en el caso de fiscales del Ministerio Público, en el artículo 47 de la Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal, en los siguientes términos:

Artículo 48.- Faltas muy graves. Son faltas muy graves [de las juezas y jueces]:

1. Desempeñar simultáneamente a la función jurisdiccional empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados, salvo lo previsto en la Constitución para la docencia universitaria.
2. Ejercer la defensa o asesoría legal, pública o privada, salvo en los casos exceptuados por ley.
3. Actuar en un proceso o procedimiento a sabiendas de estar legalmente impedido de hacerlo.
4. Interferir en el ejercicio de funciones de los otros órganos del Estado, sus agentes o representantes, o permitir la interferencia de cualquier organismo, institución o persona que atente contra el órgano judicial o la función jurisdiccional.
5. Ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobrevenida.
6. No justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien [...]
7. Interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia en la interpretación o aplicación de la ley, salvo cuando se halle en conocimiento de la causa a través de los recursos legalmente establecidos.
8. Cometer actos de acoso sexual debidamente comprobados.
9. Establecer relaciones extraprocesales con las partes o terceros, que afecten su imparcialidad e independencia, o la de otros, en el desempeño de la función jurisdiccional.
10. La tercera falta grave que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera.
11. La afiliación a partidos, grupos políticos, grupos de presión; o el desarrollo de actos propios de estos grupos o en interés de aquellos en el ejercicio de la función jurisdiccional.
12. Incurrir en acto u omisión que, sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previstos en la ley.

48 Aunque quizás no sea en la mejor medida deseada. Por ejemplo, no se evalúa si los jueces y fiscales objeto de una evaluación integral tienen o no conocimiento de los idiomas nativos preponderantes en los lugares donde administran justicia, como sí ocurre en las evaluaciones de aspirantes a jueces y fiscales.

49 En el modelo inglés tenemos como antecedente de la destitución de jueces (aunque encargado a los órganos políticos) al *Act of settlement* (1701), donde se estableció respecto de los jueces que “upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them” (Parlamento del Reino Unido, 1701, III).

13. No motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales.

14. Incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución.

15. Omitir, retardar o negar la atención a las solicitudes y requerimientos de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial; o agredir física o verbalmente a sus integrantes, obstaculizando el ejercicio de sus competencias.

16. Abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado.

17. Dar información falsa en la solicitud de permisos, en la información proporcionada en su declaración de hoja de vida, de bienes y rentas, y de intereses.

Artículo 47. Faltas muy graves. Son faltas muy graves [de las y los fiscales] las siguientes:

1. Emitir resoluciones, disposiciones, providencias, dictámenes o requerimientos sin motivación.

2. Desempeñar, simultáneamente a la función fiscal, empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados, salvo lo previsto en la Constitución Política para la docencia universitaria.

3. Ausentarse injustificadamente del despacho fiscal [...]

4. Ejercer la defensa o asesoría legal pública o privada, salvo en los casos exceptuados por ley.

5. Actuar en un proceso o procedimiento a sabiendas de estar legalmente impedido de hacerlo.

6. Interferir en el ejercicio de funciones de los otros órganos del Estado, sus agentes o representantes o permitir la interferencia de cualquier organismo, institución o persona que atente contra el órgano fiscal o la función fiscal.

7. Ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobreviniente.

8. Intentar el ejercicio de influencia ante otros fiscales o jueces en causas que investigan o tramitan en el marco de sus respectivas competencias.

9. No justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien, previo requerimiento del órgano de control [...]

10. Cometer actos de acoso sexual o coacción laboral debidamente comprobados.

11. Establecer relaciones de carácter extraprocesal con las partes o terceros, que afecten su objetividad e independencia, o la de otros, en el desempeño de la función fiscal.

12. La tercera falta grave que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera.

13. Incurrir en acto u omisión que, sin ser delito, comprometa gravemente los deberes del cargo.

14. La afiliación a partidos, grupos políticos, grupos de presión; o el desempeño de actos propios de estos grupos o en interés de aquellos en el ejercicio de la función fiscal.

15. Los demás casos expresamente previstos en las leyes sobre la materia.

16. Omitir, retardar o negar la atención de las solicitudes y requerimientos de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público, o agredir física o verbalmente a sus integrantes, obstaculizando el ejercicio de sus competencias.

d) Diferencias entre el agua y el aceite: la ratificación y la destitución

El procedimiento disciplinario que puede generar la destitución de jueces o fiscales —a partir de lo antes expuesto— es distinto al procedimiento de evaluación integral (que genera una

eventual ratificación o no ratificación de un magistrado)⁵⁰, dadas las causales diferenciables que sustentan una y otra, por el trámite que se sigue en cada una de ellas, por el origen histórico de las mismas, por el periodo en que se realizan ambas, por el fin buscado en ellas y, también debería serlo, por las consecuencias de ambos supuestos, según abordaremos después.

Las diferencias descritas pueden ser graficadas de la siguiente forma:

Tabla 1
Diferencias entre los procedimientos

Diferencias entre los dos procedimientos		
INDICADOR	EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN INTEGRAL Y RATIFICACIÓN	EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO QUE PUEDE GENERAR UNA DESTITUCIÓN
CAUSAS O SUPUESTOS DE APLICACIÓN	Se evalúa la conducta e idoneidad de los jueces y fiscales, en base a los indicadores expresamente previstos en los artículos 43 y 46 del Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público ⁵¹ . Ninguna causal objeto de análisis en un procedimiento de evaluación integral y ratificación es analizado en un procedimiento disciplinario que puede generar una destitución: las causas que motivan una u otra son distintas.	Únicamente son pasibles de destitución los magistrados que incurren en las faltas muy graves previstas –en el caso de los jueces– en el artículo 48 de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial y –en el caso de fiscales del Ministerio Público– en el artículo 47 de la Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal Ninguna causal objeto de análisis en un procedimiento disciplinario –que puede generar una destitución– es analizado en un procedimiento de evaluación integral y ratificación: las causas que motivan una u otra son distintas.
TRÁMITE Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR	El procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales se divide en cuatro etapas: convocatoria, apersonamiento, evaluación y decisión. Además, el procedimiento a seguir en cada una de estas etapas esta taxativamente descrito en los Capítulos II a VIII del Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público.	El trámite de los tres tipos de procedimientos disciplinarios que puede seguir la Junta Nacional de Justicia se encuentra previsto en el Título VIII del Reglamento de Procedimientos Disciplinarios ⁵² . Las posibles sanciones a imponer y la procedencia expresa de destitución están reguladas en los artículos 65 y 67 del citado Reglamento.

50 El Tribunal Constitucional precisó que “el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso *sui generis*, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154 de la Constitución [...], dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado y los recabados a petición de [la hoy Junta Nacional de Justicia]” (Expediente N.º 1333-2006-PA/TC, f.j. 13-14).

51 Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2020c).

52 Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2020a).

Diferencias entre los dos procedimientos		
INDICADOR	EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN INTEGRAL Y RATIFICACIÓN	EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO QUE PUEDE GENERAR UNA DESTITUCIÓN
	La posibilidad de impugnar dicha decisión, los plazos y requisitos para ello, así como el trámite de la impugnación, la audiencia pública a convocarse y los requisitos de la decisión a adoptarse están previstos expresamente en el mencionado Reglamento, en sus artículos 65 a 73.	La posibilidad de impugnar la decisión final, los requisitos de tal impugnación, en trámite de tal recurso y la realización de la audiencia pública correspondiente también están previstos en los artículos 79 a 83 del citado Reglamento.
FINALIDAD	<p>Tiene por fin “fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, asegurando el mantenimiento de las capacidades y cualidades personales y profesionales que garantizan el correcto ejercicio de las funciones fiscales y judiciales” (artículo 2 del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público), a través de una evaluación donde es posible que la Junta Nacional de Justicia realice exhortaciones a los jueces y fiscales evaluados.</p> <p>La ratificación de jueces y fiscales, vista como un mecanismo de rendición de cuentas, permite la renovación del compromiso y la responsabilidad de la magistratura; es un mecanismo de control al ejercicio de la función pública del magistrado; incentiva la sana competencia en la carrera judicial; y, fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia.</p>	<p>Busca retirar –a través de la sanción de destitución– del sistema de administración de justicia a quienes cometieron las faltas muy graves previstas en la Ley de la Carrera Judicial o la Ley de la Carrera Fiscal (en caso de las faltas graves o leves existen otras sanciones posibles).</p> <p>Garantiza el control disciplinario de varias conductas concretas.</p>
PERIODO	Luego de 7 años de prestación de servicios a la Nación como juez o fiscal de cualquier nivel o especialidad.	No existe un periodo concreto. Puede realizarse en cualquier momento, siempre que se cometa una falta muy grave.
INFORMACIÓN UTILIZADA	Toda la información recabada durante los 7 años de labor del juez o fiscal evaluado y la presentada por los magistrados evaluados.	Solo la información que está directamente relacionada con la falta muy grave atribuida al juez o fiscal investigado.

Diferencias entre los dos procedimientos		
INDICADOR	EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN INTEGRAL Y RATIFICACIÓN	EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO QUE PUEDE GENERAR UNA DESTITUCIÓN
CONSECUENCIAS	El magistrado evaluado continúa prestando servicio por haber mostrado una conducta e idoneidad adecuadas (con el reconocimiento público que ello confiere a la labor del juez o fiscal) o cesa inmediatamente en sus funciones, pero puede volver a postular a la magistratura en el Poder Judicial o el Ministerio Público, en un posterior concurso público de méritos.	El magistrado sancionado no puede volver a ser juez o fiscal, fruto de la sanción impuesta. Se incorpora al magistrado en los registros de personas destituidas correspondientes.

Fuente: Elaboración propia.

Lo descrito también muestra que las únicas similitudes que presentan los procedimientos de evaluación integral y ratificación, y los procedimientos disciplinarios que generan una destitución, son la exigencia de una motivación suficiente de ambas decisiones, la posibilidad de que estos fallos puedan ser impugnados administrativa y judicialmente, que los procedimientos que generan las mismas son públicos y transparentes, y que las causales que sustentan una u otra están expresamente reguladas en las normas correspondientes (y que son distintas entre sí).

e) Principales objeciones a la ratificación de jueces y fiscales

Los principales cuestionamientos que constantemente se postulan en contra del procedimiento de ratificación de jueces y fiscales suelen ser la posible afectación de la independencia judicial⁵³ y el derecho a la permanencia en el servicio⁵⁴ de jueces y fiscales.

La independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales es entendida como “un mandato para que, en todos los poderes públicos, los particulares e incluso al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones”⁵⁵ (Expediente N.º 00020-2019-PI/TC, f.j. 86). Sin embargo, dicho principio

53 En el Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, sobre la Consulta subregional respecto de la independencia del Poder Judicial en América Central (2013, párr. 87), se precisa, como ejemplo de esta objeción, que “Otro reto común que afecta la independencia de la judicatura es la existencia de plazos cortos de los mandatos de los magistrados nombrados y la necesidad de realizar constantes reelecciones de los magistrados y jueces”, aun cuando en tal informe se analizan casos de reelecciones (ratificaciones en nuestro contexto) que dependen del poder político, lo cual en nuestro contexto no ocurre: la ratificación la hace la Junta Nacional de Justicia, no los Poderes Legislativo o Ejecutivo, como ocurre en la experiencia comparada.

54 En el Federalista N.º LXXVIII se precisa, por ejemplo, que “nada puede contribuir tan eficazmente a su firmeza e independencia como la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y, asimismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad pública” (Hamilton, 1788/2001, p. 331)

55 También se precisó que “el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones: a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desem-

—como todo derecho, principio, bien o valor constitucional— no es absoluto. Por ello, “a fin de conciliar el fortalecimiento de la independencia judicial y fiscal con la necesidad de evitar el abuso de poder y de garantizar la idoneidad del juez o fiscal, el legislador ha optado por configurar la institución de la ratificación de los jueces y fiscales” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 24).

Ello, además, porque “[l]a independencia judicial no puede desembocar en una irresponsabilidad del magistrado que, por otra parte, sería incompatible con el principio democrático del Estado de Derecho, por la simple razón de que todos los poderes estatales deberán responder por el ejercicio de sus funciones, según fluye del equilibrio constitucional subyacente. Por eso, es allí donde aparece la ratificación como forma en que la responsabilidad del juez debe verse constitucionalmente definida”⁵⁶ (Expediente N.º 0429-2015-PA/TC, f.j. 16).

Por eso el Tribunal Constitucional concluyó que la existencia del procedimiento evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales no contravine el principio de independencia judicial y fiscal (Expediente N.º 00013-2020-PI/TC, f.j. 89) y a similar conclusión arribaron la Comisión IDH (2019, p. 136) y la Relatoría sobre la independencia de los magistrados y abogados de Naciones Unidas (2014, p. 6), pues precisaron, respectivamente, que “[o]tra forma de restringir los espacios a la corrupción en la administración de justicia, es estableciendo sistemas de rendición de cuentas como forma de prevención contra corrupción judicial” y que “la rendición de cuentas es un concepto inherente al Estado de Derecho, que es uno de los principios fundamentales que promueven las Naciones Unidas”. Es más, “[d]icha Relatoría ha establecido con toda claridad que es un error considerar que la rendición de cuentas es una amenaza para la independencia judicial, ya que deben funcionar conjuntamente. La rendición de cuentas tiene una base en los principios anticorrupción” (Comisión IDH, 2019, p. 136)⁵⁷.

peñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sean acordes con ésta [...] b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión la independencia judicial implica, entre otros aspectos que dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie una impugnación; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial” (Expediente N.º 00020-2019-PI/TC, f.j. 86).

56 Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013, p. 38) indicó que “es preferible que las y los operadores no estén sujetos a procedimientos de reelección o ratificación”, también indicó que ello debe ocurrir “especialmente cuando la posibilidad de confirmar en el cargo o no al operador de justicia puede ser discrecional”, lo cual no ocurre en nuestro país, pues tal discrecionalidad se vio superada con la incorporación taxativa de los componentes de conducta e idoneidad que son evaluados en un procedimiento de ratificación de jueces y fiscales, según precisamos antes. Es más, la Comisión IDH mostró su clara preocupación por la designación y ratificación de jueces y fiscales en casos donde tales competencias están asignadas al gobierno o al legislativo, lo que —reiteramos— no existe en el contexto peruano (2013).

57 La Comisión IDH también señaló que “Para que la rendición de cuentas pueda darse es necesario que se den ciertos requisitos: reconocimiento de legitimidad de los estándares fijados, mecanismos y procedimientos claros y establecidos por ley y normas precisas sobre las autoridades supervisoras. Las formas de implementación de las rendiciones de cuentas pueden ser personales y/o institucionales. Las personales dicen relación con el cumplimiento de normas de conducta y actividades extrajudiciales en la medida que comprometan su independencia o imparcialidad y relacionadas con metas, tareas y objetivos de la actividad jurisdiccional, para lo cual deben existir normas claras e incluso códigos de conducta adecuados para ajustar la conducta de la magistratura; las institucionales abarcan a la organización institucional del sistema judicial. Para poder implementar estas formas de rendición de cuentas es necesario implementar indicadores y mecanismos de seguimiento” (2019, pp. 136-137).

Similar es el caso del derecho a la permanencia en el servicio. Según precisó el Tribunal Constitucional, “mientras se observe conducta e idoneidad propias de la función jurisdiccional, [este derecho] tiene dos límites constitucionales muy precisos: i) El primero, de carácter interno, que se traduce en el derecho de permanecer en el servicio entre tanto se observe conducta e idoneidad propias o acordes con la investidura de la función que se ejerce; ii) Y el segundo, de carácter temporal, en razón de que el derecho de permanecer en el servicio no es cronológicamente infinito o hasta que se cumpla una determinada edad, sino que está prefijado en el tiempo; esto es, por siete años, culminados los cuales la permanencia en el servicio se encuentra sujeta a la condición de que sea ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de Justicia)”⁵⁸ (Expediente N.º 00013-2020-PI/TC, f.j. 81).

En cualquier caso, los procedimientos de ratificación de jueces y fiscales son la forma mediante la cual las autoridades jurisdiccionales y fiscales afrontan su alta responsabilidad con el país y la ciudadanía, pues “el objetivo que persigue [el procedimiento de ratificación] es lograr la eficiencia en el desempeño de la función jurisdiccional y mejorar, además, el rendimiento de la impartición de justicia en el país” (Expediente N.º 00013-2020-PI/TC, f.j. 86). Dicho de otro modo, “El proceso de evaluación y ratificación de magistrados [del Poder Judicial y el Ministerio Público] es uno de los pilares para contar con una magistratura idónea e independiente” (Silva, 2016, p. 16).

Es más, los procedimientos de evaluación integral y ratificación deben ser vistos por las y los jueces y fiscales evaluados como oportunidades de rendición de cuentas a la Nación y de mejora de sus competencias (antes que como amenazas a su labor jurisdiccional o fiscal).

2. Rol de la jurisprudencia de la Corte IDH

El Tribunal Constitucional, en su actual conformación, señaló que “lo expuesto por la Corte IDH es una línea doctrinaria” o que es “doctrina que puede ayudar al constituyente” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 51 y 60); es más, este criterio también estuvo presente en algunos magistrados de la anterior conformación del Tribunal Constitucional⁵⁹.

Dichas afirmaciones, que niegan el valor vinculante de las decisiones de la Corte IDH (en casos contenciosos u opiniones consultivas), en nuestro entendimiento son inadmisibles en un juez constitucional⁶⁰, por las siguientes razones:

- El Estado peruano, mediante el Decreto Ley N.º 22231 (1978), ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y reconoció la competencia de la Comisión IDH y la Corte IDH (1981).

58 El Tribunal Constitucional, en otro momento, precisó que “una vez culminados esos siete años, el derecho de permanecer en el cargo se relativiza, pues, a lo sumo, el magistrado o miembro del Ministerio Público sólo tiene el derecho expectatio de poder continuar en el ejercicio del cargo, siempre que logre sortear satisfactoriamente el proceso de ratificación” (Expedientes N.º 1941-2002-AA/TC, f.j. 11, y N.º 8105-2005- PA/TC, f.j. 4).

59 Blume Fortini y Sardón de Taboada también realizaron afirmaciones similares en sus votos del Expediente N.º 01739-2018-AA/TC.

60 Como señala Tomas y Valiente (1993, p. 15), el Tribunal Constitucional “necesita la crítica de todos los juristas y, muy en especial, de los constitucionalistas”. Nosotros no rehuimos a dicho imperativo académico.

- El artículo 68 de la CADH establece que “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” y el artículo 55 de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.
- La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con relación a la interpretación de los derechos fundamentales, establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
- El artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, con relación a la interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales, establece que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”⁶¹.

De otro lado, el mismo Tribunal Constitucional, en abundante jurisprudencia, ha señalado lo siguiente:

- En el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC precisó que los derechos “deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte [...] En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones” (f.j. 23).
- En el Expediente N.º 2730-2006-PA/TC señaló que “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional [...] sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución [...] exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder” (f.j. 9).
- Además, precisó que “La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive [...] sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*,

61 Lo mismo hacía el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2004).

con el agregado de que [...] en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención [...] hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal” (f.j. 12). Este criterio también fue ratificado en el Expediente N.º 03173-2008-PHC/TC (f.j. 47 y 48).

- En el Expediente N.º 00007-2007-PI/TC recalcó que “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (f.j. 36).

Entonces, en cumplimiento de la normativa y jurisprudencia descritas, “es indispensable que, para efectos de interpretar y determinar el contenido y alcances de los derechos fundamentales, se deba considerar, entre otros aspectos, las decisiones adoptadas por tribunales supranacionales⁶², por lo que no es posible desconocer o prescindir de ellas” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, voto singular del magistrado Ochoa Cardich, p. 59), como hizo la actual conformación del Tribunal Constitucional, en mayoría.

Lo descrito, sin embargo, no significa que exista una suerte de sujeción acrítica a la jurisprudencia de la Corte IDH u otros tribunales internacionales, sino el compromiso-deber de cooperación jurisprudencial entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales. Así también lo entendieron las altas cortes nacionales:

- El Tribunal Constitucional, por ejemplo, señaló la Corte IDH no ejerce jerarquía sobre los tribunales nacionales, sino que existe *una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados’. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte” (Expediente N.º 2730-2006-PA/TC, f.j. 15).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por su parte, precisó que los jueces del Poder Judicial deben interpretar los enunciados normativos nacionales de modo “que se adecúen a lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (aplicables a nuestro país) y lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y que ello “no significa aplicar a ciegas los enunciados normativos o la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en desmedro del derecho nacional, debido a que ambos se complementan. Más bien significa que, si el ordenamiento nacional otorga mayor,

62 Como señala García-Sayán, de esta forma se avanza “en lo que hace pocos años era poco menos que una “herejía” para la mayoría de los tribunales de la región, que consistía en establecer que las sentencias de la Corte son de obligatorio cumplimiento por todos los tribunales nacionales” (s/f, p. 19).

mejor o más amplia protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar”⁶³ (Casación N.º 870-2019 Ayacucho, f.j. octavo).

Un similar razonamiento también fue postulado por el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al precisar que “las garantías reconocidas en el [citado] Pacto pueden estar mejor protegidas en los Estados en los que el Pacto pase a ser parte del orden jurídico interno automáticamente o mediante recepción Específica” (2004, párrafo 13).

IV. Crítica a la decisión del Tribunal Constitucional

Considerando entonces, de un lado, la distinción desarrollada entre los procedimientos de evaluación integral y ratificación y los procedimientos disciplinarios y, de otro lado, el rol de la jurisprudencia de la Corte IDH, toca ahora articular nuestra crítica a la decisión del Tribunal Constitucional, emitida en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024).

1. *Aplicación de la distinción de no ratificación y destitución*

A partir de la diferenciación histórica, normativa, conceptual y jurisprudencial desarrolladas, resulta claro que las acciones de ratificación y de destitución de jueces y fiscales son distintas⁶⁴. Esta diferencia principalmente se sustenta –como explicamos antes– en las siguientes características de ambos procedimientos:

- La evaluación integral y ratificación es un procedimiento que tiene por fin la renovación del compromiso y responsabilidad de la magistratura del juez o fiscal evaluado, es un mecanismo de control al ejercicio de la función pública del magistrado, incentiva la sana competencia en la carrera judicial y fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia (Tribunal Constitucional, Sentencia Del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3361-2004-AAITC), y cuyos

63 En similares términos, el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) establece que “En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

64 En los procedimientos disciplinarios únicamente se analizan la configuración de determinadas causas muy graves en que los jueces o fiscales podrían incurrir, como son el hecho de que los magistrados ejerzan la defensa o asesoría legal pública o privada, interfieran en el ejercicio de funciones de los otros órganos del Estado, cometan actos de acoso sexual debidamente comprobados, tengan afiliación a partidos, grupos políticos o grupos de presión, abusen de su condición de jueces o fiscales para obtener un trato favorable o injustificado, o den información falsa en la solicitud de permisos, entre otros supuestos. En los procedimientos de evaluación integral y ratificación no se analizan las causales expuestas, sino que se busca “fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo un servicio público de justicia independiente, imparcial, idóneo, predecible, confiable, eficiente, transparente y libre de corrupción” y para ello se analizan, en el rubro conducta, las medidas disciplinarias que se imponen a los magistrados, su asistencia, puntualidad y el uso adecuado de sus licencias, los informes que remiten los Colegios de Abogados sobre la labor de los magistrados, sus informes patrimoniales, sus antecedentes policiales, judiciales o penales, la observancia y el respeto a la interculturalidad de los pueblos y las normas éticas, sociales y jurídicas sobre violencia de género, protección de la mujer, niñas, niños, las y los adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores, entre otros supuestos; y, en el rubro idoneidad, se analizan la calidad de las sentencias y dictámenes que emiten, la calidad en la gestión de los procesos y/o investigaciones, la celeridad y su rendimiento, la organización del trabajo, la calidad de sus publicaciones y si vienen capacitándose constantemente o no; aspectos que no son evaluados en un procedimiento disciplinario (Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 890/2021, p. 8).

componentes de evaluación están taxativamente previstos en el Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución N.º 260-2020-JNJ. Este procedimiento se rige por una serie de principios constitucionales y convencionales, exige una justificación cualificada de las decisiones adoptadas y otorga a los magistrados ratificados y especialmente no ratificados la oportunidad de cuestionar la decisión que se emita, tanto en sede administrativa como en sede judicial. Todo a fin de “fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo un servicio público de justicia independiente, imparcial, idóneo, predecible, confiable, eficiente, transparente y libre de corrupción” (artículo 2 del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público).

- La destitución, por su parte, se configura –luego de seguirse un procedimiento disciplinario que garantice los contenidos clásicos y contemporáneos del derecho al debido proceso– únicamente cuando se acredita la comisión, en el caso de juezas y jueces, de las faltas muy graves previstas en el artículo 48 de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial y, en el caso de fiscales, de las faltas muy graves previstas en el artículo 47 de la Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal.

Las causales que se evalúan en uno y otro caso son totalmente distintas (no coinciden en ningún supuesto), a propósito de la finalidad de ambos procedimientos, que precisamos antes.

Por ello, impedir de plano que un juez o fiscal no ratificado pueda reingresar a la administración de justicia –como literalmente dispone el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución y concluyó el Tribunal Constitucional– significaría otorgar a la ratificación y a la destitución las mismas consecuencias jurídicas: una inhabilitación para volver a postular al cargo. Con ello admitiríamos que la no ratificación significa, por las consecuencias, lo mismo que la destitución (según también concluyó la Corte IDH, 2021) o, dicho de otro modo, que la destitución y la no ratificación son procedimientos sancionatorios con las mismas consecuencias, pero con distintos supuestos generadores, aun cuando se tiene claro que “la no ratificación no implica una sanción” y que “la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial [o fiscal] es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución [denominada ratificación]” (Expediente N.º 1333-2006-PA/TC, f.j. 4).

Es más, en la práctica podría parecer irrazonable negar la posibilidad de reingreso de ciertos magistrados no ratificados por las razones que en algunos casos la Junta Nacional de Justicia viene asumiendo para justificar no ratificaciones de jueces o fiscales⁶⁵. Por ejemplo, en las Resoluciones

65 Algunas de las causas más comunes que –combinadas– generan la no ratificación de las y los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público son (i) la imposición de un número importante de sanciones disciplinarias (menores a la destitución) a los jueces y fiscales no ratificados, en el periodo objeto de evaluación integral y ratificación; (ii) la no presentación oportuna de sus fichas únicas de magistrados (donde se anexan todos los documentos que son objeto de evaluación integral), a fin de sustentar los rubros de conducta e idoneidad que son analizados por la Junta Nacional de Justicia; (iii) la existencia de inconsistencias patrimoniales detectadas entre los ingresos anuales y los ahorros declarados por los magistrados evaluados; (iv) la no presentación de sus declaraciones juradas anuales de ingresos, bienes y rentas; (v) el escaso nivel de productividad en la labor judicial o fiscal (analizados como celeridad y rendimiento), en el periodo de 7 años objeto de evaluación integral; (vi) la falta de capacitación y poca diligencia en la formación jurídica de los magistrados evaluados, en la Academia de la Magistratura o universidades licenciadas, en

N.º 064-2023-PLENO-JNJ y N.º 080-2023-PLENO-JNJ, no se ratificó a dos fiscales porque – entre otras razones– no presentaron oportunamente sus fichas únicas de magistrados (ello redujo los puntajes que podían obtener en la evaluación integral). En nuestro entendimiento, impedir que dichos magistrados puedan volver a postular a la magistratura, por el solo hecho de no haber presentado las mencionadas fichas únicas, resultaría irrazonable⁶⁶.

Otro ejemplo es el caso de no ratificaciones amparadas en la no capacitación suficiente de los jueces y fiscales evaluados –en el periodo de evaluación integral–, que creemos tampoco es una razón suficiente para concluir que un magistrado no cumple las exigencias mínimas para ser juez o fiscal, por lo siguiente:

- La falta de capacitación en la Academia de la Magistratura o universidades licenciadas por la SUNEDU –según exige el artículo 20 del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público– puede obedecer a la propia sobrecarga de trabajo que enfrentan los órganos jurisdiccionales y fiscales nacionales o que cerca al lugar donde el magistrado evaluado presta servicios no existen instituciones dedicadas a la formación académica de rigor.
- El Reglamento de Evaluación Integral y Ratificación tampoco hace referencia a un número mínimo de horas de capacitación exigibles y, peor aún, indica que “Los estudios llevados a cabo en el extranjero en instituciones análogas deben contener la certificación correspondiente de la SUNEDU” (artículo 20), sin considerar que esta institución únicamente análoga grados profesionales, mas no especializaciones, diplomados, cursos o títulos propios otorgados por instituciones académicas del mundo.

Además, las razones que ampararon una no ratificación de jueces o fiscales pueden ser evaluadas en el nuevo procedimiento de selección y nombramiento de jueces y fiscales, donde también se analizarían una serie de requisitos y exigencias constitucionales y legales. Así también lo entendió el Tribunal Constitucional al precisar que las “razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato” (Expediente N.º 1333-2006-PA/TC, f.j. 13-14).

Por tanto, consideramos que la interpretación literal realizada por la actual conformación del Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024), resulta errada.

el periodo objeto de evaluación integral; y, (vii) la presencia de sanciones por infracciones de tránsito a las y los jueces y fiscales evaluados, según aparece de las Resoluciones N.º 080-2023-PLENO-JNJ, N.º 078-2023-PLENO-JNJ, N.º 077-2023-PLENO-JNJ, N.º 075-2023-PLENO-JNJ, N.º 064-2023-PLENO-JNJ y N.º 056-2023-PLENO-JNJ, por citar algunos ejemplos (estas decisiones están disponibles en la página web de la Junta Nacional de Justicia, con la palabra de búsqueda “no ratificación”: <https://extranet.jnj.gob.pe/public/boletinV2/index>).

⁶⁶ La no presentación de información puede ser justificada a futuro, dependiendo de las circunstancias de cada caso; por ejemplo, que no se presentó dicha información porque el magistrado no quería ser parte del procedimiento de evaluación integral (por distintas razones) y aun así fue parte del mismo, con la consecuente no ratificación.

2. *Aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH*

La Corte IDH, en el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú*⁶⁷ (2021b), advirtió que “la normativa vigente [en la Constitución de 1993] mantiene la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, pese a que el Estado reiteradamente ha señalado que el Tribunal Constitucional [...] indicó que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial y al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial”. Por ello, la Corte IDH concluyó que “es necesario que el Estado [peruano] adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia, en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público” (párrafos 205 y 206).

Esta decisión de la Corte IDH, según indicamos antes, debe ser considerada por el Estado, los jueces peruanos y las autoridades nacionales, pues así lo establecen, normativamente, el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional; y, jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional, en los Expedientes números 5854-2005-PA/TC, 2730-2006-PA/TC, 03173-2008-PHC/TC y 00007-2007-PI/TC, al igual que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.º 870-2019 Ayacucho, entre otras decisiones de estas Altas Cortes nacionales.

Por tanto, que el Tribunal Constitucional, en su actual conformación, haya precisado que la jurisprudencia de la Corte IDH “es una línea doctrinaria” o que es “doctrina que puede ayudar al constituyente” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, f.j. 51 y 60), resulta incorrecto, preocupante e inadmisibles –por decir lo menos– en la más alta judicatura constitucional del país.

V. **Control de convencionalidad de la Constitucional y apartamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

La Procuraduría Pública de la Junta Nacional de Justicia señaló que “inaplicar [...] el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución, sería incumplir con las funciones y obligaciones constitucionales conferidas” (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC, Antecedentes) a dicha institución. Sin embargo, no consideró la posibilidad de realizar un control de convencionalidad de la propia Constitución, a propósito de la jurisprudencia de la Corte IDH existente al respecto, incluso en dos casos donde el Estado peruano fue parte (*Moya Solís vs. Perú* y *Cuya Lavy y otros vs. Perú*).

67 La Comisión IDH (2018, p. 15) elevó el caso ante la Corte IDH porque consideró que existía una vulneración de: “1. El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y de tener el tiempo y los medios adecuados para la defensa; 2. El derecho a contar con decisiones debidamente motivadas y el principio de legalidad; y 3. El derecho a recurrir el fallo y la protección judicial. Finalmente, la CIDH se referirá al derecho de acceder a la función pública”. De otro lado, en palabras de Portocarrero Quispe, “El referido caso pone en evidencia la relación de tensión existente entre, por un lado, el legítimo interés de los magistrados de verse libres de cualquier tipo de situación que condicione el sentido de sus decisiones, y, por otro lado, el interés del Estado, como ente que ejerce poder político en favor de la colectividad, de contar con magistrados probos e idóneos” (2023, p. 361).

De un lado, en cuanto al control de convencionalidad, la Corte IDH ha emitido abundante jurisprudencia⁶⁸. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006a), por ejemplo, estableció por primera vez que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Es más, precisó que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y que en esa tarea se “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párrafo 124).

Luego, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006b), agregó que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (párrafo 128). Después, en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), amplió la inicial posibilidad de que sólo los jueces puedan hacer un control de convencionalidad, al precisar que “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párrafo 239) realizar el control de convencionalidad.

Entonces, siguiendo el razonamiento de la Corte IDH, existe la posibilidad de que los jueces y las autoridades públicas nacionales realicen un control de convencionalidad del inciso

68 El término control de convencionalidad fue acuñado, por primera vez, por Sergio García Ramírez, en su voto razonado del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003). Luego fue asumido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006a) y concretado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006b). Además, “desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009).

Posteriormente, los alcances del control de convencionalidad, fueron reiterados en las siguientes sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010); *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010). Al año siguiente, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en los siguientes casos: *Gelman vs. Uruguay* (2011), *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), *López Mendoza vs. Venezuela* (2011), y *Fontevéchia y D'amico vs. Argentina* (2011).

Un año más tarde, con mayores y menores matices [...] fue reiterada en los siguientes casos: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y Familiares vs. Argentina* (2012), *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* (2012), y *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012). Asimismo, al año siguiente, la línea jurisprudencial fue reiterada en tres sentencias: *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (2013), y *J. vs. Perú* (2013).

En el año 2014 [...] en los casos: *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*, *Norin Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, y *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

De igual manera, en el año 2015, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias: *López Lone y otros vs. Honduras*, *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, y *García Ibarra y otros vs. Ecuador*.

Finalmente, durante el año 2016, dicha jurisprudencia ha sido incluida en la sentencia del caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú* (Vargas Lima, 2021, pp. 187-188), por citar algunos casos.

2 del artículo 154 de la Constitución, donde deben considerar los tratados sobre derechos humanos y la interpretación que de los mismos hizo la Corte IDH, siempre que estas otorguen mayor o más amplia protección a los derechos fundamentales.

De otro lado, la Corte IDH también emitió jurisprudencia con relación a la prohibición de que los jueces y fiscales no ratificados puedan reingresar a la magistratura nacional, prevista en la Constitución de 1993 (y ratificada en la reforma de 2019):

- En el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b) concluyó que “es necesario que el Estado [peruano] adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público”. Además, señaló que “Independientemente de las reformas que deba adoptar el Estado, mientras estas no se produzcan, las autoridades estatales [peruanas] están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (párrafo 206).
- En la Interpretación de la Sentencia del caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2022), la Corte IDH agregó que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que permitan [...] reingresar a los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público” (párrafo 22) y en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la citada sentencia (2023) resolvió mantener abierto el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la medida de “adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno del Perú a los parámetros establecidos en la Sentencia en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público” (segundo párrafo de la parte resolutive)⁶⁹.

Por tanto, en atención a la normativa y jurisprudencia descritas, el Poder Judicial –habilitado expresamente por la Corte IDH– y la Junta Nacional de Justicia, como *juez de jueces* y órgano constitucional autónomo encargado del nombramiento de las y los jueces y fiscales de todo el país, deben realizar un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 24 de la Constitución, a fin de cumplir sus competencias constitucionales, hacer efectivo lo expresamente dispuesto en la sentencia del caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b) y no incurrir en responsabilidad internacional⁷⁰, pues el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –respecto a la relación entre el derecho interno y la observancia de los tratados– establece que un “Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Ello, además, porque existe la posibilidad de que los jueces del Poder Judicial se aparten de la decisión del Tribunal Constitucional (Expediente N.º 00940-2022-PA/TC), pues esta

69 En el reporte sobre el cumplimiento de la sentencia del caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* se observa que está pendiente de cumplimiento el extremo referido a “Adecuar, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la presente Sentencia, en los términos de lo dispuesto en los párrafos 203 a 206” (Corte IDH, 2023, segundo párrafo de la parte resolutive).

70 Eso hicieron, por ejemplo, los jueces de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Expediente N.º 00484-2023-0-0601-JR-CI-03, donde realizaron un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución.

Alta Corte señaló que “En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse [...] por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto”. Incluso dicho Tribunal precisó que “es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial”, al punto que “el grado de vinculación [de la decisión del Tribunal Constitucional] disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación [realizada por las y los jueces del Poder Judicial] que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado” (Expediente N.º 4853-2004-PA/TC, f.j. 16).

En otras palabras, es cierto que “las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado” (Expediente N.º 1333-2006-PA/TC, f.j. 11). Sin embargo, existe la posibilidad de apartarse de dicha jurisprudencia, realizando un control de convencionalidad de la Constitución, a fin de cumplir compromisos internacionales sobre derechos humanos y con el objeto de optimizar el alcance de los derechos reconocidos en las normas nacionales o del derecho internacional de los derechos humanos. Ello, además, porque, “como afirma Häberle [...] en una democracia cívica pluralista, todos los ciudadanos son ‘guardianes de la Constitución’” (Expediente N.º 01803-2023-PHC/TC, f.j. 20).

En resumidas cuentas, es posible que los *jueces* del Poder Judicial y los *jueces de jueces* de la Junta Nacional de Justicia se aparten de la interpretación del Tribunal Constitucional, realizada en el Expediente N.º 00940-2022-PA/TC (2024), en ejercicio del control de convencionalidad de la Constitución, para otorgar mayor o más amplia protección a los derechos fundamentales y cumplir así los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, exponiendo también las razones suficientes para realizar dicho control de convencionalidad, considerando además que –como sostiene Barberá (2014, p. 1)– “la Corte Constitucional es la guardiana cuidadosa de la Constitución, pero la Constitución no pertenece a quienes la custodian. Es de todos”.

Conclusiones y sugerencias

La ratificación de jueces y fiscales tuvo distintos fines en la historia constitucional peruana. Inicialmente fue pensada para controlar la independencia del Poder Judicial, luego fue utilizada para con fines claramente políticos, sin que siquiera se exija una justificación de tales decisiones. Después se la entendió como una sanción moral y laboral, por el desprestigio que generaba suponer la no ratificación y, finalmente, hoy se la entiende como un mecanismo de rendición de cuentas y una evaluación integral de la conducta e idoneidad de las y los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, por causales claramente tasadas, en un periodo y procedimiento público, transparente y definido, con una exigencia de motivación cualificada de las razones por las cuales se ratifica o no ratifica a un magistrado y con la posibilidad de que las decisiones de no ratificación sean cuestionadas ante la Junta Nacional de Justicia y/o el Poder Judicial.

Con la identificación taxativa de los componentes de idoneidad y conducta que son analizados en un procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales se superó

el principal cuestionamiento de la Comisión IDH, realizado en su informe final del caso *Jorge Luis Cuya Lavy y otros* (2018) y que después generó que el Estado peruano sea condenado internacionalmente por la vulneración de distintos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales es un mecanismo de control del ejercicio de la función pública del magistrado, que permite la renovación del compromiso y la responsabilidad de las y los jueces y fiscales e incentiva la sana competencia en la carrera judicial, fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia (Expediente N° 3361-2004-AA/TC) y, además, coadyuva a fortalecer el sistema de administración de justicia, con las exhortaciones que realiza la Junta Nacional de Justicia en las decisiones de ratificación de jueces y fiscales que emite.

Los principales cuestionamientos que se postulan en contra de la ratificación de jueces y fiscales son la posible afectación a la independencia judicial y el derecho a la permanencia en el servicio; sin embargo, estos no son absolutos. Su límite es la rendición de cuentas que deben realizar los jueces y fiscales a la ciudadanía, y así afrontar su alta responsabilidad con el país, con lo cual también se concilia “el fortalecimiento de la independencia judicial y fiscal con la necesidad de evitar el abuso de poder y de garantizar la idoneidad del juez o fiscal” (Expediente N° 00940-2022-PA/TC, f.j. 24).

La ratificación de jueces y fiscales debe ser vista como una oportunidad de mejora; “es un error considerar que la rendición de cuentas es una amenaza para la independencia judicial, ya que deben funcionar conjuntamente. La rendición de cuentas tiene una base en los principios anticorrupción” (Comisión IDH, 2019, p. 136).

En cumplimiento de la normativa y jurisprudencia constitucional, no es posible desconocer las decisiones de la Corte IDH, como hizo la actual conformación del Tribunal Constitucional, en mayoría, más aún si dichas decisiones versan sobre casos peruanos. Ello, sin embargo, no significa asumir acríticamente la jurisprudencia de la Corte IDH u otros tribunales internacionales; es, más bien, un compromiso de cooperación jurisprudencial entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales, donde siempre debe primar las interpretaciones que mayor o más amplia protección otorguen a los derechos.

La Corte IDH, en el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b), concluyó que no es posible impedir a los magistrados no ratificados que puedan postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues la no ratificación no es impedimento para reingresar a la administración de justicia; además, indicó que es necesario que la normativa peruana se adecue prontamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual debe ser así garantizado por las autoridades nacionales, en cumplimiento del artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los Expedientes 5854-2005-PA/TC, 2730-2006-PA/TC, 03173-2008-PHC/TC y 00007-2007-PI/TC.

Siguiendo el razonamiento de la Corte IDH, de los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011), entre otros fallos, las y los jueces del Poder Judicial y las autoridades públicas nacionales, entre ellas la Junta Nacional de Justicia, deben realizar un control de convencionalidad del inciso 2 del artículo 154 de la Constitución, según dispuso la Corte

IDH en el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (2021b), en la Interpretación de la Sentencia de tal caso (2022) y en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de dicha sentencia (2023), a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, según también prevé el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Los *jueces* del Poder Judicial y los *jueces de jueces* de la Junta Nacional de Justicia pueden apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, instaurada en el Expediente N° 00940-2022-PA/TC, realizando un control de convencionalidad de la Constitución, a fin de cumplir compromisos internacionales sobre derechos humanos y con el objeto de optimizar el alcance de los derechos reconocidos en las normas nacionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

REFERENCIAS

- Apaza Jallo, N. J. (2023). Entre la tiranía del control difuso y la pasividad de la interpretación conforme con la Constitución. *Gaceta Constitucional*, (188), 103-125.
- Barberá, A. A. (2024). *La Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale*.
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20240318152020.pdf
- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822-1933)* (Tomo 15). Orbis Ventures S.A.C.
- Calderón Puertas, C. (2022). *Discurso de orden del magistrado Carlos Calderón Puertas por el Día de Juez y la Jueza*.
<https://www.youtube.com/watch?v=UDQZXFIQ5Pc>
- Congreso de la República del Perú (1919). *Ley N.º 4000*.
- Congreso de la República del Perú (2004). *Código Procesal Constitucional* (Ley N.º 28237).
- Congreso de la República del Perú (2008). *Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial*.
- Congreso de la República del Perú (2016). *Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal*.
- Congreso de la República del Perú (2018). *Ley N.º 30904, Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia*.
- Congreso de la República del Perú (2019). *Ley N.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*. Congreso de la República del Perú (2021). *Nuevo Código Procesal Constitucional* (Ley N.º 31307).
- Comisión Especial para la Reforma de la Administración de Justicia - CERIAJUS (2004). *Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución - Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*.
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1491/ceriajus-preguntas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*.
<https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236
<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Informe N.º 159/18. Caso 12.993, Fondo, Jorge Luis Cuya Lavy y otros*, del 17 de diciembre de 2018.
<https://summa.cejil.org/es/entity/i4svlxaqw9?page=1>
- Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán (2017). *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931*. Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1931)
- Comité de Derechos Humanos (2004). *Observación General N.º 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*.
<https://www.refworld.org/es/leg/coment/hrc/2004/es/52451>

- Corte Superior de Justicia de Cajamarca (2023). *Expediente N.º 00484-2023-0-0601-JR-CI-03*.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente (2019). *Casación N.º 870-2019 Ayacucho*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2003). *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006a). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006b). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011). *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021a). *Caso Moya Solís vs. Perú*. Sentencia de 3 de junio de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_425_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021b). *Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022). *Interpretación de la Sentencia del caso Cuya Lavy y otros vs. Perú*. Sentencia de 27 de julio de 2022 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_456_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). *Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Cuya Lavy y otros vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2023. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cuya_lavy_07_02_23.pdf
- Estados Unidos de América (1787). *Constitución de los Estados Unidos de América*. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Frisancho, I. M. (1946). *Los tiranos no nacen, sino que los hacen*. Bajel. En: Ramos Núñez, Carlos (2015). *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Belaunde, D. (1993). *La reforma del Poder judicial en el Perú*. IUS ET VERITAS, 4(7), 67-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15395>
- García-Sayán, D. (s/f). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: efectos de las decisiones de la CIDH*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26903.pdf>

- Hamilton, A. (2001). El federalista LXXVIII. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El federalista* (G. R. Velasco, Trad.; 2ª ed., pp. 330-336). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicada en 1788)
- Junta Nacional de Justicia (JNJ). (2020a). *Resolución N.º 008-2020-JNJ, Reglamento de Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2020b). *Reglamento del Concurso para la Selección y Nombramiento de los/las Jefes(as) de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público* (Resolución N.º 046-2020-JNJ).
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2020c). *Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces y juezas del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público* (Resolución N.º 260-2020-JNJ).
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2021). *Reglamento de los Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales - Acceso Abierto* (Resolución N.º 047-2021-JNJ).
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022a). *Resolución N.º 181-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022b). *Resolución N.º 184-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022c). *Resolución N.º 190-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022d). *Resolución N.º 194-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022e). *Resolución N.º 216-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022f). *Resolución N.º 231-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022g). *Resolución N.º 239-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022h). *Resolución N.º 267-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022i). *Resolución N.º 268-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022j). *Resolución N.º 269-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022k). *Resolución N.º 272-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022l). *Resolución N.º 277-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022m). *Resolución N.º 284-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022n). *Resolución N.º 300-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022o). *Resolución N.º 305-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2022p). *Resolución N.º 313-2022-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023a). *Resolución N.º 040-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023b). *Resolución N.º 041-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023c). *Resolución N.º 049-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023d). *Resolución N.º 050-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023e). *Resolución N.º 054-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023f). *Resolución N.º 055-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023g). *Resolución N.º 056-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023h). *Resolución N.º 064-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023i). *Resolución N.º 066-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023j). *Resolución N.º 069-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023k). *Resolución N.º 075-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023l). *Resolución N.º 077-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023m). *Resolución N.º 078-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023n). *Resolución N.º 080-2023-PLENO-JNJ.*
- Junta Nacional de Justicia (JNJ) (2023o). *Resolución N.º 081-2023-PLENO-JNJ.*

- Miranda Molina, F. (2021). *Las ratificaciones judiciales en el Perú*. Tesis. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
- Miranda Bonilla, H. (2019). El Consejo Superior de la Magistratura Italiano como órgano de garantía de la independencia judicial. *Revista Judicial*, (126), 55-69. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39746.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Osterling Parodi, F. (2013). *Páginas del viejo armario*. Estudio Osterling Sociedad Civil, segunda edición.
- Parlamento del Reino Unido. (1701). *Act of Settlement*.
- Portocarrero Quispe, J. (2023). Restricciones a la independencia judicial en el Perú: análisis del caso Cuya Lavy y otros vs. Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho político*, (117), 359-386.
- Poder Ejecutivo del Perú (1930). *Decreto Ley N.º 6875*.
- Poder Ejecutivo del Perú (1963). *Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial*.
- Poder Ejecutivo del Perú (1969). *Decreto Ley N.º 18060*.
- Poder Ejecutivo del Perú (1978). *Decreto Ley N.º 22231*.
- Ramírez Huaroto, B. (2021). Ratificación automática como grave irregularidad inconstitucional: desafío para la refundación del sistema de justicia peruano. En: D. Lovatón (Coord.), *Junta Nacional de Justicia (JNJ): nueva oportunidad para la justicia en el Perú* (pp. 289-310). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CICAJ).
- Ramos Núñez, C. (2011). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo VII. La dogmática en triunfo*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2015). *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul. A/HRC/23/43/Add.4 https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-43-Add4_sp.pdf
- Relatoría sobre la independencia de los magistrados y abogados de Naciones Unidas (2014). *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul. A/HRC/26/32 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9618.pdf?view=1>
- San Martín Castro, C. (1992). La justicia en el Perú y el golpe de Estado del presidente Fujimori. *Jueces para la democracia*, (15), 66-69.
- Savigny, F. C. v. (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual* (J. Mesía y M. Pley, Trad.; Tomo I). F. Góngora y Compañía. (Trabajo original publicado en 1840)
- Silva del Carpio, C. (2016). *Prólogo*. En: Bernal Pacheco, Manuel Ignacio. *La evaluación de jueces. La única reforma posible en el sistema de justicia peruano*. Instituto de Defensa Legal.
- Tomas y Valiente, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Tribunal Constitucional (2003a). Sentencia recaída en el expediente N.° 1941-2002-AA/TC. 27 de enero de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003b). Sentencia recaída en el expediente N.° 1525-2003-AA/TC. 15 de junio de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003c). Sentencia recaída en el expediente N.° 2731-2003-AA/TC. 11 de noviembre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2004a). Sentencia recaída en el expediente N.° 0023-2003-AI/TC. 9 de junio de 2004.
- Tribunal Constitucional (2004b). Sentencia recaída en el expediente N.° 0858-2003-AA/TC. 24 de marzo de 2004.
- Tribunal Constitucional (2005a). Sentencia recaída en el expediente N.° 3361-2004-AA/TC. 12 de agosto de 2005.
- Tribunal Constitucional (2005b). Caso Lizana Puelles. Sentencia recaída en el expediente N.° 5854-2005-PA/TC. 8 de noviembre de 2005.
- Tribunal Constitucional (2006a). Sentencia recaída en el expediente N.° 1333-2006-AA/TC. 8 de enero de 2006.
- Tribunal Constitucional (2006b). Sentencia recaída en el expediente N.° 2730-2006-PA/TC. 21 de julio de 2006.
- Tribunal Constitucional (2007a). Sentencia recaída en el expediente N.° 8105-2005-PA/TC. 10 de abril de 2007.
- Tribunal Constitucional (2007b). Sentencia recaída en el expediente N.° 4853-2004-PA/TC. 19 de abril de 2007.
- Tribunal Constitucional (2007c). Sentencia recaída en el expediente N.° 00007-2007-PI/TC. 19 de junio de 2007.
- Tribunal Constitucional (2008). Sentencia recaída en el expediente N.° 03173-2008-PHC/TC. 11 de diciembre de 2008.
- Tribunal Constitucional (2009). Sentencia recaída en el expediente N.° 01412-2007-PA/TC. 11 de febrero de 2009.
- Tribunal Constitucional (2010). Sentencia recaída en el expediente N.° 00006-2009-PI/TC. 22 de marzo de 2010.
- Tribunal Constitucional (2015). Sentencia recaída en el expediente N.° 05811-2015-HC/TC. 20 de octubre de 2015.
- Tribunal Constitucional (2020a). Sentencia recaída en el expediente N.° 0429-2015-PA/TC. 21 de julio de 2020.
- Tribunal Constitucional (2020b). Sentencia recaída en el expediente N.° 04310-2015-PA/TC. 30 de julio de 2020.
- Tribunal Constitucional (2020c). Sentencia recaída en el expediente N.° 01739-2018-AA/TC. 3 de noviembre de 2020.
- Tribunal Constitucional (2020d). Sentencia recaída en el expediente N.° 00020-2019-PI/TC. 27 de noviembre de 2020.
- Tribunal Constitucional (2021a). Sentencia recaída en el expediente N.° 01249-2018-PA/TC. 25 de marzo de 2021.
- Tribunal Constitucional (2021b). Caso de la Junta Nacional de Justicia. Sentencia del Pleno 890/2021 recaída en el expediente N.° 00013-2020-PI/TC. 19 de octubre de 2021.

- Tribunal Constitucional (2024a). Sentencia recaída en el expediente N.º 00940-2022-PA/TC. 21 de noviembre de 2023.
- Tribunal Constitucional (2024b). Sentencia recaída en el expediente N.º 01619-2023-PA/TC. 13 de febrero de 2024.
- Tribunal Constitucional (2024c). Sentencia recaída en el expediente N.º 01803-2023-PHC/TC. 20 de febrero de 2024.
- Vargas Lima, A. (2021). La doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad y su impacto en el sistema constitucional boliviano. En A. Vargas Lima (Coord.), *Constitucionalismo y Derechos Humanos. Homenaje a José Antonio Rivera Santivañez* (pp. 169-214). Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Grupo Editorial Kipus.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ Y DERECHOS HUMANOS: BALANCE Y PERSPECTIVAS SOBRE EL ACCIONAR POLICIAL EN EL MARCO DE PROTESTAS SOCIALES POR LA SUCESIÓN PRESIDENCIAL (2020 Y 2022-2023)¹

César Bazán Seminario²

El Perú transita por un período de inestabilidad política, que se expresa en la volatilidad del cargo de presidente o presidenta de la República. En medio de conflictos políticos entre el Parlamento y el Ejecutivo, grupos representados en el Congreso acudieron a la figura de la vacancia para forzar el término prematuro del encargo presidencial. Esto sucedió en marzo de 2018, noviembre de 2020 y diciembre de 2022. En las dos últimas ocasiones, de manera casi inmediata, grandes sectores de la ciudadanía salieron a las calles a protestar por la decisión del Congreso. En diferentes regiones del Perú se organizaron marchas multitudinarias. En ese punto, pongo los reflectores sobre la Policía Nacional del Perú (PNP), para preguntarme en qué medida la actuación policial en las protestas políticas posteriores a las vacancias presidenciales se realizó acorde con los derechos humanos. Ese análisis cualitativo nos permitirá tener una mirada de conjunto hacia ambos sucesos, con el fin de hacer un balance y plantear perspectivas.

El total de protestas sociales en el Perú es alto. Si tenemos en cuenta los reportes de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, observamos, por ejemplo, que en abril del 2023 se dio cuenta de 225 conflictos y de 256 acciones colectivas de protesta (Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, 2023). Cálculos más modestos muestran también un número elevado de conflictos sociales: 62 en abril de 2023 (Presidencia del Consejo de Ministros, 2023).

Considerando el amplio universo de conflictos y protestas sociales y el marco trazado por el Centro de Investigaciones, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), que me encargó hacer un informe temático especializado. He optado por tomar como casos de estudio las dos protestas señaladas en el párrafo inicial, es decir las protestas derivadas de la vacancia presidencial contra el expresidente Martín Vizcarra (2020) y el expresidente Pedro Castillo (2022).

Se trata de casos de suma relevancia, en los que la Policía participó y sobre los cuales hay información disponible. Las importantes protestas políticas que sucedieron a las vacancias presidenciales de noviembre de 2020 y diciembre de 2022 me permiten tener una mirada sobre dos conflictos sociales, en los que la actuación policial fue protagónica.

1 Documento elaborado para el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CICAJ-PUCP) y National Endowment for Democracy (NED).

2 César Bazán Seminario, Lima, 1981. Profesor de Derecho. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Libre de Berlín, PhD. Sociología por la Universidad de Friburgo. Algunas de sus últimas publicaciones titulan: “Justicia moderna/colonial en el Sur Global: Derecho y sistema de justicia ante una minera china en los andes peruanos”, “Reproducing racism in police training in Peru”, “Authoritarian practices between ‘para-coloniality’ and ‘cheap security’: when Chinese state capital meets neoliberal copper mining (and) protest in Las Bambas, Peru” (coautoría con Fabricio Rodríguez).

El acceso a fuentes de información no es un tema menor en la investigación académica sobre la PNP. El difícil acceso a data fiable en temas de seguridad en el Perú es palpable. Esa dificultad aumenta si se trata de acceder a información sobre la actuación policial en protestas sociales, en las que se acusa a policías de no respetar los derechos humanos. En los dos casos seleccionados, la actuación policial fue documentada a través de reportes periodísticos y documentos jurídicos de organismos nacionales e internacionales, lo cual me permite contar con material para analizar la actuación policial desde los estándares de derechos humanos.

La estructura del documento es la siguiente. En la primera sección se describirá el diseño constitucional de la PNP y se argumentará que las personas policías tienen una triple relación con los derechos humanos: garantes de su vigencia, receptores de su legitimidad y son sujetos de derechos fundamentales. En la sección segunda plantearé una definición de protesta social y se describirá el marco normativo sobre uso de la fuerza policial. En la tercera sección traeré a colación textos sobre Policía y protesta social, para luego entrar a los dos casos, léase las protestas en el 2020 y el 2022-2023 con ocasión de la sucesión presidencial. Finalmente, se presenta a modo de conclusiones, un balance y perspectivas.

I. Policía Nacional del Perú y Derechos Humanos

1. Marco Constitucional de la Policía Nacional del Perú

En la Constitución Política del Perú (1993) se ubica un grupo de artículos que describen la finalidad, funciones y otras características de la Policía. El más relevante de ellos es el artículo 166 de la Constitución³. En dicho artículo se le encarga a la PNP las tareas de⁴:

- 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno
- 2) Prestar protección y ayuda a la comunidad
- 3) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado
- 4) Prevenir, investigar y combatir la delincuencia
- 5) Controlar las fronteras

Complementariamente, hay cinco disposiciones constitucionales en las que se hace mención a funciones de la Policía y que están relacionadas con las señaladas en el artículo 166. En primer lugar, en el artículo 159.4, se indica que la PNP apoya al Ministerio Público en la investigación de delitos. En segundo lugar, la Policía tiene competencia para detener personas, en los dos supuestos mencionados en el artículo 2.24.f de la Constitución: en flagrancia y por orden judicial. En tercer término, la Policía participa en el desarrollo económico y social del país y en defensa civil (art. 171). En cuarto lugar, el artículo 197 indica que la PNP coopera en la tarea municipal de brindar servicios de seguridad ciudadana. Por último, la PNP garantiza el ejercicio del derecho al voto en comicios, siguiendo las instrucciones dadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (art. 186). Por su parte, el Tribunal Constitucional

³ En los siguientes párrafos, las referencias a artículos llevarán a la Constitución Política del Perú (1993), salvo indicación en contrario.

⁴ En la sentencia recaída en el Expediente 0022-2004-AI, el Tribunal Constitucional resumió de manera forzada las seis funciones de la PNP en dos: prevención e investigación del delito (f.j. 43). Esa división no abarca la complejidad de la actividad policial.

(TC) precisó en la STC 009-2019-PI, que el resguardo de la seguridad ciudadana y del orden público no son competencias exclusivas de la PNP (f.j. 45).

Para el cumplimiento de dichas tareas, la Constitución autoriza que las personas policías porten armas (art. 175), a la par que señala que la institución deberá tener fondos suficientes para sus requerimientos logísticos (art. 170) y que los aspectos como la organización institucional, funciones, especialidades, preparación y empleo de la PNP serán regulados por las normas de rango legal (art. 167). En cuanto a la carrera policial, concretamente, sobre los grados, honores, remuneraciones y pensiones de oficiales, la Constitución plantea una equiparación frecuente: el paralelo entre policías y militares (art. 174). En ese mismo artículo se indica que el retiro de los derechos mencionados anteriormente, regulados por ley, corresponde al Poder Judicial. A la ley también le corresponderá normar los ascensos (art. 172). Finalmente, tanto para militares como para policías, se estableció la justicia penal militar policial, encargada de procesar delitos de función (art. 173).

Habida cuenta de que los casos a estudiar serán protestas relativas a conflictos sociales por motivos políticos, me interesa hacer énfasis en las normas constitucionales sobre la Policía que refieren a la estabilidad democrática. Al respecto, hay normas específicas sobre la subordinación al poder constitucional y la defensa del Legislativo.

En el artículo 45 de la Constitución se indica que el poder del Estado emana del pueblo y que ni la PNP ni nadie pueden arrogarse el ejercicio de ese poder, caso contrario cometerían rebelión o sedición. En ese sentido, en el artículo 169 se plantea que la PNP se encuentra supeditada al poder constitucional y que es no deliberante. La persona presidenta del Ejecutivo es la jefa suprema de la Policía (art. 167). Dicha autoridad preside el sistema de defensa nacional y organiza, distribuye y dispone el empleo de la PNP (art. 118.14).

La opción del constituyente es que la PNP se encuentra supeditada al poder constitucional, en esa línea corresponde a la persona presidenta del Ejecutivo ser la jefa de la Policía. Lo dicho no debe confundirse con un poder irrestricto a favor de la presidencia. Se trata de un poder supeditado al orden constitucional. La supeditación al poder constitucional y al Ejecutivo no debe entenderse como la *constitucionalización* de la parcialidad policial a favor del Ejecutivo.

Respecto de la sujeción al poder constitucional, el TC ha indicado en la STC 001-2003-AI que dicha norma

pretende asegurar la sujeción de éstas [Fuerzas Armadas y PNP] a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente [*sic*] de la República, con el fin de sustraer a los “profesionales de armas” de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización. (f.j. 49)

Sobre la prohibición de deliberar, el TC ha planteado en la citada resolución que las decisiones del Ejecutivo “no requiere[n] la opinión, el pronunciamiento o aprobación” de, en este caso, la PNP y que los puntos de vista de la fuerza militar y policial no vinculan al Gobierno ni a la cabeza del Ejecutivo (f.j. 48).

En cuanto al Legislativo, el artículo 98 de la Constitución manda que el Ejecutivo deberá poner a disposición del Congreso los efectivos que les sean solicitados por la presidencia de ese poder del Estado y que la Policía está prohibida de ingresar al recinto del Congreso sin la autorización de la mencionada presidencia.

Finalmente, las personas funcionarias de la Policía poseen ciertas restricciones a sus derechos, especialmente políticos y sociales. De esa manera, no pueden postular a cargos públicos, participar de reuniones partidarias ni realizar actos de proselitismo político (art. 34), su derecho a ser elegida persona congresista se encuentra restringido (art. 91), su derecho de petición se reduce a pedidos individuales (art. 2.20) y se prohíbe sindicalizarse y realizar huelgas (art. 42).

2. Derechos Humanos y Policía: Triple Relación

La relación entre los derechos humanos⁵ y la PNP tiene varias aristas. Para explicarlas, me remito a, en primer lugar, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, a su eficacia vertical y horizontal.

Tanto la dimensión subjetiva como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales son ideas asentadas en la jurisprudencia del TC peruano. De acuerdo con dicho planteamiento, los derechos fundamentales tienen ambas dimensiones.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. (STC 3330-2004-AA/TC, f.j. 9)

Por otra parte, la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales apunta a los sujetos obligados a promover el ejercicio de derechos fundamentales y a su respeto. La eficacia horizontal hace referencia a la relación entre personas funcionarias públicas y la ciudadanía. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales da cuenta del respeto y el ejercicio pleno de derechos en las relaciones entre sujetos privados.

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo en el ámbito de las relaciones entre los particulares el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. (STC 1124-2001-AA/TC, f.j. 6)

Teniendo en cuenta esos dos ejes, la dimensión subjetiva/objetiva y la eficacia vertical/horizontal, sugerimos que la triple relación entre la Policía y los derechos humanos es la siguiente:

- 1) La PNP actúa para proteger derechos fundamentales.
- 2) El respeto de los derechos fundamentales legitima la actuación policial.
- 3) Los propios efectivos policiales gozan de derechos fundamentales.

⁵ En este texto usaré derechos fundamentales como sinónimo de derechos humanos.

En primer lugar, al estudiar el diseño constitucional de la PNP se observó que la institución tiene funciones que se vinculan directamente con la efectividad de los derechos fundamentales, léase mantener el orden interno, brindar seguridad, protección y ayuda, combatir la delincuencia, etc. En ese orden de ideas, se nos recuerda que la actuación policial legítimamente orientada, apunta al bien común (Villanueva Bogani, 2015).

La actuación efectiva de la Policía sirve para procurar el bien común basado en el respeto de los derechos fundamentales. Por ejemplo, si la Policía evita un robo, protegió el derecho a la propiedad privada; si frustra la tala ilegal de madera, defendió el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado; si evita una violación sexual, tuteló el derecho fundamental a la libertad o indemnidad sexual; si la PNP investiga adecuadamente y aporta pruebas para dismantelar una banda de sicarios, la Policía actuó para materializar el derecho al debido proceso y proteger el derecho a la vida. Al final del día, la función policial está estrechamente relacionada con procurar la efectividad de derechos fundamentales.

En segundo lugar, la actuación policial se legitima a través del respeto de los derechos humanos. Considerando que los derechos fundamentales se basan en la dignidad de los seres humanos, es natural que la Policía en su actuación deba respetar los referidos derechos.

Los derechos humanos son los límites naturales de la acción policial democrática. No respetarlos lleva a la corrupción y el abuso de poder. En el corto plazo pueden percibirse como un lastre para el trabajo policial, pero no es así. Un buen comportamiento por parte de los policías le da legitimidad y aprobación, que genera una mayor cooperación y colaboración por parte de la sociedad, condición indispensable para que la policía funcione correctamente y sea más efectiva en la prevención y persecución del delito. (Costa Santolalla y Mohar Kuri, 2006, p. 4)

Finalmente, las personas policías son sujetos de derechos fundamentales. Esta afirmación que aparece como evidente no lo es, puesto que las reflexiones sobre la Policía y los derechos humanos suelen focalizarse en cómo la Policía respeta derechos en su actuación, pero no se detiene en que las personas policías también gozan de estos derechos. En todo caso, pongo en relieve que las personas policías gozan de derechos fundamentales, aunque algunos de sus derechos sociales y políticos hayan sido restringidos constitucionalmente.

II. Protestas Sociales y Marco Normativo de la Actuación Policial

Para el presente estudio, me centraré en la actuación policial en protestas sociales. Por ello, en esta sección trabajaré los conceptos de conflicto social y derecho a la protesta. Acto seguido, explicaré el marco normativo de actuación policial en el escenario de las protestas sociales.

1. Conflicto Social y el Derecho a la Protesta

Conflicto social es un concepto debatido ampliamente por la literatura especializada. Bebbington y Bebbington traen a colación, por ejemplo, dos miradas sobre el conflicto: una propia de la “maldición de los recursos”, que colocaría en el centro de la definición la disputa sobre rentas; y otra “postdesarrollo”, que vería el conflicto como “manifestación de contradicciones entre distintas maneras de entender el desarrollo, la democracia y la sociedad deseada” (Bebbington y Bebbington, 2009, p. 119).

En el Perú, el concepto más difundido es el de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con dicha institución, el conflicto “debe ser entendido como un proceso complejo en el cual sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores o necesidades son contradictorios y esa contradicción puede derivar en violencia” (Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, 2023, p. 3). A esta definición amplia de conflicto social, la Defensoría agrega que el conflicto es natural e inevitable, a la vez que este no es sinónimo de violencia. Las personas, agrupaciones u organizaciones actoras del conflicto son de tres tipos: primarias, secundarias y terciarias. Las primeras participan directamente en el conflicto, las segundas apoyan a alguna de las partes o están vinculadas indirectamente. Las terceras son “personas u organizaciones que por sus características pueden tener incidencia en el curso del conflicto” (Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, 2023, p. 3).

El conflicto puede derivar en el ejercicio del derecho fundamental a la protesta. En el Perú, “la protesta social expresada en movilizaciones masivas de personas es la más pública y frecuente de las manifestaciones del conflicto” (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 9). En los mismos votos de la sentencia del TC, en los que se argumentó que la protesta es un derecho fundamental (f.j. 75), se precisó el sustento del referido derecho. En la STC 0009-2018-AI se indicó que el derecho a la protesta es una expresión de la crítica en democracia y de la construcción del pensamiento crítico y que le “asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder” (f.j. 74).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que el sistema internacional y los sistemas regionales de derechos humanos han reconocido la interdependencia e indivisibilidad de los derechos ejercidos en protestas, léase derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de reunión (Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

Retomando los votos de la STC 0009-2018-AI, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la protesta:

[...] comprende la facultad de cuestionar, de manera de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del status quo a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución. (f.j. 82)

Ahora bien, por un lado, no cabe duda de que el derecho a la protesta puede ser limitado. Estas limitaciones deben estar incorporadas en una ley, deben buscar garantizar objetivos legítimos y deben ser restricciones necesarias y proporcionales (Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

Por otro lado, el Estado tiene obligaciones respecto del derecho a la protesta. Como parte de la obligación de respetar, encontramos el derecho a participar en protestar sin autorización previa, el derecho a elegir el contenido y el mensaje de la protesta, así como el tiempo y lugar.

Como parte de la obligación de proteger y facilitar, aparecen ciertos temas que son de especial relevancia para este documento: el uso adecuado de la fuerza, la restricción máxima de armas de fuego, el respeto de derechos en operativos policiales, el deber de tener y seguir protocolos y contar con una estructura institucional adecuada, procurar instancias de interlocución y negociación, la prohibición de criminalizar a líderes y participantes. Finalmente, como parte de las obligaciones de garantizar, hallamos el deber de investigar, juzgar y sancionar vulneraciones cometidas en protestas sociales, el deber de las autoridades a dar respuestas a la protesta, sin estigmatizarla, el trato con respeto a la protesta, sin criminalizar, y el deber de monitorear y observar las protestas (Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019).

Recientemente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, casación 1464-2021 Apurímac, se mostró abiertamente en contra del derecho a la protesta. En una sentencia condenatoria que cuestionó que la protesta se ejerza entorpeciendo la circulación del transporte público, la Sala afirmó lo siguiente:

El derecho a la protesta —como reclamo vehemente y beligerante— tiene la dificultad de no traslucir un valor, sino un desvalor, es decir, la intransigencia de imponer a cualquier precio una opinión minoritaria o no, incluso si para ello se tiene que dañar o lesionar. (fj. 15)

2. Marco Normativo Policial sobre Protestas Sociales⁶

A fin de restablecer el orden público, la PNP actúa en escenarios de protestas sociales. En su actuación, la Policía deberá seguir reglas de uso de la fuerza policial. Hace algunos años, diferentes entidades coincidían en que era necesaria una ley de uso de la fuerza policial (Defensoría del Pueblo, 2012, pp. 89-94; Roth, 2014, p. 45; Coordinadora Nacional de Derechos Humanos [CNDDHH]; Instituto de Defensa Legal [IDL], Asociación Pro Derechos Humanos [Aprodeh] y Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz, 2015, p. 2).

En agosto del 2015, con ocasión de la delegación de facultades al Ejecutivo, se emitió el Decreto Legislativo n.º 1186, decreto legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú.

Según el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1186, las disposiciones de la norma deben interpretarse conjuntamente con la Constitución, las normas de derecho internacional de los derechos humanos, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

El Decreto Legislativo n.º 1186 partió por definir conceptos básicos como fuerza, uso progresivo y diferenciado de la fuerza, medios de policía y cumplimiento del deber. Acto seguido, en el artículo 4, la norma establece los principios correspondientes al uso de la fuerza: legalidad, necesidad y proporcionalidad. Sobre el tercero, está abierta actualmente una polémica en el Perú.

⁶ Algunas de las ideas han sido expuestas en la denuncia presentada por Aprodeh, Paz y Esperanza e IDL, donde participé (Instituto de Defensa Legal, Aprodeh y Paz y Esperanza, 2023).

Ese principio fue definido por el Decreto Legislativo n.º 1186 de la siguiente manera: “El uso de la fuerza es proporcional cuando el nivel de fuerza empleado para alcanzar el objetivo legal buscado corresponde a la resistencia ofrecida y al peligro” (art. 4.1.c). La Ley n.º 31012, mal llamada Ley de Protección Policial, modificó el Decreto Legislativo n.º 1186 y colocó una disposición que derogó el principio de proporcionalidad. La derogación generó suspicacias en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues aquella “podría tener como finalidad establecer una presunción a favor de los agentes policiales sobre la razonabilidad en el uso de la fuerza, lo que podría además favorecer su impunidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 07 de diciembre de 2020).

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no puede derogarse por ley, ya que forma parte del test de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia del TC. Este test debe utilizarse siempre que se ejerza un poder público para restringir derechos fundamentales. Es decir, la o el policía como funcionaria pública o funcionario público tiene la obligación de respetar la proporcionalidad. Además, el principio de proporcionalidad está contenido en el artículo 5 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerzas y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Continuando con el marco normativo, el Decreto Legislativo n.º 1186 establece niveles de resistencia y de uso de la fuerza. Entre los segundos se encuentran la presencia policial, la verbalización, el control de contacto, el control físico y las tácticas defensivas no letales.

El artículo 8.3 del Decreto Legislativo n.º 1186 reitera la excepcionalidad del uso de la fuerza letal y establece supuestos en los que la o el policía puede usar la fuerza letal. Estos tienen que ver con situaciones en las que se deba proteger el bien jurídico vida o integridad. La persona policía solo podrá usar la fuerza letal cuando haya un riesgo real y/o inminente de muerte o lesiones graves:

8.3. Reglas de Conducta en el uso excepcional de la fuerza letal

El Personal de la Policía Nacional del Perú, excepcionalmente, podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario, y solo cuando las medidas menos extremas resulten insuficientes o sean inadecuadas, en las siguientes situaciones:

- a. En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o lesiones graves.
- b. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave.
- c. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida.
- d. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.
- e. Cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción violenta de quien participa de una reunión tumultuaria violenta (Decreto Legislativo n.º 1186, art. 8)

La excepcionalidad del uso de la fuerza letal prohíbe a las personas policías disparar contra manifestantes que estén huyendo, si quienes protestan no representan un riesgo real, inminente y actual para afectar el bien jurídico vida (Decreto Legislativo n.º 1186, art. 8.3.d). Esto ha sido reiterado por el Acuerdo Plenario 005-2019-CJ-116:

No existe en el ámbito de la democracia la denominada “ley de fuga” como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial). (f.j. 55)

Adicionalmente, el decreto en mención cuenta con una regulación sobre qué hacer después de haber utilizado la fuerza, como, por ejemplo, brindar atención médica, comunicar a familiares; y, esto es importante, establece los derechos policiales en el uso de la fuerza policial y su responsabilidad.

A partir del Decreto Legislativo n.º 1186 se han publicado, en el Perú, directivas y documentos oficiales referidos al marco institucional de uso de la fuerza policial en conflictos sociales. Me refiero, por ejemplo, al Reglamento de la ley de uso de la fuerza policial (Decreto Supremo n.º 012-2016-IN del 27 de julio de 2016), el Manual de Operaciones de Mantenimiento y Restablecimiento del Orden Público (Resolución Directoral 179-2016-DIRGEN/EMG-PNP, del 22 de marzo del 2016) superado posteriormente por los Lineamientos Administrativos y Operativos Aplicables a las Operaciones Policiales de Control, Mantenimiento y Restablecimiento del Orden Público (Directiva 015-2022-CG PNP/EMG), el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial (Resolución Ministerial 952-2018-IN), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de agosto de 2018, entre otros.

Ahora bien, a situaciones de protesta social, aplica el literal (e) del citado artículo 8.3, que señala que la fuerza letal se usará ante un peligro real o inminente de muerte. El Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial (2018) indica que “cuando el policía dispara su arma no lo hace para asustar, herir o desarmar” [Segunda parte, capítulo. I, F. 6. a. (1)]. Lo hace para proteger el bien jurídico vida o integridad personal ante riesgo de lesiones graves [Segunda parte, capítulo. I, F. 6. a. (1)]. Más aun, en dicho manual se reconoce el derecho a la protesta: “El derecho de reunión, manifestación y protesta son derechos humanos que la Constitución Política y los tratados internacionales reconocen” (Segunda parte, capítulo IV)

En ese orden de ideas, en el Manual de derechos humanos (2018) se indica:

[...] para las situaciones de orden público, las armas de fuego no deben considerarse una herramienta táctica, sino un último recurso de uso excepcional en respuesta a situaciones individuales que amenazan con causar muerte o heridas graves y deben utilizarse exclusivamente cuando todos los otros recursos resultaron ineficaces. (Segunda parte, capítulo IV)

Especial mención doy al documento Lineamientos Administrativos y Operativos Aplicables a las Operaciones Policiales de Control, Mantenimiento y Restablecimiento del Orden Público del 2022. Dicho documento parte del reconocimiento del derecho fundamental a la protesta y señala expresamente que “el uso de la fuerza es excepcional, debe ser planeado y limitado proporcionalmente, debiendo previamente haberse agotado todos los demás medios de control” (art. 6.4). Los lineamientos abarcan el antes, durante y después de la actuación policial en medio de la protesta. Para mostrar lo garantista de dichos lineamientos, tomemos como ejemplo lo que debe hacer el jefe operativo durante la ejecución de las operaciones. En el punto 7.1.4.2. se señala literalmente las siguientes disposiciones y otras más:

- 1.1.1.1.1. Evita reacciones violentas del personal policial que participa directa o indirectamente en las operaciones, no debiendo asumir el desarrollo de las mismas como un problema personal.
- 1.1.1.1.2. Evalúa el comportamiento de los manifestantes con la finalidad de establecer la posibilidad de emplear el equipo de negociación, cuya actuación debe ceñirse a la guía básica del negociador en las operaciones de control, mantenimiento y restablecimiento del orden público.
- 1.1.1.1.3. Evalúa la participación de mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad u otros grupos vulnerables dentro de la manifestación, con la finalidad de adoptar los medios de disuasión, protección y/o controles más adecuados garantizando el respeto de sus derechos.
- 1.1.1.1.4. Prioriza el nivel preventivo del empleo de la fuerza cuando dispersen reuniones no violentas.
- 7.1.4.2.8. Evita el empleo de material lacrimógeno en intermediaciones de edificaciones donde se congreguen personas con mayor riesgo de sufrir las consecuencias de los agentes químicos, tales como hospitales, asilos, colegios, etc.
- 7.1.4.2.12. Controla que el personal policial participante en las operaciones, no debe realizar las siguientes acciones:
 - 7.1.4.2.12.1. Arrebatarse banderolas o pancartas utilizadas por los manifestantes, para no exacerbar los ánimos, limitándose al decomiso de objetos contundentes o punzo cortantes que puedan ser utilizados contra las personas (civiles o policías)
 - 7.1.4.2.12.2. Arrojar contra los manifestantes objetos contundentes (piedras, palos, fierros, etc.) manteniendo las formaciones tácticas y empleando adecuadamente los equipos de protección.
- 1.1.1.1.16. Deja de utilizar la fuerza inmediatamente al cese de la resistencia o violencia, adoptando las correspondientes medidas de seguridad.
- 1.1.1.1.17. Procura asistencia a las personas que resulten lesionadas y evacúa a los heridos a los centros de atención médica más próximos, además de garantizar la existencia de corredores humanitarios y el acceso a socorristas (Comandancia General de la Policía Nacional del Perú, 2022).

Ahora bien, existen dos elementos para la evaluación de la actuación policial. En primer lugar, se encuentra el plan de operaciones. En el marco de las acciones de planeamiento, el Estado mayor correspondiente produce un plan de operaciones, es decir un documento, “en el cual se establecen, coordinan e integran las acciones que deben ejecutar las sub-unidades [*sic*] [...] para cumplir una misión específica” (Dirección General de la Policía Nacional del Perú, 2013, p. 210). En el plan de operaciones se establece la línea de mando, que permite determinar responsabilidades. En segundo lugar, el uso de armas menos letales debe ajustarse a las disposiciones vigentes (Dirección General de la Policía Nacional del Perú, 21 de agosto de 2015). Las llamadas armas no letales pueden ser letales en determinadas circunstancias. De ahí que se prefiera usar el término menos letales.

La normatividad vigente es clara al indicar que el uso ilícito de la fuerza policial genera responsabilidad administrativa, disciplinaria, penal y civil para las personas autoras inmediatas y mediatas, y también para las superiores jerárquicas (Decreto Legislativo n.º 1186, art. 11.5). Este artículo debe ser leído junto con el artículo 20.11 del Código Penal que contiene la exoneración de responsabilidad penal cuando se usa el arma u otro medio de defensa de manera reglamentaria. Precisamente, el uso reglamentario del arma de fuego

implica el cumplimiento de las disposiciones sobre el uso de la fuerza letal contenida en el Decreto Legislativo n.º 1186.

Para atribuir responsabilidad penal, se deberá hacer la debida investigación. Frente a eventuales situaciones que generen impunidad, la Corte Suprema señaló que no son admisibles actos procesales que, cuestionando indebidamente la admisibilidad o la procedencia de la investigación, afecten el derecho de acceso a la justicia. Efectivamente, el Acuerdo Plenario 005-2019-CJ-116 proscribió expresamente la figura de la cuestión previa y cualquier otra restricción del derecho fundamental de acceso a la justicia (f.j. 60). Esto es considerado como regla vinculante, conocida como doctrina legal (Acuerdo Plenario 005-2019-CJ-116, f.j. 62).

El Ministerio Público cuenta con reglas especiales para las investigaciones penales contra policías en el marco de restablecimiento del orden público. Mediante la Resolución de Fiscalía de la Nación 534-2022-MP-FN, se aprobó la Directiva “Ejercicio de la función fiscal frente al uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza por agentes responsables de garantizar, mantener y restablecer el orden interno” (artículo primero de la parte resolutive). El objetivo de la directiva es, en el marco de la actuación relativa al orden público, optimizar el trabajo fiscal ante el uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza, prevenir y perseguir delitos con ocasión del uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza y reforzar las capacidades y habilidades de las personas fiscales (Objetivo, Directiva, 2022).

Frente a la actuación policial, la acción de la Fiscalía será, en primer lugar, preventiva, es decir, la Fiscalía debe contribuir a evitar la comisión de delitos relacionados con el uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza (art. 5.1.3.a). En el escenario de hechos consumados, corresponde al Ministerio Público cumplir con su rol de persecutor (art. 5.1.3. b). En esa tarea, las principales reglas de investigación son las siguientes: (i) la orden del fiscal para que las personas implicadas en las muertes y/o lesiones sean retiradas de cualquier posición de dominio sobre las víctimas, las personas denunciadas, testigos y otras en situación de vulnerabilidad (art. 5.2.3.g); (ii) el levantamiento de un acta por uso de la fuerza (art. 5.2.2.d); (iii) la investigación de oficio, con la debida diligencia, de manera exhaustiva, pronta, objetiva y eficaz a fin de determinar la causa de la muerte y/o lesiones, la identificación de quienes serían responsables y del procedimiento que causó la muerte (art. 5.2.3.a); (iv) llevar las investigaciones en sede fiscal, ordenando la recopilación de elementos de prueba biológica, digital, física, documental, balística y otros (art. 5.2.3.b), la necropsia o reconocimiento médico legales o peritajes pertinentes (art. 5.2.3.c), la adopción de acciones urgentes y necesarias para evitar la contaminación de la escena del delito (art. 5.2.3.e); (v) el recojo rápido y urgente de declaraciones de las personas denunciadas, de las denunciadas, de las víctimas y de los testigos, además del dictado de medidas de protección (art. 5.2.3.f); (vi) aplicar el Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul) y el Protocolo de Reconocimiento Médico Legal para la Detección de Lesiones o Muerte Resultante de Tortura (art. 5.2.3.d); (v) la adecuada comunicación de los fiscales con las personas víctimas o sus representantes, evitando la revictimización (art. 5.2.3.h).

A manera de conclusión de esta subsección, puede decirse que el marco normativo sobre la actuación policial y el uso de la fuerza en protestas sociales muestra estándares valiosos de respeto a derechos fundamentales. El problema no radica en la norma, sino en las prácticas (Defensoría del Pueblo, 2012). Puede decirse que el uso excesivo de la fuerza contra manifestantes conlleva, por lo

general, a la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la protesta, e incluso podría impactar en el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal y otros derechos.

III. Protesta Social, Policía y Derechos Humanos: Estudio de Casos de las Protestas por las Sucesiones Presidenciales (2020-2023)

1. Actuación Policial en Protestas Sociales: Elementos generales para el análisis

En los siguientes párrafos daré cuenta de las publicaciones referidas a la actuación policial en protestas sociales, a manera de aproximarnos a los casos.

En una investigación anterior (Bazán, 2021), sugerí que la Policía reproduce patrones de colonialidad del poder, resaltados por Aníbal Quijano (Quijano, 2000; Quijano y Wallerstein, 1992). En dicho trabajo estudié precisamente la actuación policial en una protesta social, aquella que se produjo en septiembre de 2015 en contra del proyecto cuprífero Las Bambas. Con anterioridad a esa protesta se creó un ambiente de parcialidad policial a favor de la empresa y en contra de las personas manifestantes, expresado en los convenios remunerados entre la Policía y Las Bambas, y la calificación de la ciudadanía que protesta como fuerzas enemigas. Del mismo modo, la Policía se alojó en las instalaciones de la empresa, llevó ahí a las personas detenidas y atendió al personal herido. Paralelamente, utilizó fuerza letal contra manifestantes y procedió a generar documentos que sirvieron para criminalizar la protesta. Desde una mirada macro, la actuación policial, calificada como *cheap security* para el capitalismo global, fue una expresión de prácticas autoritarias a favor de un proyecto de inversión chino, que se montó sobre relaciones de colonialidad que solían favorecer a iniciativas del Norte Global, generando aquello que junto con Rodríguez calificamos como la “paracolonia- lidad” (Rodríguez y Bazán, 2023).

Otra línea de investigaciones apunta a la institucionalidad y operatividad policial. Hace más de una década, la Defensoría del Pueblo advirtió que la institucionalidad policial favorecía el uso excesivo de la fuerza en conflictos sociales. Dicha institución resaltó la precariedad de las unidades de servicios especiales de las diferentes regiones policiales, que son las primeras llamadas para el restablecimiento del orden público, y criticó que la dirección a cargo de terrorismo sea la misma responsable de conflictos sociales. La Defensoría se estaba refiriendo a la anteriormente conocida como Dirección Nacional de Operaciones Especiales (Dinoes) de la PNP (Defensoría del Pueblo, 2012).

La Dinoes, creada en 1987 bajo el nombre de Dirección de Operaciones Especiales, surgió en el contexto de la lucha contra el terrorismo y tuvo la misión de detener la subversión (Rucoba Tello, 2020). A lo largo de su historia esa fue su tarea principal. Con el repliegue del terrorismo y el fin del conflicto armado interno, la Dinoes abarca actualmente otros frentes. De acuerdo con Huaytalla, las principales funciones de la Dinoes en el 2018 eran las siguientes: operaciones contrterroristas y antidrogas; restablecimiento del orden a nivel nacional; operaciones de seguridad ciudadana; desminado humanitario y minería ilegal; operaciones en crisis de toma de rehenes; y, mantenimiento del orden en las empresas extractivas (Huaytalla, 2020).

Especial atención en la investigación académica han recibido los convenios entre la Policía y las empresas extractivas. La falta de transparencia, la cantidad de convenios y la

inconstitucionalidad han sido tres temas recurrentes en las investigaciones (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, CNDDHH, Derechos Humanos Sin Fronteras [DHSF], Grufides y Society for Threatened Peoples, 2013, Ruiz y Masquez Salvador, 2015, Earthrights International, IDL y CNDDHH, 2019). En el 2020, el TC emitió sentencia en el expediente 0009-2019-PI, caso sobre la constitucionalidad de la prestación de “Servicios Policiales Extraordinarios”. Tomando como punto de partida la legalidad de los convenios, fundamentado en el Decreto Legislativo n.º 1267, el TC señaló que los convenios no desnaturalizan la función policial, pero que no deben ser la regla.

2. Caso 1: La Vacancia del Presidente Martín Vizcarra y las Protestas Contra el Presidente Manuel Merino

El lunes 9 de noviembre de 2020, el Congreso de la República aprobó con 105 votos a favor la vacancia presidencial de Martín Vizcarra en aplicación del artículo 113, inciso 2 de la Constitución, léase vacancia por incapacidad moral. Esta decisión fue publicada mediante la Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR. En consecuencia, asumió la presidencia de la República, el expresidente del Congreso, Manuel Merino.

A pesar del estado de emergencia sanitaria por la propagación del COVID-19, las protestas contra la decisión del Congreso y el gobierno de Manuel Merino se iniciaron el mismo día de la vacancia. Convocadas por redes sociales y otros medios, los eslóganes #FueraMerino y #TomaLaCalle tuvieron gran acogida. En diversas partes del país, especialmente en sectores urbanos y en personas de todas las edades, la adhesión a la protesta fue considerable (Instituto de Estudios Peruanos, 2020). La participación de personas jóvenes cobró especial notoriedad y se manifestó en la “Generación del Bicentenario”. La fuerza de la protesta abonó a que los principales pedidos se concretaran: el domingo 15 de noviembre Manuel Merino renunció al cargo de presidente.

Para el análisis del uso de la fuerza policial, utilizaremos como fuente los siguientes documentos: Defensoría del Pueblo (2020), Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (7 de diciembre de 2020), Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior (29 de enero de 2021) y fuentes periodísticas.

Las protestas sucedieron en 48 localidades del país. La intensidad de ellas fue diferente en cada localidad (Defensoría del Pueblo, 2020):

Tabla 1
Departamentos donde se desarrollaron protestas en el espacio público

Fecha	Departamentos
09/11/2020	Arequipa, Ayacucho, Cuzco, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Loreto y Piura
10/11/2020	Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huánuco, Huancavelica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Loreto, Moquegua, Piura, Puno y San Martín
11/11/2020	Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Lambayeque, Lima Metropolitana, Madre de Dios, Piura, Puno y Tacna
12/11/2020	Amazonas, Áncash, Arequipa, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cuzco, Huánuco, Huancavelica, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali
13/11/2020	Lima Metropolitana
14/11/2020	Amazonas, Áncash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huancavelica, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Pasco, Piura, Puno, San Martín y Tacna
15/11/2020	Áncash, Arequipa, Apurímac, Ayacucho, Callao, Huancavelica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Lima (Barranca), Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna y Tumbes
16/11/2020	Amazonas, Áncash, Arequipa, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huánuco, Huancavelica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, Lima (Huaral), Piura, Puno y San Martín
17/11/2020	Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huánuco, Ica, La Libertad, Lambayeque, Lima Metropolitana, San Martín, Tacna y Tumbes.
21/11/2020	Lima Metropolitana, Loreto

Fuente: Adaptado de Defensoría del Pueblo, 2020, pp. 15-16.

Fue en Lima donde se observaron mayores niveles de vehemencia y violencia. Por eso, este relato se centrará en dicha localidad, con el fin de poner la lupa sobre la actuación policial, el uso de la fuerza y los derechos humanos.

La Oficina de Integridad Institucional del Ministerio del Interior (2021, p.4) reportó que desde el 10 de noviembre hubo protestas en Lima y que el 12 de noviembre, durante la primera marcha nacional, la cantidad de manifestantes podía calcularse en 25 000 personas. El incremento de personas fue acompañado por una mayor organización, que —a pesar de la rapidez de la acción— se mostró articulada. El 13 de noviembre, las protestas en Lima eran claramente descentralizadas. No solo se producían en el centro de Lima, sino que se hacían en otros distritos e incluso apuntaban a políticos protagonistas de la crisis. Grupos de manifestantes se reunían en diferentes puntos de la ciudad y realizaban acciones. La marcha del 14 de noviembre fue masiva; la Policía ejerció violencia contra las y los manifestantes del centro de

Lima, con el resultado trágico de dos personas muertas y decenas heridas. La Oficina de Integridad Institucional del Ministerio del Interior describió los hechos de ese día, del siguiente modo:

La marcha convocada se desarrolló inicialmente de manera pacífica; sin embargo, alrededor de las 8:00 p.m., los medios televisivos comenzaron a informar de enfrentamientos violentos entre los manifestantes y la Policía Nacional del Perú en el cruce de las avenidas Abancay y Nicolás de Piérola y las inmediaciones del Parque Universitario, cuando los primeros intentaron avanzar hacia la sede del Congreso de la República e intentaron atravesar las vallas de seguridad que les impedían el paso. En respuesta, los efectivos policiales habrían iniciado la represión a los manifestantes con abundantes bombas lacrimógenas y disparos de perdigones, ocasionando una respuesta aún más violenta de los manifestantes. Los reportes periodísticos y las redes sociales informaron que el personal policial habría lanzado gases lacrimógenos y perdigones directamente al cuerpo de los manifestantes. En tales circunstancias, se conoció también a través de los medios de comunicación que en la zona del Parque Universitario y en el cruce de las avenidas Lampa y Nicolás de Piérola, el uso de perdigones por parte de la Policía Nacional del Perú habría ocasionado el fallecimiento de dos jóvenes (Jack Bryan Pintado Sánchez de 22 años y Jordan Inti Sotelo Camargo de 24 años) y se daba cuenta además de que los enfrentamientos habían dejado como resultado decenas de heridos entre los manifestantes y los efectivos policiales, los cuales requirieron atención en los nosocomios cercanos. Adicionalmente a ello, los reportes de las principales cadenas de noticias nacionales informaron sobre denuncias acerca de posibles detenciones ilegales, así como denuncias de personas presuntamente desaparecidas. (Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior, 2021, pp. 5-6)

En ese contexto, las cuatro fuentes de información recurridas son claras. Ellas coinciden en que hubo incumplimiento de las reglas de uso de la fuerza policial (Defensoría del Pueblo, 2020, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2020; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 07 de diciembre de 2020; Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior, 29 de enero de 2021) (ver Anexo 1). Ese sentido, me estoy refiriendo al uso excesivo de la fuerza por parte de ciertos agentes policiales, que vulneró derechos humanos.

Además del derecho a la protesta, la libertad individual y la reunión pacífica, los derechos fundamentales vulnerados en la protesta social fueron el derecho a la vida y a la integridad personal de las y los manifestantes. Posteriormente, se han vulnerado derechos relacionados con la tutela procesal efectiva. Respecto de las personas policías, también se vulneró el derecho a la integridad personal.

Tabla 2
Personas fallecidas en la manifestación del 14 de noviembre de 2020

Nombres y Apellidos	DNI	Edad	Causa de muerte
Jordan Inti Sotelo Camargo	73188102	24	Laceración pulmonar más hemotórax. Traumatismo torácico abierto. Herida penetrante en tórax por proyectil de arma de fuego.
Jack Bryan Pintado Sánchez	73755410	22	Hemorragia interna. Laceración de aorta descendente. 10 heridas penetrantes por proyectiles de arma de fuego (perdigones): 04 en cabeza, 02 en cuello, 02 en tórax y 02 en brazo derecho.

Fuente: Adaptado de Defensoría del Pueblo, 2020, p. 41, siendo elaborado el original con base en los «[c]ertificados de necropsias del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público» (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 41).

Tomando en cuenta que la Policía portó armas de fuego durante la protesta del 14 de noviembre de 2020, que no existen reportes serios sobre el uso de armas letales por parte de las personas manifestantes (Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior, 2021) y la existencia de reportes periodísticos que reconstruyen los sucesos que llevaron a la muerte de las dos personas (Laura, IDL-Reporteros, 2020a; Laura, IDL-Reporteros, 2020b), es presumible que las personas victimarias hayan sido efectivamente policías en ejercicio de la fuerza policial.

Recordemos que, según las reglas de uso de la fuerza contenidas en el Decreto Legislativo n.º 1186, se autoriza a las personas policías a usar fuerza letal en reuniones tumultuarias, cuando “se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción violenta de quien participa de una reunión tumultuaria violenta” (art. 8.3.e). De acuerdo con la reconstrucción de los hechos, no se evidencia que Jordan Inti Sotelo Camargo ni Jack Bryan Pintado Sánchez hayan representado un peligro real o un peligro inminente de muerte para el personal policial o para otra persona.

En ese sentido, hay cierto grado de certeza al decir que estamos ante el uso indebido de la fuerza policial y, por lo tanto, ante una vulneración al derecho a la vida de dos personas. A conclusiones similares, aunque con menor y mayor de certeza, llegaron tanto la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020) como la Defensoría del Pueblo (2020), respectivamente.

En cuanto al derecho a la integridad personal, el Ministerio de Salud, a través de sus hospitales, atendió a 210 personas civiles durante las protestas sociales. Al 24 de noviembre de 2020, más de una semana después de la renuncia de Merino De Lama a la presidencia, se reportó que, además de las dos personas muertas, 13 personas seguían hospitalizadas, 82 habían sido dadas de alta y que 113 personas fueron atendidas ambulatoriamente (Ministerio de Salud, 2020). A ese número deben sumarse las personas atendidas por el Sistema Metropolitano de la Solidaridad (Sisol) (41) y en establecimientos privados (7) (Defensoría del Pueblo, 2012).

Las personas policías heridas durante la protesta social serían una expresión de la vulneración al derecho a la integridad personal. De acuerdo con documentos oficiales⁷, se contabilizaron 22 personas policías heridas entre el 12 y 15 de noviembre de 2020 en las protestas de Lima (Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior, 2021).

Finalmente, tratemos el derecho a la tutela procesal efectiva. Tanto los hechos que llevaron a la muerte de los dos manifestantes, así como a las lesiones contra civiles y policías deben ser objeto de investigación y, eventualmente, de sanción por parte del sistema de justicia. Tras más de dos años y medio de ocurridos los hechos, los procedimientos fiscales y jurisdiccionales avanzan lentamente. En noviembre de 2022 se resolvió un incidente respecto de la competencia del órgano de justicia, de tal modo que se pudo continuar con el proceso por homicidio calificado, lesiones graves y leves, y abuso de autoridad (Miranda, 2022).

3. Caso 2: La Vacancia del Presidente Pedro Castillo y las Protestas contra la Presidenta Dina Boluarte⁸

El 7 de diciembre de 2022, el expresidente Pedro Castillo pronunció por la televisión estatal un mensaje a la nación que anunciaba el establecimiento de un Gobierno de excepción, la disolución del Congreso y la reestructuración del Poder Judicial y otros organismos constitucionales autónomos. Este hecho, que constituyó un fallido golpe de Estado, determinó que, en el Congreso de la República, la mayoría congresal votara a favor de la vacancia por incapacidad moral y se le separase del cargo. El mismo día del golpe de Estado, la vicepresidenta, Dina Boluarte, asumió el cargo de presidenta de la República.

Como reacción ante los sucesos políticos, diferentes colectivos de personas salieron a las calles a ejercitar su derecho a la protesta. Ellos exigían el cierre inmediato del Congreso, la renuncia de la presidenta Dina Boluarte y el adelanto de las elecciones generales al 2023. Un grupo exigía también la reposición de Pedro Castillo. Las manifestaciones en Andahuaylas se iniciaron el mismo 7 de diciembre de 2022 y se expandieron por varias localidades del país.

Las protestas fueron fuertes en la región andina centro y sur, así como en Lima. Se produjeron masacres en tres lugares, Apurímac, Ayacucho y Juliaca. Las dos primeras sucedieron en diciembre, antes de la tregua por fiestas navideñas y de fin de año. La tercera, la más fuerte, fue en enero. Para este documento, he recogido información de la masacre de Apurímac y de Juliaca, puesto que en ellas participó la Policía. En el caso de los sucesos de Huamanga, estos estuvieron a cargo de las Fuerzas Armadas.

Se debe considerar que las regiones de Apurímac y Puno se autoperceben mayoritariamente como indígenas. En Apurímac, según los resultados del censo de 2017, “el 84 % de la población de 12 a más años de edad, se reconoce como quechua” (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018a, p. 38). Mientras que, en la región de Puno, “el 90.7 % de la población de 12 a más años, se reconoce como parte de uno de los dos pueblos indígenas dominantes: quechua (56.98 %) y aimara (33.72 %)” (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018b, p. 38).

7 Los informes 47-2020-REGPOLLIMA/ UNIPLEDU-OFIPO y 69-2020-REGPOL-LIMA-SEC/CC (14 de noviembre de 2020) y el Informe n.º 69-2020-REGPOL-LIMA-SEC/CC (15 de noviembre de 2020).

8 Algunas de las ideas han sido expuestas en la denuncia presentada por Aprovech, Paz y Esperanza e IDL, donde participé (Instituto de Defensa Legal, Aprovech y Paz y Esperanza, 2023).

Al tomar en cuenta la mayoría indígena en Apurímac y Puno, se puede advertir un sesgo racista en la actuación policial que describiremos a continuación. El racismo ha sido particularmente evidente en operativos policiales a favor de industrias extractivas en conflictos socioambientales (Bazán, 2021). El racismo se reproduce desde los primeros años de la formación de oficiales, a través del uso de textos abiertamente racistas, la invisibilización del racismo como problema y la jerarquización de conocimientos, que desdeña los saberes de personas racializadas (Bazán, 2023). Amnistía Internacional es de la opinión que el “marcado sesgo racista”, facilitó que las masacres policiales sean precisamente en las regiones con alta población indígena (Amnistía Internacional, 2023, pp. 52-61). En ese sentido, se observa una vulneración al derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación.

a) La Masacre de Apurímac⁹

Entre el 9 y el 14 de diciembre del 2022 se produjeron los hechos de la masacre de Apurímac. Durante esos días se desarrollaron un conjunto de acciones en tres localidades de Apurímac, Andahuaylas, Chincheros y Abancay, que merecieron respuesta policial. En ese contexto, murieron seis personas en Andahuaylas y Chincheros, 83 resultaron heridas y decenas fueron detenidas. El listado de víctimas mortales puede ser consultado en el Anexo 2.

El 10 de diciembre fue un día crítico para Andahuaylas. Ese día fue herido con una bomba lacrimógena el joven Christian Alex Rojas Vásquez. Por la gravedad de su lesión, el herido fue remitido a un hospital de Abancay, donde fue operado de emergencia, debido a que sufrió un traumatismo encéfalo craneano severo con hemorragia epidural. Unos días después, el 14 de diciembre de 2022, Cristian Rojas falleció. El 11 de diciembre de 2022, las protestas se intensificaron. Ese día fallecieron el menor de edad D. A. Q. y Beckham Romario Quispe Garfias. En el informe médico del segundo se consignó que sufrió hemorragia interna y proyectil por arma de fuego en la zona subclavicular derecha.

El 12 de diciembre, fallecieron dos personas más, Wilfredo Lizarme Barboza y Jhon Enciso Arias, quienes se encontraban en el cerro Huayhuaca, cuando la Policía disparó hacia dicho lugar. En el certificado de defunción del segundo se consignó que hubo una herida perforante por proyectil de arma de fuego.

Ese mismo 12 de diciembre, en otra localidad de Apurímac, Chincheros, los manifestantes salieron a protestar. Ese día murió un menor de edad, de siglas R. P. M. LL., con una herida causada por un proyectil de arma de fuego, y se produjeron lesiones graves a dos personas, entre ellas un menor de edad, ambas lesiones causadas por un proyectil de arma de fuego.

Amnistía Internacional (2023) llegó a la conclusión de que cuatro de los seis casos de Andahuaylas se tratarían de ejecuciones extrajudiciales, es decir, de vulneraciones al derecho fundamental a la vida. Sobre los dos casos restantes, en el informe no se pueden hacer afirmaciones tan precisas. El resto de los casos “apuntan a que deben ser investigados como ejecuciones extrajudiciales” (Amnistía Internacional, 2023, p. 17). De ese modo, Amnistía

9 Para la elaboración de este acápite sobre Apurímac partimos de los hechos que se consignaron en la denuncia penal elaborada por un equipo jurídico del Instituto de Defensa Legal, Aprodeh y Paz y Esperanza junto con abogados independientes. La denuncia se dirigió a la Fiscalía de la Nación y colocó a Dina Boluarte y otras personas como responsables de la masacre de Apurímac (Instituto de Defensa Legal, Aprodeh y Paz y Esperanza, 2023). Yo me encargué de redactar diferentes partes de esa denuncia, así como de ser responsable de la versión final.

Internacional considera con cierto grado de verosimilitud que no se habría cumplido con el uso reglamentario de la fuerza letal.

La fuerza menos letal también fue utilizada indebidamente. Muestra de ello es el uso de gases lacrimógenos contra la población civil que cargaba los féretros de dos de los manifestantes muertos en Andahuaylas el 13 de diciembre de 2022. El cortejo fúnebre, que se trasladaba por las calles de Andahuaylas cargando dos ataúdes, fue atacado. El uso indebido de la fuerza menos letal se refleja en el caso de Christian Alex Rojas Vásquez, quien recibió el impacto de una bomba lacrimógena disparada al cuerpo.

El derecho a la integridad de muchas personas fue impactado por el uso de la fuerza letal y menos letal por parte de la Policía en Andahuaylas, Chincheros y Abancay. En Apurímac también se reportaron detenciones arbitrarias, tortura y tratos crueles realizados por la Policía en contra de manifestantes que ya se encontraban detenidos.

b) La Masacre de Puno

El 9 de enero de 2023 fue un día trágico para Puno. La protesta fue masiva. Gente de Juliaca y también de Azángaro, San Antonio de Putima, Huancané, Carabaya y Sandía, entre otros, alimentaron la protesta. Las personas manifestantes se enfrentaron con la Policía en diferentes puntos de la ciudad de Juliaca, especialmente en el aeropuerto y cerca del centro de la ciudad. Ese día murieron 18 personas civiles y un policía, y hubo un número no determinado de personas civiles heridas y, aproximadamente, 70 policías sufrieron lesiones.

Por la mañana, un grupo de manifestantes se planteó como objetivo tomar el aeropuerto. Alrededor del aeropuerto se produjeron las primeras muertes en situaciones en que la Policía utilizó la fuerza. La lista de fallecidos puede consultarse en el Anexo 3. De acuerdo con las fuentes periodísticas (Laura y Prado, 2023), se logró reconstruir las circunstancias de las muertes de algunas de las víctimas de Juliaca, que paso a reseñar.

Gabriel López Amanqui falleció como consecuencia del impacto de perdigones. El interno de medicina Marco Antonio Samillán fue impactado por un proyectil de arma de fuego, mientras estaba de espaldas. Jorge Huaranca Choquehuanca estaba parapetado junto con un periodista. Al levantarse para arrojar una piedra, recibió disparos en la cabeza. Ya dentro del aeropuerto, falleció Nelson Pilco Condori como consecuencia de un proyectil de arma de fuego, mientras él y otros manifestantes se protegían con improvisados escudos. La menor de edad J. N. A. H. fue impactada por una bala de pistola, calibre 9 mm, mientras estaba en las inmediaciones del aeropuerto. Heder Jesús Mamani Luque sufrió una herida en el cráneo, tenía lesiones por proyectil disparado por arma de fuego. También tenían orificios de entrada y salida de proyectil de armas de fuego, Christina Mamani, Roger Cayo, Rubén Mamani y Heliot Arizaca. Por su parte, Marcos Quispe recibió impactos de perdigones de plomo. Ghiovanny Illanes Ramos, Reynaldo Ilaquita Cruz y E. L. H. murieron por disparos compatibles con las AKM que usó la Policía.

Por la tarde de ese día, los enfrentamientos se seguían produciendo. La Policía trató de repeler con bombas lacrimógenas y otros medios de policía a las personas manifestantes cerca del centro de la ciudad. Héctor Quilla Mamani recibió el impacto de un proyectil de arma de fuego, mientras caminaba de espaldas después de patear una bomba lacrimógena. Paul Mamani Apaza y B. A. J. fueron impactados casi al mismo tiempo, en el mismo lugar, por disparos de armas de fuego. En un lugar cercano, Ever Mamani Arqui recibió

un impacto de bala, mientras se encontraba parado junto con un grupo de manifestantes (Laura y Prado, 2023).

Por parte de la Policía, falleció el suboficial de segunda José Luis Soncco Quispe. Él junto con otro policía habrían sido atacados por manifestantes. Soncco fue el que sufrió las agresiones más severas y murió. Su vehículo policial fue quemado. Además, 70 policías habrían sido víctimas de la vulneración de su derecho a la integridad personal.

Las vulneraciones del derecho a la vida fueron claras en, al menos, diez de las 19 muertes que investigó IDL-Reporteros (Laura y Prado, 2023). De acuerdo con dicha fuente, “ninguna de las víctimas civiles representaba un peligro inmediato o inminente para la vida o la integridad de los policías en el momento en que fueron abatidas” (Laura y Prado, 2023, s.p.). Amnistía Internacional respalda dicha postura, aunque con menor énfasis, respecto de los casos que investigó. De acuerdo con la información analizada, hay indicios de que la Policía habría hecho uso ilegítimo de la fuerza letal en 13 casos (Amnistía Internacional, 2023).

Finalmente, las investigaciones para determinar a las personas responsables de los homicidios y de las lesiones leves o de otros bienes jurídico-penales han avanzado lentamente, vulnerando el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y familiares. En lo disciplinario escasean las investigaciones internas para sancionar a policías por el uso indebido de la fuerza. A fin de conocer cuántos procedimientos disciplinarios estaban abiertos, solicité información a la propia Policía. Hasta el 9 de febrero de 2023, cuando ya habían sucedido las dos masacres, la Inspectoría de la Policía solo reportó 10 casos disciplinarios abiertos, en el Informe 186-2023-IGPNP/SEC-UNITIC.Est. (2023).

Conclusiones: Balance y Perspectivas

El uso de la fuerza policial para enfrentar protestas sociales es un tema de gran relevancia. Especialmente si la Policía debe actuar para recuperar el orden público en alguno de los más de 200 conflictos sociales, mayoritariamente socioambientales, o en protestas por sucesiones presidenciales, en el marco de la crisis e inestabilidad política, en el que se encuentra el Perú desde hace un quinquenio.

La actuación policial frente a las sendas vacancias presidenciales del Ejecutivo, en noviembre de 2020 y a partir de diciembre de 2022, sugieren que estamos frente a una institucionalidad policial con grandes dificultades para ajustarse a los márgenes normativos establecidos sobre uso de la fuerza.

En materia normativa, el Perú dio un paso adelante con el Decreto Legislativo n.º 1186. Se trata de una norma cuyo seguimiento contribuye a baremar el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, ha sido objeto de modificaciones por la mal llamada Ley de Protección de Policial, que lo que hace es minar la institucionalidad de la PNP.

En protestas sociales, la Policía puede hacer uso de la fuerza, incluso de fuerza letal, para proteger derechos humanos. Sin embargo, los derechos humanos son el norte del uso de la fuerza policial y también, el límite. El seguimiento de las reglas de uso de la fuerza del Decreto Legislativo n.º 1186, su reglamento y los protocolos y lineamientos definen cuándo estamos ante un uso de la fuerza policial reglamentario y, en consecuencia, cuando este se encuentra enmarcado en el respeto de los derechos humanos.

Ahora bien, en el estudio de casos he puesto el foco en aquellos escenarios y momentos en los que se produjeron muertes en protestas sociales relativas a las sucesiones presidenciales

por vacancia por incapacidad moral declarada por el Congreso. Me refiero a conflictos, que tuvieron como protagonistas primigenios al Ejecutivo y Legislativo, enfrentados en disputas por acumular poder político. Abordé las protestas contra el presidente Manuel Merino, en noviembre de 2020, centrándonos en Lima, y las protestas contra la presidenta Dina Boluarte analizando los sucesos de diciembre de 2022 y enero de 2023 en Apurímac y Puno, respectivamente.

En Lima, entre el 7 y el 14 de noviembre de 2020, murieron dos personas. En un período más amplio de tiempo, se reportaron 210 civiles y 22 policías heridos. En Apurímac, entre el 9 y el 14 de diciembre murieron seis personas, en Andahuaylas y Chincheros, alrededor de 80 civiles resultaron heridos. Del mismo modo, un número no determinado de policías fueron heridos. Además, se reportaron detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos contra personas detenidas. En Puno, murieron en un día, el 9 de enero de 2023, 19 personas (18 civiles y un policía). Además, hubo un número indeterminado de personas civiles heridas y aproximadamente 70 policías sufrieron lesiones. El impacto en el derecho a la vida y en otros derechos ha sido de tal magnitud que se puede hablar de la masacre de Apurímac y de la masacre de Puno.

Siguiendo diferentes reportes y fuentes de información, se ha observado una serie de casos en Apurímac y Puno, en los que policías habrían actuado desatendiendo las reglas de uso de la fuerza letal y menos letal; por consiguiente, vulnerando los derechos humanos. Los derechos humanos en juego son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la protesta, a la libertad personal, al acceso a la justicia y otros componentes del debido proceso y otros.

Por su parte, la Policía habría sido víctima de vulneración de sus derechos. Si no mediase una situación razonable, como la legítima defensa, estamos ante la vulneración del derecho a la integridad personal y salud, y otros derechos humanos de policías.

Ahora bien, en determinados escenarios y momentos, la Policía habría actuado vulnerando derechos humanos de manifestantes, defendiendo a una de las partes en el conflicto por acumulación de poder político. En ambos casos, tanto en el 2020 como en el 2022-2023, la actuación policial fuera de los márgenes reglamentarios fue hecha posicionándose a favor del poder de turno, derivado de la vacancia decidida por el Congreso, léase a favor Manuel Merino o de Dina Boluarte. La parcialización policial a favor del Ejecutivo no puede justificarse en que la jefatura suprema de la Policía es quien preside el país, puesto que el poder policial está limitado por las normas, especialmente por los derechos humanos de la ciudadanía.

En general, se ha podido apreciar en las protestas que a la policía le cuesta identificar a las personas protestantes como parte de la ciudadanía con derechos.

La intensidad de la vulneración de derechos humanos en regiones indígenas se ha documentado en conflictos socioambientales relativos a industrias extractivas. Pero no solo se produce en esos escenarios. Los dos casos estudiados mostrarían que el racismo, presente desde la formación policial, también se refleja en la actuación policial en conflictos políticos. No es una casualidad que la población quechua y aimara de Apurímac y Puno haya sufrido la muerte de 24 civiles.

El panorama descrito me permite plantear algunas ideas sobre las perspectivas. Después de los sucesos policiales de noviembre de 2020, la actitud gubernamental fue diferente de la de los sucesos iniciados en diciembre de 2022. En aquella oportunidad, el gobierno de turno pidió perdón a las víctimas, promovió la búsqueda de justicia e impulsó cambios en la PNP, teniendo como referente las Bases para el fortalecimiento y la modernización de la Policía

Nacional del Perú (Grupo de trabajo sectorial de naturaleza temporal para elaborar la propuesta y estrategia para el fortalecimiento y modernización de la Policía Nacional del Perú, Ministerio del Interior, 2021).

Como puede deducirse, los cambios promovidos no fueron suficientes. Dos años después de los sucesos del 2020, la situación se repite con mayor ferocidad y letalidad, intersectada por el racismo. A pesar de esto, las disculpas públicas no son sinceras, ni tampoco los anuncios de cambios en la PNP. En consecuencia, no existen expectativas próximas de que la actuación policial en protestas sociales políticas contra el gobierno de Dina Boluarte sea diferente, es decir que no se vulneren los derechos humanos de quienes se manifiesten.

A fin de superar situaciones críticas, como la actual, es necesaria la voluntad política, ya que sin esta difícilmente se puede avanzar en el plano de las políticas públicas respetuosas de derechos humanos. Lamentablemente, en la actualidad no hay voluntad política.

Justicia y reparación son otros elementos centrales para avanzar. Las investigaciones penales por vulneraciones al derecho a la vida y la integridad personal, tanto de policías como de manifestantes, deben ser impulsadas y llegar, de manera célere, a buen puerto. Eso implica sanciones no solo para responsables inmediatos, sino también para quienes tenían responsabilidades de mando y de comando, e, incluso, para las altas autoridades del Ejecutivo, quienes procuraron la parcialización de la Policía a su favor en detrimento de los derechos humanos de las personas que protestaron.

A nivel público, se necesita conocer qué sucedió. Una “comisión de la verdad” ayudaría a identificar qué pasó y a analizar las responsabilidades individuales de policías, pero sobre todo las responsabilidades institucionales. En este documento he dado cuenta de problemas que superan la coyuntura, por ejemplo, la organización para tratar conflictos sociales y el racismo. A ellos, podríamos aumentar la aún deficiente difusión del marco normativo sobre el uso de la fuerza policial¹⁰, principalmente, los indicios de que la dignidad de la persona no es un valor fuertemente acentuado en la Policía. La referida comisión de la verdad contribuiría a poner en relieve estos problemas y, lo que es más importante, impulsar una política en pro de los derechos humanos en la Policía.

10 Un ejemplo positivo de difusión de las reglas de uso de la fuerza es la plataforma educativa de la Unidad de Instrucción de la División de Servicios Especiales, alojada en el siguiente enlace: <https://wplataformaeducaci.wixsite.com/instruccion>

ANEXOS

Anexo I. Conclusiones en cuatro informes sobre el uso indebido de la fuerza policial, noviembre de 2020

Fuente	Redacción	Página
Defensoría del Pueblo, 2020	No obstante lo expresado, durante las movilizaciones de noviembre se incumplieron varias de estas disposiciones.	33
Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2020	La Policía no adecuó su actuar a los estándares internacionales (e incluso normas nacionales) según los cuales todo uso de la fuerza tiene que ajustarse a los principios fundamentales de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación.	5
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 07 de diciembre de 2020	Con base en la información recibida y los numerosos testimonios recabados durante su visita, la CIDH observa con preocupación que la respuesta del Estado frente a las movilizaciones se caracterizó por la represión mediante un uso excesivo y desproporcionado de la fuerza.	s/n
Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior, 29 de enero de 2021	9.19. Durante las manifestaciones se han registrado actos de uso innecesario de la fuerza por parte de los efectivos policiales, provocando la reacción de los manifestantes y exacerbando los ánimos de la protesta.	94
	9.28. Las operaciones policiales no habrían observado las disposiciones del Decreto Legislativo n.º 1186 y su Reglamento que regulan el uso de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional del Perú. En el caso de las operaciones policiales de los días 12 y 14 de noviembre se aprecia que se habría pasado de los niveles preventivos de uso de la fuerza, directamente al uso ofensivo de los medios no letales, y no de manera diferenciada, sino indiscriminada contra los manifestantes e incluso, contra personas que no participaban directamente en los actos de protesta.	96

Fuente: Elaboración propia

Anexo II. Personas fallecidas en las protestas en Apurímac, diciembre de 2023

Fecha de fallecimiento	Nombre	Edad	Provincia	Causa de fallecimiento
11/12/2022	David Atequipa Quispe	15 años	Andahuaylas	Herida por arma de fuego en el pecho
11/12/2022	Beckan Romario Quispe Vargas	18 años	Andahuaylas	Fractura en el cráneo por arma de fuego
12/12/2022	Wilfredo Lizarme Barboza	18 años	Andahuaylas	Herida por arma de fuego
12/12/2022	John Erick Enciso Arias	18 años	Andahuaylas	Herida por arma de fuego
13/12/2022	R.P.M. LI	16 años	Chincheros	Herida por arma de fuego en el tórax
14/12/2022	Christian Alex Rojas Vasquez	18 años	Andahuaylas	Hemorragia

Fuente: Adaptado de Instituto de Defensa Legal, Aprodeh y Paz y Esperanza (2023, p. 24).

Anexo III. Personas fallecidas en las protestas en Puno, enero de 2023

Nombre	Edad	Causa del fallecimiento
Héctor Quilla Mamani	38 años	Proyectil de arma de fuego en el abdomen
B. A. J.	15 años	Proyectil de arma de fuego en la cabeza (fractura craneal)
Franklin Mamani Apaza	20 años	Proyectil de arma de fuego en el tórax
Herbert Mamani Arquí	39 años	Proyectil de arma de fuego en la cabeza
E. L. H.	16 años	Impacto en el tórax de bala calibre 7.62 mm (perforación de diafragma, hígado y alojado en el abdomen)
J. A. H.	17 años	Herida penetrante por proyectil de arma de fuego en el abdomen Posible tipo parabellum, calibre 9mm, que ingresa por el abdomen (atribuible a Beretta y SIG Sauer)
Eliot Arizaca Luque	18 años	Herida perforante en el tórax por proyectil de arma de fuego
Reynaldo Ilaquita Cruz	19 años	Herida penetrante en tórax posterior por proyectil de arma de fuego
Roger Cayo Sacaca	22 años	Proyectil de arma de fuego ingresa por el ojo y se aloja en el cerebro
Cristiam Mamani Hanco	22 años	Herida perforante en tórax anterior por proyectil de arma de fuego
Marco Samillan Sanga	29 años	Herida perforante en tórax
Marcos Quispe Quispe	54 años	Heridas contuso penetrantes por proyectil de arma de fuego en tórax y codo izquierdo
Gabriel Lopez Amanqui	35 años	Múltiples heridas penetrantes por perdigón: 72 perdigones. Uno de ellos atraviesa el pulmón y llega al corazón.
Paul Mamani Apaza	20 años	Herida penetrante en el tórax por proyectil de arma de fuego
Ghiovanny Illanes Ramos	21 años	Herida penetrante en sacro por proyectil de arma de fuego
Edgar Huarancca Choquehuanca	22 años	Una herida perforante en la cabeza y dos heridas perforantes en tórax por proyectil de arma de fuego
Rubén Mamani Muchica	53 años	Una herida perforante cérvico facial
Nelson Pilco Condori	22 años	herida perforante en el tórax por proyectil de arma de fuego
Heder Mamani Luque	37 años	Herida perforante en cráneo por proyectil de arma de fuego

Fuente: Elaboración a partir de Ampuero (2023).

REFERENCIAS

- Adjuntía para la Prevención de Conflictos sociales y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo (2023). Reporte de conflictos sociales (n.º 230). Defensoría del Pueblo.
- Amnistía Internacional. (2023). *Racismo letal. Ejecuciones extrajudiciales y uso ilegítimo de la fuerza por los cuerpos de seguridad de Perú*. Amnistía Internacional.
- Ampuero, A. (25 de febrero de 2023). Juliaca: Necropsias confirman que murieron 17 a balazos. Política. *La República*. <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/02/23/puno-juliaca-necropsias-confirman-que-17-civiles-murieron-a-balazos-protestas-manifestantes-fiscalia-noticia-1621063>
- Asociación Pro Derechos Humanos, Paz y Esperanza e Instituto de Defensa Legal (12 de febrero de 2023). Denuncia penal interpuesta contra la Fiscal de la Nación y otros.
- Bazán Seminario, C. (2021). *La justicia de piel marrón en el Sur Global. Una exploración marrón y decolonial a los actores y las actrices del sistema de justicia estatal en una protesta contra el proyecto minero chino Las Bambas en los andes peruanos*. (Tesis de doctorado, Freiburg Universität).
- Bazán Seminario, C. (2023). Reproducing racism in the police training in Peru. (Working paper 24.) Arnold-Bergstraesser Institut.
- Bebbington, A., y Bebbington, D. H. (2009). Actores y ambientalistas: conflictos socio-ambientales en Perú. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 35, 117 - 128.
- Código Penal (1991). Artículo 20.11
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (07 de diciembre de 2020). *La CIDH culmina visita de trabajo al Perú*. Comunicado de prensa. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/290.asp>
- Constitución Política del Perú. (1993). Artículos 20, 2.24, 34, 45, 91, 98, 113.2, 118.4, 159, 166, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175.
- Congreso de la República (2017). Ley n.º 31012.
- Congreso de la República. (2020). Resolución del congreso 001-2020-2021-CR, 10 de noviembre de 2020.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Derechos Humanos Sin Fronteras y Grufides y Society for Threatened Peoples. (2013). *Policía mercenaria al servicio de las empresas mineras. La responsabilidad de Suiza y del Perú en las violaciones de derechos humanos en los conflictos mineros*. Grufides y Asociación para los Pueblos Amenazados.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Defensa Legal, Asociación Pro Derechos Humanos y Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz. (2015). Comentarios, críticas y propuestas respecto del proyecto de Ley que regula el empleo de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú, publicado por el Ministerio del Interior. Instituto de Defensa Legal.
- Corte Suprema de Justicia. Salas penales. (2019). Acuerdo plenario 005-2019/CJ-116.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (s.f.). Casación 1464-2021 Apurímac.
- Costa Santolalla, G., y Mohar Kuri, E. (2006). *Reforma policial y Derechos Humanos: caso Perú*. Insyde Ideas.

- Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe especial 01. Movilizaciones sociales*. (noviembre 2020. Serie Informes Especiales 01-2022-DP). Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2012). *Violencia en los conflictos sociales*. Defensoría del Pueblo.
- Dirección General de la Policía Nacional del Perú. (2013). Manual de doctrina de Estado Mayor, Resolución Directoral 245-DIRGEN/EMG, 28 de marzo de 2013.
- Dirección General de la Policía Nacional del Perú. (21 de agosto de 2015). Directiva DPNP 03-17-2015-DIRGEN-PNP/EMG-PNP-B. RD. 643-2015-DIRGEN/EMG-PNP. Establece normas y procedimientos para el uso de armas no letales y armas letales de uso policial en las intervenciones policiales. Lima.
- Earthrights International, Instituto de Defensa Legal y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2019). Informe: Convenios entre la Policía Nacional y las empresas extractivas en el Perú. Análisis de las relaciones que permiten la violación de derechos humanos y quiebran los principios del Estado democrático de Derecho. Earthrights.
- Grupo de trabajo sectorial de naturaleza temporal para elaborar la propuesta y estrategia para el fortalecimiento y modernización de la Policía Nacional del Perú. (2021). *Bases para el fortalecimiento y la modernización de la Policía Nacional del Perú*. Ministerio del Interior.
- Huaytalla, A. (2020). El orden de las cosas en la DINOES. En Ministerio del Interior, *Héroes entre nosotros, fuerzas especiales* (pp. 105-141). Ministerio del Interior. Lima.
- Instituto de Defensa Legal, Aprovechamiento y Paz y Esperanza. (2023). Denuncia penal interpuesta por Yudi Llocella Cruz, Rosa Karina Bueno Dueñas y César Bazán Seminario. <https://keneamazon.net/Documents/Crisis-de-Gobernabilidad/Denuncia-Masacre-Apurimac.pdf>
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2013). *Diagnóstico Nacional sobre la Situación de la Seguridad y el Respeto de los Derechos Humanos. Referencia particular al sector extractivo en el Perú*. Embajada Suiza en el Perú, Socios Perú, Idehpucp.
- Instituto de Estudios Peruanos. (2020). *Informe de Opinión* (Diciembre 2020). Instituto de Estudios Peruanos.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018a). *Apurímac. Resultados definitivos*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018b). *Puno. Resultados definitivos*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Laura, R. (14 de diciembre de 2020b). La muerte de Jack. Seguridad, *IDL-Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/la-muerte-de-jack/>
- Laura, R. (29 de 11 de 2020a). La muerte de Inti. Seguridad, *IDL-Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/la-muerte-de-inti/>
- Laura, R., y Prado, C. (09 de abril de 2023). Homicidios en Juliaca: El resultado de las pruebas. Seguridad, *IDL-Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/homicidios-en-juliaca/>
- Ministerio del Interior. (2018). Manual de Derechos humanos aplicados a la función policial, aprobado por Resolución Ministerial 952-2018-IN.

- Ministerio del Interior. (27 de julio de 2016). Reglamento de la ley de uso de la fuerza policial, Decreto Supremo 012-2016-IN.
- Ministerio Público. Fiscalía de la Nación. (2022). Directiva Ejercicio de la función fiscal frente al uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza por agentes responsables de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación 534-2022-MP-FN.
- Ministerio Público. Fiscalía de la Nación. (2022). Resolución FN 534-2022-MP FN.
- Ministerio de Salud. (24 de noviembre de 2020). Informe de heridos y hospitalizados durante las movilizaciones sociales (Comunicado N°328) <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/316952-minsa-informe-de-heridos-y-hospitalizados-durante-las-movilizaciones-sociales-comunicado-n-328>
- Miranda, E. (29 de 11 de 2022). Asesinato de Inti y Bryan: Sala especializada en derechos humanos retomará proceso a policías. *Convoca*. <https://convoca.pe/agenda-propia/asesinato-de-inti-y-bryan-sala-especializada-en-derechos-humanos-retomara-proceso>
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). Informe sobre la misión a Perú. 17 – 22 de noviembre de 2020.
- Oficina General de Integridad Institucional del Ministerio del Interior (29 de enero de 2021). Informe de evaluación de las operaciones policiales realizadas con ocasión de las marchas convocadas entre el 10 y el 14 de noviembre de 2020 en la ciudad de Lima, en protesta por la vacancia presidencial y juramentación del nuevo presidente de la República. (Informe 000005-2021/IN/OGII). Ministerio del Interior.
- Poder Ejecutivo. (2015). Decreto Legislativo 1186, Decreto que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, del 16 de agosto del 2015.
- Poder Ejecutivo. (2016). Decreto Legislativo n.º. 1267.
- Policía Nacional del Perú. (2016). Manual de operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público, Resolución directoral 179-2016-DIRGEN/EMG-PNP, 22 de marzo de 2016.
- Policía Nacional del Perú. (2022). Lineamientos administrativos y operativos aplicables a las operaciones policiales de control, mantenimiento y restablecimiento del orden público, Directiva 015-2022-CG PNP/EMG, 13 de octubre de 2022.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2023). *Reporte de conflictos sociales*. Secretaría de Gestión social y diálogo. Presidencia del Consejo de Ministros.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 122-151). CLACSO.
- Quijano, A., y Wallerstein, I. (1992). La americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *Revista internacional de ciencias sociales. América: 1492-1992. Trayectorias históricas y elementos del desarrollo*, 13, 583-592.
- Roth, J. (2014). *El uso de la fuerza en el Perú. Una aproximación al proceso de adecuación de la normativa peruana a los estándares internacionales*. <https://www.scribd.com/document/379012820/14-El-Uso-de-la-Fuerza-en-el-Peru-Una-aproximacion-al-proceso-de-adequacion-de-la-normativa-peruana-a-los-estandares-internacionales-Johanna-Roth-So>

- Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Rodríguez, F. y Bazán Seminario, C. (2023). Authoritarian practices between ‘para-coloniality’ and ‘cheap security’: when Chinese state capital meets neoliberal copper mining (and protests) in Las Bambas, Peru. *Globalizations*. DOI: 10.1080/14747731.2023.2179813
- Rucoba Tello, V. R. (2020). Contexto histórico-social de la DINOES. En Ministerio del Interior, *Héroes entre nosotros, fuerzas especiales* (pp. 21-43). Ministerio del Interior.
- Ruiz, J. y Masquez Salvador, A. (2015). Informe jurídico: La privatización de la seguridad ciudadana. La inconstitucionalidad de los contratos de seguridad privada entre las empresas mineras y la Policía Nacional del Perú. Instituto de Defensa Legal.
- Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia recaída en el expediente STC 1124-2001-AA.
- Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia recaída en el expediente STC 001-2003-AI.
- Tribunal Constitucional. (2005a). Sentencia recaída en el expediente STC 3330-2004-AA.
- Tribunal Constitucional. (2005b). Sentencia recaída en el expediente STC 0022-2004-AI.
- Tribunal Constitucional. (2020a). Sentencia recaída en el expediente STC 00009-2018-AI.
- Tribunal Constitucional. (2020b). Sentencia recaída en el expediente STC 00009-2019-PI.
- Villanueva Bogani, P. (2015). Fuerza pública y derechos humanos: Fundamentos del empleo estatal del arma de fuego en operaciones destinadas a hacer cumplir la ley. (Tesis para optar por el grado de magíster en Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú).

LA ATRIBUCIÓN DE RATIFICACIÓN DE JUECES Y FISCALES A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Javier Alonso De Belaunde De Cárdenas¹

El presente informe desarrolla los alcances de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) sobre la atribución de ratificación de jueces y fiscales a cargo de la Junta Nacional de Justicia (JNJ). Concretamente, el informe evalúa la incidencia que tienen los desarrollos jurisprudenciales contenidos en las sentencias de los casos sobre la JNJ (Tribunal Constitucional, 2021), Moya Solís (Moya Solís vs. Perú, 2021) y Cuya Lavy (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021), teniendo presentes las atribuciones interpretativas que el ordenamiento le reconoce al TC y a la Corte sobre la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), respectivamente.

A efectos de un desarrollo adecuado de la presente consulta, el informe sigue la siguiente estructura: parte con una reseña de los elementos centrales de los fallos (sección I), posteriormente analiza los aspectos principales de las sentencias que han sido objeto de debate público (sección II) y, finalmente, ofrece conclusiones (sección III).

I. Las Sentencias Recientes de la Corte y del TC sobre Ratificación de Magistrados

1. *Caso Moya Solís*

a) Información Básica del Caso.

El primer caso materia de revisión es el de Norka Moya Solís. Si bien no se trata de una ratificación de magistrados, sino de la de una secretaria de juzgado, es sumamente relevante para el análisis de las ratificaciones, ya que el procedimiento era similar al que se empleaba para los magistrados y, sobre todo, porque muchas de las definiciones que realiza la Corte serán luego la base de su fallo en Cuya Lavy.

En 1982, la Sala Plena del Fuero del Trabajo y Comunidades Laborales decidió no ratificar a Moya Solís. Siguiendo el mecanismo tradicional de votación aplicable en esa época — voto secreto y por cédula—, Moya Solís obtuvo cinco balotas blancas y cinco balotas negras, determinando su no ratificación. En el acta se consignó que el informe sobre su actuación y conducta fue “favorable en parte” y que se recibió información de que la evaluada tenía deudas

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. por King's College London y M.A. en Derechos Humanos por University College London. Integró el consejo consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Actualmente se desempeña como profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP y Asociado Senior de las áreas de solución de controversias y derecho constitucional del estudio Hernández & Cía.

económicas y un negocio propio (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 43-45). Adicionalmente, una resolución posterior consignó que se encontraron deficiencias en la tramitación de los expedientes a su cargo, que el juez del despacho donde laboraba emitió un informe “no favorable” y que había recibido sanciones previas, “cargos [que] no fueron desvirtuados” (párr. 45).

Ese mismo año, iniciando lo que fue un infructuoso y largo camino de denegación de justicia, “Moya Solís interpuso recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia”, en donde, entre otros aspectos, alegó no haber tenido oportunidad de presentar pruebas ni sustentar descargos (párr. 46). Asimismo, señaló que nunca se le entregó el acta de la reunión en la que se calificó su desempeño ni tampoco se le notificó la resolución (párr. 46).

En 1983, la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema rechazó su recurso como infundado (párr. 47). Contra esta decisión, Moya Solís interpuso un proceso de amparo en 1984 ante un juzgado de Lima (párr. 48). Luego de un prolongado proceso, la sentencia definitiva recién fue alcanzada más de 15 años después, en 1998 (párr. 49-58). La Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público confirmó el rechazo de su demanda como infundada (párr. 58).

En el año 2000, se presentó la petición respectiva ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y luego del procedimiento ante la CIDH, y ante el incumplimiento del Estado de implementar las recomendaciones del informe de fondo, la CIDH sometió el caso a la Corte en 2020 (párr. 1-4).

Mediante sentencia de fecha 3 de junio de 2021, la Corte declaró al Estado responsable de la violación de los derechos de Moya Solís a la defensa, a una debida motivación, al principio de legalidad, a un plazo razonable, a la protección judicial y a permanecer en la función pública (párr. 81, 82, 85, 86, 89, 91, 104, 111, 141)². En consecuencia, ordenó como medidas de satisfacción que el Estado cumpliera con publicar aspectos de la sentencia (párr. 121, 141). Asimismo, ordenó indemnizaciones compensatorias por daño material y daño moral (párr. 127, 131, 141). Por el contrario, la Corte no consideró necesario ordenar medidas de adecuación del ordenamiento interno (párr. 124).

b) Fundamentos Principales de la Sentencia.

La Corte partió explicando que el artículo 8.1 de la CADH³ (“garantías judiciales”) no limita su aplicación a los procesos judiciales en sentido estricto, sino que involucra a toda instancia procesal o procedimental donde se pueda estar discutiendo derechos u obligaciones de las personas, obligando a que se cumpla con un debido proceso (párr. 66-67).

En cuanto al artículo 8.2 de la CADH (“garantías penales mínimas”), la Corte señaló que esta disposición también tenía un ámbito mayor al que la literalidad podría indicar. Su jurisprudencia ha ido extendiendo “en lo pertinente” las garantías allí comprendidas a procedimientos sancionatorios y procesos judiciales no penales: “lo que corresponde en cada caso es

² La decisión fue emitida por unanimidad. Los magistrados y la magistrada intervinientes fueron: Elizabeth Odio Benito, Patricio Pazmiño Freire, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Pérez Manrique.

³ “ 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 sustentación 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” (CADH, 1969, art. 8.1).

determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance” (párr. 68).

Para el tribunal de San José, la ratificación es un procedimiento de evaluación de desempeño. En este se examina la conducta y la idoneidad del funcionario en el ejercicio del cargo. En la medida que una calificación desfavorable supone la separación, la Corte sostuvo que la naturaleza de la ratificación era materialmente sancionatoria: “se convierte en un proceso materialmente sancionatorio, pues la desvinculación de la persona evaluada es una sanción a su bajo desempeño” (párr. 69). Una calificación que no ha estado exenta de polémica⁴, pero que la Corte mantendrá luego en el fallo Cuya Lavy.

De la interpretación de que la ratificación de magistrados es un procedimiento materialmente sancionatorio, la Corte deriva la necesidad de que este también cumpla con las garantías de un debido proceso “propias de los procesos disciplinarios, aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad” (párr. 70). Este relevante aspecto volverá a tratarse en la sección II del informe.

Este fue el marco con el cual la Corte analizó los derechos específicos que la CIDH alegó habían sido vulnerados con motivo de la no ratificación de Moya Solís.

Respecto de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, la Corte señaló que el Estado no cumplió con informar a Moya Solís los criterios generales de ratificación ni las razones que podrían ameritar que no fuera ratificada. Tampoco le dio una oportunidad real de ejercer su defensa, ofreciendo descargos y pruebas (párr. 77-81).

Respecto del derecho a una debida motivación, la Corte consideró que el Estado no cumplió con informarle las razones de su no ratificación, ya que la comunicación que recibió simplemente indicaba que no había sido ratificada, sin motivación alguna (párr. 82). Para la Corte, el Estado no pudo acreditar haber notificado a Moya Solís el acta de la sala plena donde se discutió su caso, ni la resolución de no ratificación donde se expresaron algunas razones para justificar la decisión (párr. 85). Sin perjuicio de ello, al analizar estos documentos, la Corte observó que la fundamentación consignada no constituía una debida motivación, ya que la sala no señaló por qué las deudas o negocios de la evaluada guardaban relación con el incumplimiento de sus obligaciones funcionales, precisando que, salvo que configuraran un conflicto de interés previsto por ley, “no es una razón para separar a una persona de su cargo” (párr. 86). Asimismo, la Corte encontró que la resolución y el acta eran documentos inconsistentes, ya que señalaban motivos distintos para la no ratificación. Finalmente, la Corte resaltó que no se brindó una explicación respecto a por qué el empate en la votación de la Sala Plena fue resuelto a favor de no ratificarla (párr. 86).

En cuanto al principio de legalidad, la Corte señaló que, si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 detallaba los deberes y obligaciones de los secretarios de juzgados, no precisaba qué tipo de incumplimientos podían dar pie a una no ratificación, ni tampoco cuáles eran los pesos correspondientes al informe que emitió el juez del juzgado donde Moya Solís laboraba, la entrevista que sostuvo y los otros elementos del procedimiento de ratificación. Estos criterios tampoco estaban recogidos en otras normas (párr. 89).

⁴ Sobre los cuestionamientos a la calificación de la Corte, ver la aguda intervención de Manuel Atienza en la conferencia televisada (Poder Judicial, 2022).

Respecto del derecho a la protección judicial, la Corte indicó que, si bien el proceso de amparo estaba normativamente previsto para tutelar la violación de derechos fundamentales, los jueces inicialmente declararon la demanda como improcedente, sin estudiar las violaciones alegadas (párr. 96). Posteriormente, la Corte resaltó que las instancias inferiores ingresaron al fondo sin cumplir la orden impartida por la Corte Suprema de resolver el caso teniendo a la vista el expediente de ratificación (párr. 97).

Sobre el derecho al plazo razonable, como no podía ser de otro modo, la Corte juzgó que la duración del proceso de amparo de más de 15 años fue desproporcionada e irrazonable, toda vez que no se trataba de un asunto particularmente complejo ni la demandante había incurrido en conductas dilatorias, todo lo contrario, la Corte constató que Moya Solís había buscado impulsar el proceso (párr. 99-101). Para la Corte, la violación de este derecho se debió a que la conducta de los jueces que conocieron el caso “no siguió las pautas de la debida diligencia” (párr. 102).

Finalmente, en atención a todas estas violaciones del derecho a un debido proceso, la Corte concluyó que también se vio afectado el derecho de Moya Solís a la permanencia en el cargo —comprendido como parte del derecho de acceso a las funciones públicas— (párr. 111).

2. *Caso de la Junta Nacional de Justicia*

a) Aspectos Generales.

En el 2020, el Colegio de Abogados de Sullana presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 30904 —ley de reforma constitucional a través de la cual se reemplazó al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) por la JNJ— y contra la Ley Orgánica de la JNJ (LOJNJ) (Estudio Castillo & Grández, 2020). Entre otros aspectos, el citado colegio profesional pidió la expulsión del ordenamiento de todas las disposiciones referidas a la ratificación de magistrados.

La demanda argumentó la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas señalando que:

- a) La pregunta incluida en el referéndum para aprobar la reforma constitucional fue genérica, sin que recogiera el contenido de la reforma y, por lo tanto, sin que la ciudadanía pudiese estar adecuadamente informada respecto de la atribución de ratificación de magistrados que le estaba reconociendo a la JNJ (inconstitucionalidad por forma);
- b) El referéndum vulneró la prohibición del artículo 32 de la Constitución de llevar a cabo consultas sobre la supresión o disminución de derechos fundamentales, toda vez que las ratificaciones, en la tesis de la demanda, contravienen el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial (inconstitucionalidad por forma);
- c) Las ratificaciones afectan las garantías de inamovilidad y permanencia judicial, comprometiendo de esa forma al principio de independencia, todos contemplados en los artículos 139 y 146 de la Constitución y 8.1 de la CADH (inconstitucionalidad por fondo) (Estudio Castillo & Grández, 2020).

Respecto de este último punto, la demanda alegó que la ratificación de magistrados:

- a) Constituye una injerencia indebida en la independencia subjetiva del juez, ya que este no solo resolverá los casos en función al ordenamiento jurídico, sino que estará considerando si su decisión lo puede beneficiar o perjudicar de cara a su futura ratificación (Estudio Castillo & Grández, 2020);

- b) Somete a la judicatura a un régimen que, en la práctica, al poder ser removidos cada siete años, es de provisionalidad (Estudio Castillo & Grández, 2020);
- c) Favorece la existencia de presiones e injerencias indebidas sobre el juez (Estudio Castillo & Grández, 2020);
- d) Es, de acuerdo con la experiencia de su aplicación, una restricción inidónea para lograr una mejor judicatura (Estudio Castillo & Grández, 2020);
- e) Es una medida innecesaria, dado que persigue la misma finalidad que los procesos disciplinarios —finalidad que la demanda identifica como “el aseguramiento de una magistratura moral y profesionalmente idónea”— a través del mismo medio —la separación del juez—, con la diferencia de que los procesos disciplinarios son menos invasivos al ser más estrictos y brindar mayores garantías (Estudio Castillo & Grández, 2020).
- f) Afecta el principio de legalidad, en tanto las normas no establecen con claridad las causales que habilitan a la JNJ a decidir la no ratificación de un magistrado (Estudio Castillo & Grández, 2020).

Mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2021, publicada el 21 de noviembre de 2021, el TC resolvió la demanda. Se trató de un fallo dividido. El magistrado Sardón votó por la improcedencia; los magistrados Blume y Miranda votaron por declararla fundada; y los magistrados Espinosa-Saldaña, Ferrero y Ledesma votaron por declararla infundada. Al no alcanzarse los cinco votos exigidos por el Código Procesal Constitucional para declarar la demanda fundada, operó la consecuencia legalmente prevista: la demanda fue declarada infundada⁵.

b) Efectos de la Sentencia.

El Código Procesal Constitucional reconoce efectos normativos a las sentencias del TC emitidas en procesos de inconstitucionalidad, se trate de sentencias estimatorias o, como es el caso, desestimatorias. Esto se relaciona con su rol de supremo intérprete de la Constitución y con el objeto sobre el cual realiza el control en este tipo de procesos —normas con rango de ley—.

Así, las sentencias emitidas en un proceso de inconstitucionalidad “vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación” (Congreso del Perú, 2021, art. 81)⁶. En una sentencia de inconstitucionalidad infundada, “el precepto cuestionado queda confirmado en su constitucionalidad, de modo que ninguna autoridad ni ningún particular podrá dejar de aplicarlo en cualquier caso futuro” (Castillo Córdova, 2020, p. 78).

Como una expresión de esta característica de los procesos de inconstitucionalidad, el artículo VII del Código Procesal Constitucional dispone que “los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” (Abad Yupanqui et al. 2008, pp. 43-45).

En esa línea, resulta de interés detenerse en los fundamentos jurídicos de los votos que confirmaron la constitucionalidad de las ratificaciones. Es decir, en la ponencia de la magistrada

5 Código Procesal Constitucional “art. 107 [...] La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma requiere de cinco votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría calificada en favor de la inconstitucionalidad de la norma demandada, el Tribunal Constitucional dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad” (Congreso del Perú, 2021).

6 Al respecto, ver también: Abad Yupanqui (2019, pp. 155, 329-330) y Landa Arroyo (2006, pp. 327-329).

Ledesma —a la que se sumaron los magistrados Ferrero y Espinosa-Saldaña—, y en el voto singular de este.

c) La Ponencia de Ledesma (2021) y el Voto Singular de Espinosa-Saldaña.

En cuanto al fondo, la ponencia consideró que las normas impugnadas no implicaban un cambio sustancial a la institución de la ratificación de magistrados como había estado prevista desde que la Constitución de 1993 entrara en vigor (f.j. 90 y 92). Sobre la base de dicha evaluación, de que se está ante una continuidad y no ante un cambio, rechazó los argumentos de la demanda, utilizando para ello criterios previamente establecidos por la jurisprudencia del TC sobre el tema.

Así, la ponencia recordó que el principio constitucional de independencia —que busca asegurar que los magistrados se encuentren únicamente vinculados al ordenamiento y no bajo injerencias, intereses o presiones (f.j. 78 y 79)—, incluye la prohibición de separación de la carrera “salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación” (f.j. 80).

Específicamente, la ponencia reiteró que el derecho de los magistrados a la permanencia en el servicio no era absoluto. Este tiene como límites (i) el observar “conducta e idoneidad propias o acordes con la investidura de la función que se ejerce” y (ii) un plazo de duración de siete años, al término del cual se debe ser ratificado en el cargo para poder continuar ejerciendo la función (f.j. 81-82).

Para la ponencia, la ratificación de magistrados es una institución que persigue fines y objetivos constitucionalmente valiosos. Así, señaló los siguientes (f.j. 83, 86-88):

- a) Renovar el compromiso de la magistratura
- b) Establecer el principio de responsabilidad funcional
- c) Promover el mérito personal y la capacidad profesional
- d) Incentivar la sana competencia
- e) Lograr la eficiencia en el desempeño
- f) Mejorar el rendimiento
- g) Fomentar la participación ciudadana en la gestión del sistema de justicia

Precisamente, la ponencia señaló que, para conseguir estos fines, la ratificación “evalúa la idoneidad de jueces y fiscales” (f.j. 89).

Por su parte, el voto singular concurrente del magistrado Espinosa-Saldaña añadió consideraciones valiosas basadas en estándares internacionales en materia de independencia judicial. Así, señaló que la garantía de la inamovilidad se expresaba en la permanencia en el cargo en tanto se mantuviera idoneidad para ejercerlo. Enfatizando que las ratificaciones se deben conducir “buscando mantener en el cargo a quienes demuestran objetivamente idoneidad y profesionalismo para ejercer la función jurisdiccional o, dicho de otro modo, no ratificar o retirar del cargo a quienes no mantengan las calificaciones descritas” (f.j. 16).

Para el magistrado Espinosa-Saldaña, la importancia de un sistema de evaluación objetivo del desempeño jurisdiccional y fiscal reside en “garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a recibir un servicio de calidad del sistema de justicia” (f.j. 17).

Finalmente, un aspecto interesante del caso es que ninguno de los seis integrantes del TC consideró que las ratificaciones fueran un mecanismo de evaluación inconstitucional. Los únicos votos para declarar fundada la demanda, emitidos por los magistrados Blume y Miranda,

fueron únicamente por motivos formales, es decir, porque consideraron que las preguntas del referéndum estuvieron mal formuladas.

3. Caso Cuya Lavy

a) Aspectos Generales del Caso.

Entre los años 2001 y 2002, el CNM decidió no ratificar a cuatro magistrados: Jorge Luis Cuya Lavy (juez), Jean Aubert Díaz Alvarado (fiscal), Marta Silvana Rodríguez Ricse (fiscal) y Walter Antonio Valenzuela Cerna (juez). Las resoluciones no tuvieron motivación alguna ni fueron individualizadas, se trató de listados colectivos (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 85, 90, 96, 101, 138).

Las víctimas cuestionaron infructuosamente ante la justicia las resoluciones del CNM que los separaron del cargo. En ese periodo estuvo vigente la interpretación judicial que, reafirmando lo dispuesto por el ordenamiento, consideraba que las decisiones sobre ratificaciones eran inimpugnables e irrecorribles (párr. 86-87, 89, 91-92, 97-98, 102-104, 172-182).

Ante la denegación de justicia, las víctimas presentaron peticiones a la CIDH contra el Estado. Luego del procedimiento en este órgano de la OEA, del fracaso de los incidentes de solución amistosa iniciados y del incumplimiento del Estado de implementar las recomendaciones del informe de fondo, la CIDH sometió el caso a la Corte en 2019 (párr. 1-3).

Mediante sentencia de fecha 28 de setiembre 2021⁷, la Corte declaró al Estado responsable de vulnerar los derechos de las víctimas “a conocer previa y detalladamente la acusación formulada”, a contar con el tiempo y los medios suficientes para preparar su defensa, a recibir una decisión debidamente motivada, a la honra y dignidad, a la protección judicial, y a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad (párr. 140, 149-151, 158, 161-164, 183). Sin embargo, consideró que el Estado no violó el principio de legalidad (párr. 147 y 165). Como reparaciones, ordenó publicar la sentencia y diversas indemnizaciones (párr. 195, 199, 219, 225). Finalmente, la Corte estableció como medida de no repetición, que el Estado cumpla con adecuar su ordenamiento “en lo relativo a la [posibilidad de] reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no ratificación de un magistrado” (párr. 206).

b) Fundamentos Principales de la Sentencia.

La Corte partió considerando a la independencia judicial como el marco a partir del cual se debe analizar la afectación de los derechos alegada por la petición. En ese sentido, señaló que el ejercicio autónomo de la función jurisdiccional y fiscal debía ser garantizado, tanto en su faceta institucional como individual, en aras de evitar que los magistrados fueran sometidos a restricciones indebidas, sea externa o internamente (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 123-124).

⁷ La conformación de la Corte fue la misma que la de la sentencia Moya Solís. Es decir, intervinieron: “Elizabeth Odio Benito, [...] L. Patricio Pazmiño Freire, [...] Eduardo Vio Grossi, [...] Humberto Antonio Sierra Porto, [...] Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, [...] Eugenio Raúl Zaffaroni [...] y Ricardo Pérez Manrique [...]” (p. 1, presentación del caso). Si bien la decisión fue por unanimidad, los magistrados Vio Grossi y Sierra Porto emitieron votos singulares concurrentes.

En cuanto a la garantía de estabilidad e inamovilidad de los magistrados, sobre la base de instrumentos internacionales como el Estatuto del Juez Iberoamericano o los Principios Básicos de las Naciones Unidas, y, teniendo en cuenta su jurisprudencia previa sobre la materia, la Corte estableció lo siguiente:

- a) La separación de cargos judiciales debe responder a causales permitidas, sea por el cumplimiento del término de su mandato o a través de un procedimiento de destitución que se ajuste al debido proceso.
- b) Los magistrados solo pueden ser destituidos por faltas disciplinarias graves o por incompetencia.
- c) Todo proceso debe ser objetivo e imparcial, ciñéndose a las normas de comportamiento judicial (párr. 125-129).

Con referencia expresa a su sentencia del caso Moya Solís, la Corte reiteró que considera que la ratificación de magistrados es un procedimiento de naturaleza materialmente sancionatoria, debido a que involucra la posibilidad de separar del cargo al operador de justicia evaluado (párr. 131).

Al igual que en Moya Solís, la consecuencia de esta interpretación fue determinar que a la ratificación de magistrados “le son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios, aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad” (párr. 132).

Respecto del derecho a una debida motivación, en la medida que las decisiones del CNM evaluadas corresponden a la época en la cual no se brindaba razón alguna, la Corte señaló con claridad que el Estado incumplió el deber de justificar la separación del cargo de los peticionarios (párr. 138-140).

La Corte entendió, además, que la falta de motivación afectó la honra y dignidad de las víctimas, toda vez que “quedaron señaladas como funcionarios que no fueron ratificados en razón de su conducta o por su incapacidad, sin que se expusieran las razones” (párr. 149).

A diferencia de Moya Solís, la Corte concluyó que el principio de legalidad no fue afectado. De acuerdo con la sentencia, los peticionarios “tenían conocimiento de la normativa que regía el procedimiento de evaluación y ratificación” y “conocían los criterios de la evaluación establecidos normativamente relacionados con la evaluación de su conducta, idoneidad y desempeño en el cargo”. Agregando, que “es evidente” que las decisiones del CNM se adoptaron “con base en los criterios fijados en la normativa vigente al momento de los hechos” (párr. 147).

Un aspecto de interés de la sentencia en este punto es que la Corte revisó las normas legales y reglamentarias —tanto en lo referido a los parámetros de evaluación como sobre la regulación del procedimiento— bajo las cuales se dio la no ratificación de los peticionarios, considerando su compatibilidad con el estándar de principio de legalidad exigible en una ratificación de magistrados (párr. 143-147).

Específicamente, las normas analizadas por la Corte fueron: la Ley Orgánica del CNM (LOCNM) (Congreso del Perú, 1994) y los reglamentos de ratificaciones N.º 043-2000-CNM y 241-2002-CNM. El artículo 30 de la LOCNM vigente al momento de los hechos del caso establecía:

A efectos de la ratificación de jueces y Fiscales a que se refiere el inciso b) del Artículo 21 de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura evalúa la conducta e idoneidad en el

desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista personal en cada caso.

Treinta días naturales antes del inicio del proceso de ratificación, el presidente del Consejo solicita los informes pertinentes.

Reunidos los elementos de juicio el Pleno del Consejo decide la ratificación o separación de los Jueces y Fiscales.

Para la ratificación se requiere el voto conforme de la mayoría simple de consejeros asistentes. (1994)

En esa línea, sobre los parámetros de evaluación, la Corte concluyó que la atribución del CNM consistía en “[evaluar] la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo”, según el texto del antes mencionado (artículo 30 de la LOCNM citado en el párr. 70 y luego a su vez citados en el párr. 143), considerando “los siguientes indicadores: producción jurisdiccional, capacitación profesional, calificaciones de la Academia de la Magistratura [,] antecedentes policiales, penales y judiciales, denuncias por participación ciudadana, información de los Colegios de Abogados, evolución patrimonial” (párr. 146) y “méritos” (artículo 30 de la LOCNM citado en el párr. 70 y luego a su vez citados en el párr. 143).

Adicionalmente, sobre los procedimientos de ratificación entonces vigentes, la Corte tomó en cuenta:

- a) Que los aspectos a ser evaluados como parte de una ratificación incluían: “concurcencia y puntualidad al centro de trabajo; número de licencias concedidas”; ausencias injustificadas; producción jurisdiccional; número de procesos penales con plazos vencidos; números de causas pendientes de resolver (párr. 144).
- b) Que el CNM estaba facultado a solicitar documentación e información relativa a hechos bancarios y tributarios, siguiendo los procedimientos que correspondieran para ello (párr. 145).
- c) Que el CNM se podía asesorar por especialistas para evaluar el crecimiento patrimonial de los magistrados evaluados (párr. 145).

En lo referido a la regulación del procedimiento entonces vigente, la Corte tuvo en cuenta en su análisis lo siguiente:

- a) Que los evaluados debían presentar una declaración jurada detallando: sus sanciones; si habían tenido procesos sobre su responsabilidad civil, penal o disciplinaria; las fechas de ingresos a clubes sociales y deportivos; si tenían parentesco con trabajadores o funcionarios del sistema de justicia; si poseían aptitud física y mental (párr. 144).
- b) Que la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público del CNM (Comisión de Evaluación) era la encargada de evaluar toda la información recibida, analizarla y emitir un informe al Pleno del CNM para que decidiera la ratificación o no del evaluado (párr. 146).

Llamativamente, pese a la intensidad de la evaluación antes descrita, la Corte no formuló reparo alguno.

Por otro lado, respecto de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa, la Corte consideró que este fue vulnerado, ya que las víctimas no tuvieron conocimiento del informe

de la Comisión de Evaluación que sirvió de base para tomar la decisión de separarlos del cargo. Con esta omisión se les privó de la posibilidad de desvirtuarlo y presentar pruebas de descargo (párr. 157-158).

En cuanto a los derechos a acceder y permanecer en condiciones de igualdad en la función pública, la Corte concluyó que, en tanto los peticionarios fueron separados de sus cargos sin que se respetara el debido proceso, se afectó de forma arbitraria su derecho a permanecer en la función (párr. 161).

Sobre el derecho a la protección judicial, la Corte consideró que los procesos de amparo iniciados por las víctimas no fueron recursos efectivos. Por diversos motivos —entre los que estuvieron las doctrinas de la ratificación como un voto de confianza, inimpugnable e irrecurrible—, los órganos de justicia que los tramitaron evitaron ingresar al fondo de las demandas, violando este derecho (párr. 180-181, 183).

La Corte IDH observó:

que la normativa aplicable en el presente caso *al momento del dictado de las resoluciones de no ratificación* [énfasis añadido] del CNM contra las presuntas víctimas impedía la revisión judicial en materia de evaluaciones y ratificaciones de las juezas, los jueces y las y los fiscales, las decisiones eran inimpugnables en la sede administrativa e irrecurribles en sede judicial, lo que resultaba incompatible con la Convención Americana, en tanto la regulación no permitía a las presuntas víctimas acceder a la justicia, mediante un recurso que les permitiera proteger sus derechos. Por lo anterior, la Corte considera que el marco normativo vigente en Perú, *aplicado al presente caso es violatorio* [énfasis añadido] del artículo 2 de la Convención Americana en relación con el artículo 25.1 del mismo instrumento, aunque como adujo el Estado, posteriormente se abrió la posibilidad de impugnar las resoluciones del CNM a través del recurso de amparo bajo ciertas condiciones. (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 182)

En concreto, la Corte se refería a la regulación dispuesta por los artículos 142 y 154.3 de la Constitución^{8 9}, 2 y 30 de la LOCNM^{10 11}, 32 y 17 de los reglamentos de ratificación^{12 13}.

8 “Artículo 142.- No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces” (Constitución Política del Perú, 1993).

9 “Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: [...] 3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable” (Constitución Política del Perú, 1993).

10 “Artículo 2.- Compete al Consejo Nacional de la Magistratura la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles [...] No son revisables en sede judicial las decisiones sobre las materias a que se refiere el párrafo anterior. Sus decisiones son inimpugnables” (Congreso del Perú, LOCNM, 1994).

11 “Artículo 30.- A efectos de la ratificación de jueces y Fiscales a que se refiere el inciso b) del Artículo 21 de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista personal en cada caso [...] La resolución que se adopte, no es susceptible de recurso alguno” (Congreso del Perú, LOCNM, 1994).

12 Resolución N° 043-2000-CNM: “Artículo 32º.- Contra la resolución que decide la ratificación o no ratificación no procede reconsideración por parte de los señores Consejeros. No procede medio impugnatorio contra ella y su ejecución. No procede la revisión en sede judicial del proceso o sus resultados, conforme lo establece la Constitución Política”.

13 Resolución 241-2002-CNM: “Artículo Décimo Séptimo.- Contra el resultado de la votación de la ratificación no procede reconsideración por parte de los señores Consejeros. No procede recurso impugnatorio contra ella y su ejecución. No procede la revisión en sede judicial del proceso o sus resultados, conforme lo establece la Constitución Política”.

Este último punto se encuentra estrechamente vinculado a las medidas de no repetición ordenadas por la Corte, uno de los aspectos que más atención generó del fallo.

Al respecto, la CIDH solicitó a la Corte las siguientes medidas de no repetición (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 200):

- a) Asegurar que los procesos de evaluación y ratificación obedezcan a un control jurídico y no a un voto de confianza
- b) Regular sobre la base de criterios objetivos y con proporcionalidad las faltas que dan lugar a la no ratificación
- c) Permitir el derecho de defensa
- d) Contar con un recurso jerárquico al interior de la ratificación que permita “el doble conforme de la sanción impuesta”, independientemente del recurso judicial
- e) Asegurar que el recurso judicial por violaciones al debido proceso sea accesible, sencillo y que permita un pronunciamiento sobre el fondo

Por su parte, las víctimas solicitaron a la Corte las siguientes medidas de no repetición (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 201):

- a) Garantizar el debido proceso en las ratificaciones
- b) Adoptar criterios objetivos y proporcionales, estableciendo normativamente faltas que dan lugar a la no ratificación
- c) Garantizar la doble instancia al interior del procedimiento de ratificación
- d) Garantizar que el recurso judicial sea accesible, sencillo y permita un pronunciamiento sobre el fondo
- e) Establecer que el efecto de una ratificación, en cuanto a la prohibición de reingreso, tenga un plazo razonable, como máximo cinco años
- f) Dejar de lado aspectos personales y subjetivos en los componentes de evaluación, garantizando que solo se relacionen con el trabajo propio de la función

No obstante estos pedidos amplios, la Corte limitó las medidas de no repetición a dos puntos específicos: que los magistrados no ratificados puedan reingresar al sistema judicial y que las decisiones de la JNJ en materia de ratificaciones puedan ser judicialmente revisables:

Debido a lo anterior [se refiere a los cambios normativos operados a raíz de la reforma constitucional de 2018], la Corte considera que es necesario que el Estado adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia *en lo relativo* [énfasis añadido] a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no ratificación de un magistrado. (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 206)

Ambos mandatos de adecuación se relacionan a los considerandos de la sentencia de la Corte referidos al derecho a la protección judicial. En estos, no solo se tocó el problema de la falta de acceso al proceso de amparo, sino que también se mencionó que una de las manifestaciones del mencionado derecho era la efectividad de las resoluciones judiciales¹⁴. De hecho, en el párrafo 205 antes de establecer las dos medidas de no repetición, la Corte indicó que existía jurisprudencia del TC que venía siendo incumplida:

14 La Corte señaló sobre el derecho a la protección judicial: “es posible identificar dos obligaciones del Estado [...] La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas [...] de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos” (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 170).

La Corte advierte que, de acuerdo a las alegaciones de las partes, las propias declaraciones de las víctimas, así como de la normativa vigente, aún se mantiene la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, pese a que el Estado reiteradamente ha señalado que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de enero de 2006 indicó que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial y al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

4. La Resolución de Aclaración del Caso de la Junta Nacional de Justicia

Con posterioridad a la publicación de la sentencia Cuya Lavy, el Colegio de Abogados de Sullana presentó un pedido de aclaración al TC (Castillo Córdova y Grández Castro, 2021). En este escrito se señaló que, a la luz del fallo del tribunal de San José, era necesario que el TC aclarara su sentencia, ya que, de lo contrario,

podría conllevar un nuevo caso de responsabilidad internacional para el Estado Peruano por violación a los derechos de los jueces y fiscales, quienes seguirían sometidos a procesos de ratificación y evaluación sobre la base de una ley que no cumple los estándares del sistema interamericano (Castillo Córdova y Grández Castro, 2021, p. 1).

Como se puede seguir, el colegio profesional propuso al TC la tesis interpretativa de que, en esa sentencia, la Corte había declarado la inconventionalidad del marco normativo vigente sobre ratificaciones.

Específicamente, se solicitó al TC aclarar:

- a) si la sentencia de la Corte, al haber considerado que la ratificación se “asemeja” a un procedimiento más garantista como el disciplinario, no estaría determinando que el proceso de ratificación es desproporcionado por innecesario; y,
- b) si la adecuación ordenada al Estado peruano por la Corte “no incluye también una normativa que, ajustada al principio de proporcionalidad, convierta al proceso disciplinario en un mecanismo realmente eficiente para asegurar una magistratura honesta y de calidad en el Estado peruano” (Castillo Córdova y Grández Castro, 2021, p. 2).

Si bien el TC declaró improcedente el pedido de aclaración —al considerar que más que una precisión, se pretendía una vedada revisión de lo resuelto—, este dio pie a un pronunciamiento trascendente. Con los votos de los magistrados Espinosa-Saldaña, Ferrero, Ledesma y Sardón, el TC dejó establecidos criterios de cara a la interpretación y cumplimiento interno de la sentencia interamericana (TC, 2022a).

En su resolución, el TC consideró que el marco normativo y jurisprudencial interno referido a las ratificaciones había evolucionado “sustancialmente” desde que se produjeron los hechos analizados por la Corte en su sentencia. Para el TC, la regulación actual “se ha ajustado, sin duda, al canon interpretativo derivado de la CADH y de las decisiones de la Corte” (TC, 2022a, f.j. 10 y 12).

En particular, el TC clarificó que, de acuerdo con su jurisprudencia, las resoluciones de la JNJ en materia de ratificaciones deben ser motivadas y no son incuestionables en sede judicial, ya que pueden ser controladas por la vía del proceso de amparo (TC, 2022a, f.j. 10 y 11).

En buena cuenta, con este pronunciamiento, el TC ratificó que, pese a los cambios normativos efectuados, la eliminación del CNM y la creación de un órgano nuevo como la JNJ, sus estándares sobre la materia siguen vigentes y deben ser aplicados por la JNJ y el resto de operadores del sistema de justicia.

II. Análisis de los Aspectos Principales de las Sentencias que Han Sido Objeto de Debate Público

En el presente acápite del informe se analizan los alcances de las sentencias. Como guía para seleccionar los temas de análisis se ha tomado de referencia el nutrido debate público generado a raíz de la publicación de las sentencias. Este se expresó en múltiples comunicados, artículos y conferencias académicas¹⁵. En aras de un mayor orden y precisión, los temas seleccionados han sido formulados como preguntas por el autor del informe y consignados como subtítulos de la presente sección.

Una aclaración preliminar necesaria respecto a las sentencias de la Corte es que el sistema de peticiones y resolución de casos contenciosos es un mecanismo de tutela de derechos humanos. Su centro es la reparación concreta de la violación de los derechos humanos de una persona específica producida en un caso particular. Como señala el artículo 63.1 de la CADH (1969):

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

No es ese el aspecto que privilegia el presente informe. Se busca establecer, más allá de los casos concretos, cuál es el alcance de las sentencias para el actual procedimiento de ratificación y evaluación integral de magistrados a cargo de la JNJ. Toda vez que, como se verá, si bien la resolución de casos contenciosos en el sistema interamericano no constituye un proceso abstracto de control normativo sobre normas vigentes —como sí lo es el proceso de inconstitucionalidad ante el TC—, el ordenamiento internacional e interno le reconocen a las decisiones de la Corte efectos más allá del caso concreto. Me refiero a los efectos interpretativos, pero también a la posibilidad de establecer garantías de no repetición como medidas de reparación (como, por ejemplo, adecuar el ordenamiento interno a la CADH). Por ello, al reseñar las sentencias, no se ha prestado atención a los aspectos estrictamente individuales como la determinación de las indemnizaciones otorgadas a las víctimas.

Ello y las líneas que siguen no deben opacar que las sentencias de la Corte corresponden a hechos ocurridos en 1982 y comienzos de 2000, periodos donde existía un verdadero estado

15 Esta sección se construyó a partir de la selección de algunos de los temas tratados en los siguientes materiales producidos a raíz de la publicación de las sentencias: Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia (2021); Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República (2022); Poder Judicial (2022); Fiscalía de la Nación (2022); Escuela Garantista (2022); Poder Judicial (2022); Azabache Caracciolo (2022) y Castillo Córdoba (2022).

de cosas inconstitucional e inconvencional respecto a la ratificación de magistrados¹⁶. Como reconoció recientemente el exjuez interamericano y relator especial para la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, Diego García Sayán, esa situación ha evolucionado (Escuela Garantista, 2022, intervención de Diego García Sayán). Los problemas principales detectados por las sentencias de la Corte materia del presente informe (falta de motivación, ausencia de parámetros objetivos, decisiones inimpugnables e irrecurribles, etc.), y que explican la responsabilidad internacional declarada, tienen ya varios años de haber sido superados.

1. De Acuerdo con las Sentencias Analizadas, ¿la Ratificación de Magistrados es una Institución Inconstitucional y/o Inconvencional?

No. Las sentencias analizadas no declaran a la ratificación como una institución contraria a la independencia de los magistrados. Más bien, reconocen que la ratificación —entendida como un mecanismo de evaluación objetivo de desempeño y no como un voto de confianza— es compatible con la Constitución y la CADH.

La preocupación de la jurisprudencia del TC y de la Corte no pasa, entonces, por la existencia misma de la ratificación de magistrados, sino porque se plasme en procedimientos concretos que respeten los estándares aplicables en materia de derechos humanos.

En el caso del TC, la sentencia en realidad no supuso novedad alguna en su línea jurisprudencial sobre ratificaciones. Desde el primer caso, consideró a la institución como constitucionalmente posible e, incluso, deseable. El último pronunciamiento en abstracto sobre la materia, antes de la sentencia analizada en el presente informe, fue a raíz de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Gladys Echaíz, entonces fiscal de la nación, contra diversos artículos de la Ley de Carrera Judicial (TC, 2010). En aquella oportunidad, el TC señaló que la evaluación integral de desempeño regulada en la ley “no es más que la ratificación judicial prevista por el artículo 154, inciso 2) de la Constitución” y que resultaba de “indiscutible validez” (f.j. 58), toda vez que “no hay nada que haga suponer que evaluar signifique una vulneración a la independencia de los jueces” (f.j. 59).

En la discusión sobre la ratificación de magistrados —que sería mejor denominar únicamente como evaluación integral para dejar de lado a la concepción subjetiva discrecional y arbitraria con la que se ejecutó en el pasado— es necesario tener presente que la independencia judicial no es solo un derecho de los magistrados, sino de la ciudadanía¹⁷. Se busca resguardar a jueces y fiscales de injerencias y presiones indebidas, externas e internas, con la finalidad de que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y fiscal únicamente tengan presente al caso materia de análisis y al ordenamiento. La centralidad del usuario del sistema de justicia no debe soslayarse^{18 19}.

Esto se relaciona con la importancia de algunas de las funciones confiadas a los magistrados (en lo que corresponda, jueces o fiscales): perseguir el delito, aplicar sanciones, tutelar

16 Sobre el punto ver también: intervención de Samuel Abad en Poder Judicial (22 de febrero de 2022).

17 El artículo 8.1 de la CADH señala: “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”.

18 Sobre el punto ver: intervención de Elvia Barrios en Poder Judicial (22 de febrero de 2022).

19 Ver también, intervención de Manuel Atienza en Poder Judicial (17 de febrero de 2022).

derechos, resolver conflictos de intereses, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder, etc. Solo con magistrados que cumplan con ser, concurrentemente, independientes, imparciales, honestos, capacitados, responsables y comprometidos con los derechos humanos será posible alcanzar los fines del Estado constitucional de derecho.

Los instrumentos internacionales que se ocupan sobre el estatuto de los magistrados, al igual que nuestra Constitución, reconocen que la garantía de la inamovilidad o, con mayor precisión, la permanencia en el servicio, no es absoluta: está condicionada a que se observen conducta e idoneidad propias de la función (1993, art. 146). En otras palabras, es válido regular mecanismos que tengan como uno de sus objetivos principales separar del cargo a los magistrados que incurran en mala conducta o incompetencia. Tanto la sentencia del TC como de la Corte hacen referencia a ello.

Así, los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de Naciones Unidas (1985) establecen: “18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones”²⁰.

En la misma línea, el Estatuto del Juez Iberoamericano (2001) señala en el artículo 14: “los jueces deben ser inamovibles [...] No obstante, podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad física o mental, evaluación negativa de su desempeño profesional en los casos en que la ley lo establezca [...]”²¹.

La paradoja de la independencia judicial, según el profesor Claudio Nash, es que, si se le entiende de forma absoluta y no restringible, como establecen los instrumentos antes citados, puede generar condiciones que fomenten a la corrupción judicial: impunidad, poca transparencia, discrecionalidad, concentración de poder. Más aún, en un medio como el peruano, donde existe una fuerte cultura de ilegalidad y de tolerancia a la corrupción. Esta situación puede, eventualmente, degenerar hasta la captura o cooptación de las instituciones por mafias, eliminando por completo a los principios de independencia e imparcialidad (Poder Judicial, 24 de febrero de 2022)²².

Al ser la corrupción un fenómeno que puede generar directamente graves violaciones a los derechos humanos o puede ocasionar el contexto que las facilite, favorezca y fomente (Lovatón, 2021), desde el sistema interamericano se viene impulsando la introducción de mecanismos de rendición de cuentas en la judicatura como forma de prevención contra la corrupción judicial (CIDH, 2019a, párr. 339-343)²³.

La rendición de cuentas judicial, de acuerdo con la CIDH, se debe relacionar “al cumplimiento de normas de conducta y actividades [...] metas, tareas y objetivos de la actividad jurisdiccional” (CIDH, 2019a, párr. 339).

20 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

21 Adoptado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia de 2001.

22 “La inexistencia o debilidad de los sistemas de control de la actividad judicial y de los miembros del Poder Judicial, facilita la actuación sobre la base de cohecho, tráfico de influencias y formas más complejas de corrupción como la captura del Poder Judicial por intereses privados” (CIDH, 2019a, párr. 341).

23 Por corrupción judicial se entiende “[e]l abuso o desviación de las funciones [judiciales o fiscales] que desplaza el interés público para obtener un beneficio material o inmaterial, personal o para terceros, dañando la institucionalidad, el Estado de Derecho y el acceso a los derechos humanos” (Fundación para el Debido Proceso [DPLF], 2019, p. 4).

Para la CIDH, la idea de magistrados que deben responder por cómo han ejercido la función no se encuentra reñida con la independencia judicial, sino que debe funcionar conjuntamente (CIDH, 2019a). La clave pasa por dotar a los instrumentos de rendición de cuentas de garantías, como la observancia del debido proceso.

Estos desarrollos del enfoque de derechos humanos en materia de corrupción deberían tener gran resonancia en nuestro país, dada nuestra historia reciente. La JNJ nació, precisamente, como respuesta a una severa crisis de corrupción en el sistema de justicia²⁴.

2. *¿Qué Implica que la Corte Haya Considerado que las Ratificaciones son “Materialmente Sancionatorias”?*

La consecuencia práctica de la calificación de las ratificaciones como “materialmente sancionatorias” es que una ratificación o evaluación integral de desempeño deberá observar las garantías propias de un debido procedimiento sancionatorio de acuerdo con la CADH.

La Corte utiliza así una de las características de las ratificaciones —la posibilidad de cese o separación del magistrado— para “llamar” a las garantías del debido proceso. Ello es parte del fenómeno que Salmón y Blanco (2021) describen como la expansión del debido proceso en la jurisprudencia de la Corte. Las citadas especialistas explican:

el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del derecho penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar derechos. En ese sentido, ha experimentado una expansión que llamaremos ‘horizontal’. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma y ha llegado a comprender facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas [...] con ello nos referimos con expansión ‘vertical’. (p. 82)

El motivo de esta expansión, siempre con Salmón y Blanco, reside en que:

la finalidad misma del sistema interamericano no permitiría una lectura útil (*effet utile*) si no se incluyen los diversos procedimientos que pueden afectar los derechos humanos. La razón de ser de este derecho es precisamente rodear de salvaguardas fundamentales todo procedimiento en el que potencialmente se afectan derechos, más aún cuando la multiplicación de las funciones estatales determina que aspectos centrales del patrimonio jurídico de los particulares (es decir, su conjunto de derechos y deberes) puedan verse alterados por la acción administrativa del Estado o por procedimientos que se encuentren bajo su supervisión. (2021, pp. 99-100)

No obstante, la Corte establece que el contenido y/o la intensidad de estas garantías no necesariamente será el mismo en los diferentes ámbitos donde se exige su observancia. Se precisa hacer una labor de adaptación (Salmón y Blanco, 2021). Un error común en el debate público sobre las sentencias ha sido considerar que el debido proceso aplicable en un proceso penal o un procedimiento sancionatorio se traslada sin mayor adecuación a las ratificaciones.

²⁴ Al respecto, ver: Pásara (2019) y Lovatón (2018).

La Corte manifiesta esto con claridad:

a un proceso de evaluación o ratificación, en tanto involucra la posibilidad de destitución de los funcionarios evaluados en casos de incompetencia o bajo rendimiento, le son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios, *aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad* [énfasis añadido]. (Moya Solís, párr. 70)

Así, “lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance”. Esto genera que los operadores de justicia, incluida la propia Corte, deban adaptar las exigencias del debido proceso de acuerdo con las características de cada tipo específico de proceso o procedimiento (Moya y Solís vs. Perú, 2021, párr. 68).

Esta idea de un contenido del debido proceso variable en función a las características propias del proceso o procedimiento específico se aprecia también en la jurisprudencia del TC. El derecho al debido proceso no opera igual en una asamblea de una comunidad campesina, en un procedimiento administrativo, en un procedimiento disciplinario en una asociación civil, en un proceso penal, en sede parlamentaria, en una investigación fiscal, en un arbitraje, etc. De acuerdo con el supremo intérprete de la Constitución:

5. [...] esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, tout court, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia.

Existen determinados derechos que pertenecen el debido proceso, por ejemplo, que no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia. Incluso en un mismo ámbito, como puede ser el debido proceso judicial, los derechos que lo conforman varían, según se trate de un proceso penal o de uno civil [...]

6. En definitiva, que el debido proceso tenga una vocación expansiva más allá del terreno exclusivamente judicial, no quiere decir que todos los derechos que lo conforman puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más, en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial. (TC, 2006b, f.j. 5 y 6)

Sobre este importante tema, Reynaldo Bustamante explica:

No debe incurrirse en el error de pensar que todos y cada uno de los elementos del debido proceso resultan aplicables a todos los tipos de proceso, en particular al arbitraje. No olvidemos que estamos ante un derecho de carácter limitado, que se encuentra delimitado por su propio contenido, por las funciones que cumple y por las relaciones de coordinación y complementariedad que guarda con otros derechos fundamentales y con los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así, por ejemplo, la garantía de la pluralidad de instancia no parece exigible en el arbitraje [...]

Como regla general, podemos decir que, si bien el debido proceso resulta aplicable a cualquier tipo de proceso, algunos de sus elementos pueden no resultar exigibles en un determinado proceso —como es el caso del arbitraje— en la medida que razonablemente (lo que implica fin lícito y proporcionalidad) no resulten esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto. Dicho de otra manera, siempre resultarán exigibles —y, por ende, aplicables en cualquier tipo de proceso, incluyendo el arbitraje— aquellos elementos del debido proceso que resulten

razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso pueda ser considerado justo (o, si se prefiere, para que los intereses jurídicos que protege resulten real, concreta y efectivamente protegidos). De no ser así, los procesos en mención resultarían inválidos. (2013, pp. 403-403)

Esto tampoco es novedoso en la jurisprudencia interamericana. Por ejemplo, en la sentencia del caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala (2016) sobre la destitución de una procuradora, la Corte señaló:

Del recuento de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte hasta al momento, se entiende que ésta ha considerado que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, *lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance* [énfasis añadido]. (párr. 75)

Volviendo sobre las sentencias Moya Solís y Cuya Lavy, es por ello que, sobre la base de las premisas: (i) el debido proceso no solo es exigible en los procesos penales, sino en todo tipo de procedimiento; (ii) la intensidad y alcance del debido proceso en cada proceso o procedimiento específico puede ser distinta; y (iii) la intensidad y alcance del debido proceso debe ser determinada de acuerdo con las características de cada procedimiento o proceso; la Corte interpreta en las sentencias cuál es el estándar aplicable de cada derecho del debido proceso invocado a una ratificación de magistrados. Un ejercicio que, si bien tiene alcances más allá del caso concreto, estuvo condicionado a las circunstancias específicas de los casos Moya Solís y Cuya Lavy.

Así, la estructura básica de los fundamentos de la Corte en las sentencias —esto se aprecia nítidamente sobre todo en Moya Solís, ya que en Cuya Lavy, al ser un caso posterior, se parte de la adecuación ya realizada en Moya Solís— es (i) señalar en qué consiste el derecho invocado por los peticionarios a la luz de su jurisprudencia emitida sobre casos penales o disciplinarios para, acto seguido, (ii) definir cuál es el contenido o la intensidad específica que se debe exigir de ese derecho en los procedimientos de ratificaciones; y (iii) comprobar si se cumplió o violó el estándar en el caso concreto.

Por ejemplo, respecto de los derechos “a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa”, invocados por la CIDH en Moya Solís, la Corte parte reconociendo que estos derechos integrantes de un debido proceso disciplinario “son aplicables al caso concreto, aunque *su alcance debe ser precisado en función de las características propias de los procesos de evaluación o ratificación* [énfasis añadido]” (párr. 70).

Acto seguido, la Corte recuerda cómo ha interpretado el primer derecho mencionado en su jurisprudencia, refiriéndose para esto a casos originados en procesos penales o procedimientos disciplinarios:

En relación con el primero de estos derechos, la Corte ha establecido que *implica que se haga una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación* [énfasis añadido], que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa. De ahí que el acusado tenga *derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan* [énfasis añadido]. En el caso Barreto Leiva vs.

Venezuela, la Corte se refirió a esta garantía y señaló que, para satisfacerla ‘el Estado *debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal* [énfasis añadido] que se da a esos hechos’. (párr. 71)

Luego, la Corte procede a establecer cuál es el estándar aplicable (contenido e intensidad) de ese derecho para el caso de la ratificación de magistrados:

Ahora bien, la Corte encuentra que, tratándose de procesos de evaluación o ratificación de funcionarios públicos, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada *implica que las personas evaluadas tengan conocimiento, de forma precisa, de los criterios generales de evaluación utilizados por la autoridad competente para determinar su permanencia en el cargo* [énfasis añadido]. Lo anterior, para estar en capacidad de establecer si el incumplimiento identificado por la autoridad es de tal magnitud, que puede dar lugar a su no ratificación, lo que además es indispensable para el ejercicio del derecho a la defensa. (párr. 71)

En Cuya Lavy, adicionalmente precisa que es necesario

que las personas evaluadas *tuvieran conocimiento* [énfasis añadido], previamente del dictado de la resolución de ratificación o no, *del informe emitido* [énfasis añadido] por la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales del CNM *que serviría de fundamento a la autoridad competente para determinar su permanencia en el cargo* [énfasis añadido]. (párr. 157)

Como se puede seguir de los párrafos citados, a través de esta labor de adaptación, en muchos casos la Corte termina por especificar un contenido o alcance de los derechos invocados, distinto a como lo había establecido en otros casos. Así, la Corte usualmente fijará un estándar de debido proceso menos intenso para las ratificaciones que el que tiene establecido para los procesos penales²⁵.

La siguiente tabla sintetiza los derechos que fueron materia de pronunciamiento por la Corte en las sentencias, especificando cómo entendió que se plasmaba su contenido e intensidad en un contexto de ratificación judicial, de acuerdo con la interpretación del autor del presente informe. Es preciso señalar que, por su naturaleza, se trata de estándares mínimos. Los Estados parte de la CADH podrían brindar garantías adicionales y/o un mayor alcance a las mismas.

25 En la misma línea, revisar: Lovatón (2021).

Tabla 1

Estándares establecidos por la Corte IDH en las sentencias Moya Solís y Cuya Lavy para los procedimientos de ratificación de magistrados

Derecho reconocido en la CADH	Alcance del derecho CADH aplicable a la ratificación de magistrados, según la interpretación de la Corte en las sentencias
Art. 8.1 Garantías judiciales. Independencia (“Garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo para jueces, juezas y fiscales”)	Las ratificaciones no deben someter a jueces y fiscales a restricciones indebidas en el ejercicio de su función (Cuya Lavy vs. Perú, 2021, párr. 124). La decisión de no ratificar a un magistrado debe ser objetiva y obedecer a causales establecidas que señalen incompetencia (Cuya Lavy vs. Perú, 2021, párr. 129). La decisión de no ratificar a un magistrado debe ser adoptada en un procedimiento que cumpla con las garantías judiciales (Cuya Lavy vs. Perú, 2021, párr. 129).
Art. 8.1 Garantías judiciales. Debidas garantías (“Contar con decisiones debidamente motivadas”)	La decisión que se tome en el procedimiento de ratificación debe ser comunicada ²⁶ y debe estar debidamente fundamentada, lo cual, enunciativamente implica: consignar los hechos, motivos y normas en los que se basó (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 83, 84 y 85; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 137, 140), y no caer en supuestos de motivación ausente, aparente ni defectuosa (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 86; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 150). ²⁷
Art. 8.2.b Garantías judiciales. Garantías mínimas del proceso penal. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada (“Conocer previa y detalladamente la acusación formulada”)	Los magistrados deben poder conocer los criterios generales de evaluación que serán utilizados para determinar su permanencia en el cargo, para que estén en posibilidad de establecer si un incumplimiento sería de tal magnitud que podría generar su no ratificación (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 71 y 73; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 153). Los magistrados deben tener conocimiento previo del informe de la Comisión de Evaluación, fruto de la labor de sistematización, evaluación y análisis de la información y documentación recibida, que servirá de base para adoptar la decisión de ratificación (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 156 y 157).

26 Para la Corte, si se incumple el deber de notificar la decisión, no solo se afectará el derecho de defensa, sino el derecho a la motivación.

27 En propiedad, la Corte no utiliza esos términos, pero los defectos de motivación que encuentra se pueden comprender en ellos. Sobre este punto, ver Arrarte Arisnabarreta (2004).

Derecho reconocido en la CADH	Alcance del derecho CADH aplicable a la ratificación de magistrados, según la interpretación de la Corte en las sentencias
<p>Art. 8.2.c</p> <p>Garantías judiciales. Garantías mínimas del proceso penal. Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa</p> <p>(“Contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa”)</p>	<p>El informe debe permitir que los magistrados conozcan las razones por las cuales se considera que se incumplió obligaciones, se identifica incompetencia para el cargo o, en general, que no se reúne la idoneidad para el cargo, para que se pueda habilitar la posibilidad de contradecirlas (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 72-73; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 154, 157 y 158).</p> <p>Los magistrados deben poder ofrecer argumentos orientados a desvirtuar el informe antes de que se tome una decisión definitiva (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 72-73; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 154 y 158).</p> <p>Los magistrados deben poder ofrecer pruebas, en general, sobre su idoneidad para desempeñar el cargo antes de que se tome una decisión definitiva (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 72-73; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 154, 158).</p>
<p>Art. 9</p> <p>Principio de legalidad</p>	<p>Los criterios generales de evaluación, relacionados con la evaluación de la conducta, idoneidad y desempeño del cargo, deben ser claros y estar normativamente establecidos, para que la persona esté en capacidad de conocer si el incumplimiento a los mismos puede dar lugar a su no ratificación (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 142-147).</p>
<p>Art. 11.1</p> <p>Protección de la honra y de la dignidad</p>	<p>Las decisiones de no ratificación deben estar debidamente motivadas en aras a que los magistrados no queden injustificada e imprecisamente señalados como funcionarios de mala conducta o incapacidad (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 149).</p>
<p>Art. 23.1.c</p> <p>Derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país</p> <p>(“Derechos políticos” o “protección efectiva de la permanencia” o “derecho a permanecer en el cargo”)</p>	<p>Los procedimientos de ratificación de magistrados, y los criterios que los rigen, deben ser objetivos y razonables, sin discriminación alguna. Asimismo, deben respetar las garantías del debido proceso aplicables. Todo para no afectar garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo de magistrado (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 108-109; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 159-160).</p>

Derecho reconocido en la CADH	Alcance del derecho CADH aplicable a la ratificación de magistrados, según la interpretación de la Corte en las sentencias
Art. 25 Recurso judicial sencillo y rápido que brinde amparo contra actos que violen derechos fundamentales (Protección judicial)	El ordenamiento interno debe contemplar al proceso de amparo como una vía de tutela que permita restituir el goce de los derechos fundamentales que puedan haber sido afectados en un procedimiento de ratificación (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 170-171, 182).
	La judicatura debe reconocer que el proceso de amparo es una vía de tutela ante la afectación de derechos fundamentales en una ratificación, es decir, deben cumplir con brindar acceso al mismo en la práctica (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 95-96; Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 170-171, 180-181).
	Los procesos de amparo sobre procedimientos de ratificación de magistrados deben ser resueltos en un plazo razonable y con la debida diligencia judicial (Moya Solís vs. Perú, 2021, párr. 98, 102).

Fuente: Elaboración propia.

3. ¿Cómo se Debe Entender la Orden de Adecuar el Ordenamiento Peruano Contendida en la Sentencia Cuya Lavy?

La orden de adecuar la normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos es una concreción de las obligaciones de garantizar el goce de los derechos humanos y de adoptar disposiciones de derecho interno contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, a la luz de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Veamos:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar su libre y pleno ejercicio* [énfasis añadido] a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (CADH, 1969)

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a *adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos* [énfasis añadido] y libertades. (CADH, 1969)

Artículo 26. 'Pacta sunt servanda'. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969)

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* [énfasis añadido] [...] (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969)

De acuerdo con la exjueza interamericana Cecilia Medina (2005), la obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su poder estén en condiciones de ejercer y gozar sus derechos humanos. Por su parte, la obligación de adoptar medidas busca complementar dicho precepto y enfatizar la inmediatez de la exigencia²⁸.

Todo lo cual supone, entre otras cosas, adaptar y adoptar normas, para lograrlo:

es preciso que [...] el Estado haga una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que pudieran existir entre ella y las normas internacionales, es decir, deberá hacer un proceso de adecuación de la misma (Medina, 2005, p. 18).

Pero estas obligaciones no solo involucran conformidad normativa, implican verificar la compatibilidad de normas, interpretaciones, políticas y prácticas internas con los estándares interamericanos, removiendo todo obstáculo que impida asegurar su efecto útil, en aras a prevenir la violación de derechos humanos (CIDH, 2021; Medina, 2005).

En líneas generales, la adecuación se puede lograr a través de dos tipos de medidas: (i) supresión de normas y prácticas violatorias de los estándares, y (ii) expedición de normas y desarrollo de prácticas para observar los estándares (CIDH, 2021)²⁹. El medio específico dependerá de los ordenamientos internos de cada Estado parte, pero puede plasmarse a través de medidas legales, administrativas y judiciales.

Como explica la CIDH:

En el ámbito interno, debe ser realizado en el marco de las competencias de cada autoridad, por todos los agentes estatales, en particular por operadores de justicia al analizar la compatibilidad de las normas internas con los instrumentos interamericanos. Es de destacar que todo funcionario estatal está obligado a interpretar la normativa interna del Estado de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales contraídas, que permitan viabilizar la efectividad de los derechos humanos. De esta manera el ejercicio de la obligación por parte de las autoridades nacionales cuenta con una importante función preventiva respecto de violaciones de los derechos humanos. (2021, p. 20)

De las sentencias de la Corte pueden desprenderse hasta dos obligaciones de adecuación para el estado peruano. Una implícita y genérica (Moya Solís y Cuya Lavy) y una expresa y específica (Cuya Lavy).

Por la primera tenemos que la Corte en su rol de máximo intérprete de la CADH³⁰, ha dejado sentado que la ratificación de magistrados debe cumplir con un debido proceso.

28 Medina (2005, pp. 24-26).

29 CIDH (2021, p. 19).

30 Artículo 62: "1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención [...]

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial" (CADH, 1969).

Asimismo, ha determinado cuál es el estándar mínimo que debe ser observado respecto de los derechos que analizó. A partir de este pronunciamiento, ninguna autoridad interna podría interpretar que el debido proceso no es aplicable a una ratificación o reconocer un alcance menor de los derechos al que la Corte reconoció.

Este rol interpretativo de la Corte es apuntalado por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, conforme fuera interpretada por el TC. Esta obliga a aplicar los derechos fundamentales establecidos en nuestra carta política según las interpretaciones que el tribunal de San José haya establecido en sus sentencias y opiniones consultivas:

2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región [...] (TC, 2002, 2006d, f.j. 13 y 14.).

Para el TC, contravenir los pronunciamientos de la Corte podría “significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función” (TC, 2007, f.j. 41).

La segunda obligación de adecuación es expresa y específica. Se dio como parte de las reparaciones ordenadas por la Corte. Concretamente, como una garantía de no repetición. Según explica Salmón, este tipo de medidas, propias de la riqueza de las medidas de reparación de la Corte —otros órganos y tribunales internacionales se limitan a otorgar indemnizaciones—, persiguen “que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso” (2020, p. 260).

Sucede que, al revisar en el caso Cuya Lavy el marco normativo bajo el cual se realizaban las ratificaciones, la Corte encontró dos aspectos inconventionales. Veamos:

Debido a lo anterior [se refiere a los cambios normativos operados a raíz de la reforma constitucional de 2018], la Corte considera que es necesario que el Estado adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia *en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no ratificación de un magistrado* [énfasis añadido]. (párr. 206)

Como se puede seguir, la medida de adecuación ordenada se refiere únicamente a dos puntos específicos del marco normativo de las ratificaciones:

- a) que los magistrados no ratificados puedan volver al sistema de justicia —en concreto, esto supone que no se les impida presentarse a los concursos de selección y nombramiento—; y
- b) que las decisiones de no ratificación puedan ser judicialmente revisadas.

Aquí es relevante recordar, como se vio en el acápite 1.3.2 del presente informe sobre los fundamentos principales de la sentencia Cuya Lavy, que el pedido de adecuación normativa formulado por la CIDH y los peticionarios era más amplio. Por ejemplo, se pidió a la Corte

que ordenara al estado que debía incorporar un catálogo de faltas o regular un recurso de apelación administrativo que posibilite una segunda instancia al interior de la JNJ (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 200 y 201). No obstante, la Corte solo juzgó necesario señalar el tema del reingreso y la revisión judicial.

De esta forma, el mandato de adecuación tiene como objeto específico a los artículos 142 y 154.2 de la Constitución^{31 32}, y a los artículos 2.b y 35 de la LOJNJ^{33 34}. No así al reglamento de ratificaciones vigente, ya que este no prohíbe el reingreso ni la impugnación judicial (Resolución n.º 260-2020-JNJ, 9 de diciembre de 2020).

De acuerdo con la Corte, las referidas normas entran en contravención con la CADH. El Estado, para evitar incurrir en una nueva responsabilidad, debe adecuarlas.

Al tratarse de normas con rango constitucional y legal, el mandato tiene como destinatario principal al Congreso de la República, que es el que cuenta en nuestro ordenamiento con atribuciones para modificar la Constitución y la legislación (Constitución Política del Perú, 1993, art. 102.1 y 206)³⁵.

Sin embargo, el mandato también alcanza al Poder Judicial y al TC, en la medida que tienen la atribución de hacer control constitucional (Constitución Política del Perú, 1993, art. 138 y 202.1). Así, en todo caso que sea de su conocimiento y que involucre las normas citadas, los jueces constitucionales se encuentran obligados a “remover” todo obstáculo que impida el cumplimiento de la interpretación de la Corte. Esto se plasmará en un control de convencionalidad, sea como parte del control difuso en el caso del Poder Judicial, o como parte de un control difuso o concentrado por parte del TC.

Al respecto, como se señaló en el acápite I.4 del presente informe referido a la resolución de aclaración que el TC emitió sobre el caso JNJ, el TC ha dado un paso trascendental para asegurar el cumplimiento de la medida de no repetición ordenada por la Corte. A través de dicho pronunciamiento, el alto tribunal aclaró que su doctrina sobre la posibilidad de cuestionar las resoluciones de ratificación en la vía del proceso de amparo se encuentra vigente y debe ser observada, pese a los cambios constitucionales y normativos operados a raíz de la creación de la JNJ (TC, 2021, f.j. 10 y 11).

Si bien el TC no se pronunció expresamente sobre la cuestión del reingreso al sistema judicial, en la misma resolución consideró que el marco jurisprudencial sobre ratificaciones

31 “Artículo 142.- No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces” (Constitución Política del Perú, 1993).

32 “Artículo 154.- [...] Son funciones de la Junta Nacional de Justicia: [...]

2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años [...] Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” (Constitución Política del Perú, 1993).

33 “Artículo 2. Competencias de la Junta Nacional de Justicia

Son competencias de la Junta Nacional de Justicia: [...]

b. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete (7) años. Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público (Congreso del Perú, LOJNJ, 2019).

34 “Artículo 35. Ratificación

[...] Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público [...]” (Congreso del Perú, LOJNJ, 2019).

35 El Congreso puede, además, delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo (Constitución Política del Perú, 1993, art. 104).

“ha variado sustancialmente y se ha ajustado, sin duda, al canon interpretativo derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de las decisiones de la Corte IDH” (TC, 2021, f.j. 12).

Esta aclaración, sumada al hecho de que el texto actual del artículo 154.2 de la Constitución es sustancialmente igual al texto anterior que fuera modificado con la reforma constitucional (“Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”), permite concluir que la interpretación del TC por la cual se debe permitir el reingreso al sistema de justicia de un magistrado no ratificado, se mantiene vigente.

Ello se confirma con la constatación que dicha interpretación fue establecida como precedente vinculante en el Caso Romero Quispe:

B. Regla sustancial: El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2°, con el numeral 2.2°, ambos de la Constitución, en el sentido que *no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público* [énfasis añadido], pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial. (TC, 2006c, f.j. 25)³⁶

En el punto resolutivo cuarto del citado precedente vinculante, el TC:

Ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, y a todos los jueces de la República, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal, en el sentido de que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por tanto, de reingresar a la carrera judicial. (TC, 2006c)

Al respecto, la Ley Orgánica del TC reconoció expresamente el rol de “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” (art. 1) que se desprendía de la Constitución, estableciendo la obligación de los jueces y tribunales de interpretar y aplicar todas las normas según la interpretación realizada en las resoluciones del TC, “bajo responsabilidad” (primera disposición general).

Concordantemente, y en aras de que exista seguridad jurídica y jurisprudencia constitucional uniforme, el artículo VI del Código Procesal Constitucional le confirió al TC la atribución de dictar precedentes vinculantes, señalando que estos tienen “efecto normativo”.

El propio TC ha destacado que, mediante los precedentes vinculantes, el TC “ejerce un poder normativo general” (TC, 2005a, f.j. 43). Y es que, para este tribunal:

[e]l precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible a los poderes públicos. (TC, 2005b, p. 6)

³⁶ Se debe precisar que la Ley de Reforma Constitucional estableció en su disposición complementaria final que toda referencia del ordenamiento jurídico al CNM debe entenderse hecha a la JNJ.

En esa línea, se debe tener presente que, de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, solo el TC puede modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante (art. VI). Cuestión que no ha ocurrido en el caso del precedente Romero Quispe.

Por todo lo expuesto, se debe entender que el precedente Romero Quispe, que estableció que no se podía impedir el reingreso de los magistrados no ratificados al sistema de justicia, sigue vigente y vincula a todos.

4. *¿La Corte ha Ordenado la Suspensión de las Ratificaciones en Tanto no se Produzca la Adecuación Expresamente Ordenada?*

No. En ningún extremo de las sentencias materia del presente informe se establece la obligación de la JNJ o del Estado de suspender los procedimientos de ratificaciones.

El mandato de adecuación respecto de los dos puntos comentados en el acápite precedente ha sido establecido para ser cumplido “en un plazo razonable” (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 206).

De hecho, la Corte se pone en el supuesto de que las ratificaciones continúen incluso sin la adecuación normativa. Por eso señala:

Independientemente de las reformas que deba adoptar el Estado, *mientras estas no se produzcan* [énfasis añadido], las autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención. (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 206)

5. *¿Qué Implica el Control de Convencionalidad Referido en la Sentencia?*

Frente al hecho probable que la reforma de la Constitución tome un tiempo prolongado³⁷, la Corte recordó que la obligación de adecuar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos se debe canalizar también a través del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es una herramienta desarrollada jurisprudencialmente por la Corte desde 2006³⁸. Consiste en contrastar normas, prácticas e interpretaciones internas con los tratados y estándares interamericanos, para determinar si son o no compatibles y, en este último supuesto, proceder a adecuarlas, modificarlas, inaplicarlas, derogarlas o anularlas, para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones internacionales y se les otorgue efectividad a los derechos humanos³⁹.

La obligación de practicar el control de convencionalidad recae sobre todos los órganos, poderes y autoridades, “dentro del marco de sus respectivas competencias” (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 206).

37 Ver artículo 206 de la Constitución.

38 De acuerdo con Claudio Nash (2019), la base convencional se encuentra en la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

39 Sobre este tema, véase: Corte IDH. (2019); Torres Zúñiga (2015); Salmón (2020) y De Belaunde (2020).

Este último aspecto es importante. Ni la CADH ni la Corte tienen atribuciones constituyentes. No pueden crear, asignar ni ampliar las competencias y atribuciones establecidas en el ordenamiento interno para los órganos y autoridades estatales⁴⁰. Por ello, la Corte destaca que la CADH “no impone un determinado modelo de control de convencionalidad” y que este se debe practicar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte IDH, 2019, pp. 11 y 17), es decir, de acuerdo con lo que el reparto competencial de cada Estado permita.

Así, por ejemplo, la JNJ ejercerá el control de convencionalidad de acuerdo con sus atribuciones. Es decir, sobre la elaboración de sus reglamentos y las interpretaciones —dentro del margen posible— del marco normativo aplicable. Pero, en la medida que la Constitución no le reconoce la atribución de realizar control difuso, no podrá, por ejemplo, inaplicar normas de la LOJNJ ni de las leyes de carrera fiscal y judicial.

Sin perjuicio de ello, se debe señalar que la JNJ, el Ministerio Público y el Poder Judicial cuentan todos con iniciativa legislativa, por lo que cualquiera de los referidos órganos está habilitado a presentar al Congreso un proyecto de reforma sobre dichas leyes, de encontrarlas inconvencionales, inconstitucionales o, simplemente, inconvenientes (Constitución Política del Perú, 1993, art. 107).

6. *¿La Corte IDH ha Establecido que la JNJ Debe Regular una Segunda Instancia Administrativa Para las Ratificaciones?*

No. Si bien fue un tema expresamente planteado y solicitado en Cuya Lavy (2021, párr. 166, 200 y 201), y la Corte observó que el marco normativo vigente al momento de la violación de derechos de las víctimas establecía que las decisiones del CNM eran “inimpugnables” (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 70, 77, 172, 174 y 182), esto no suscitó pronunciamiento alguno del tribunal de San José.

Todo hace indicar que la explicación que la Corte recibió del Estado, respecto de que el marco normativo vigente sobre ratificaciones permite la posibilidad de impugnar administrativamente la decisión de la JNJ vía un recurso de reconsideración (Cuya Lavy y otros vs. Perú, 2021, párr. 169, 173 y 202), satisfizo a la Corte (Cuya Lavy y otros vs. Perú, párr. 203-206).

Por lo demás, la Corte no analizó ni declaró en las sentencias que el literal h del artículo 8.2 (“garantías mínimas de un proceso penal: derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”) sea aplicable, y en qué grado, a la ratificación de magistrados. Como se menciona en el siguiente acápite, cuando la Corte hace referencia al derecho a recurrir el fallo, el análisis se efectúa en el marco del derecho a la protección judicial regulado en el artículo 25.1 de la CADH, y no bajo el 8.2.h.

En sede interna, el TC también ha limitado el alcance del derecho a la pluralidad de instancia. Así, en líneas generales, se le reconoce como una exigencia constitucional respecto de las sentencias emitidas en procesos judiciales (TC, 2006c, f.j. 26; TC, 2007b, f.j. 2; TC 2007c, f.j. 4), pero no para todas las decisiones que el juez puede emitir durante el proceso —queda a libre configuración del legislador (TC, 2008, f.j. 3)—.

40 Como destaca el magistrado Humberto Sierra Porto: “El ejercicio del control de convencionalidad no puede alterar el sistema de distribución de competencias que haya establecido cada Estado para su fuero interno” (Sierra Porto, como se cita en Salmón, 2020, p. 383).

Tampoco se reconoce que el derecho a la pluralidad de instancia sea exigible en el arbitraje (TC, 2007c, f.j. 5), o en el procedimiento administrativo (TC, 2003a, f.j. 3; 2003b).

7. *¿La Corte ha Establecido al Proceso Contencioso Administrativo Como la Vía Procesal Para Impugnar Judicialmente las Decisiones de la JNJ en Materia de Ratificaciones?*

No. La Corte estableció que, cuando menos, el Estado debe proporcionar acceso al proceso de amparo para poder revisar y reparar posibles afectaciones a los derechos humanos. No mencionó que la CADH exija que la vía de revisión judicial de las decisiones en materia de ratificaciones deba ser el proceso contencioso administrativo.

El análisis de la Corte respecto de la violación del derecho a la protección judicial se dio en el marco del artículo 25.1 de la CADH. Este señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]

Al respecto, se debe tener presente que la propia Corte precisó en su opinión consultiva sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías cuál es el proceso al que alude el artículo 25.1:

El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. (Corte IDH, 1987)

Como explican Salmón y Blanco (2021), la alusión de la Corte en la opinión consultiva citada es a la institución del “amparo latinoamericano”, figura genérica que se refiere a los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales (p. 69). En el Perú, nuestro ordenamiento determina que bajo este concepto estén los procesos de amparo, habeas corpus y habeas data.

En el caso concreto de afectaciones a la independencia judicial o al debido proceso con motivo de una ratificación de magistrados, la vía de tutela aplicable es la del proceso de amparo, como reconoció el TC en la resolución de aclaración citada en el acápite I.4 de este informe⁴¹.

8. *¿Qué Aspectos Adicionales a los Tratados por las Sentencias Sería Recomendable Evaluar?*

Si bien los temas que se mencionan en el presente acápite no han sido abordados en las sentencias sobre las que versa el presente informe, y no es objeto de la presente consulta hacer una evaluación general de la atribución de ratificación de magistrados confiada a la JNJ, se juzga oportuno señalar algunos temas puntuales para una futura mayor discusión en la medida que, como ha sido anunciado públicamente, se podría abrir una instancia de diálogo que revise el marco normativo de las ratificaciones⁴².

41 Asimismo, cabe resaltar que el Código Procesal Constitucional no contempla entre las causales de improcedencia del proceso de amparo el cuestionamiento de decisiones de la JNJ en materia de ratificaciones. Ver artículo 7.

42 Oficio N.º 000039-2022-P/JNJ, Oficio (JNJ, José Ávila Herrera, 7 de febrero de 2022); Oficio N.º 0000402022-P/JNJ, Oficio (JNJ, José Ávila Herrera, 7 de febrero de 2022).

Sobre el sustento normativo de los parámetros de evaluación:

- a) Fuera de su incorporación a nivel constitucional, la base legal de las ratificaciones se encuentra en la LOJNJ y en las leyes de carrera judicial y fiscal.
- b) La LOJNJ, salvo señalar que “a efectos de la ratificación la JNJ considera criterios de conducta e idoneidad, evaluando entre otros la eficacia y la eficiencia en el desempeño funcional, así como la calidad de las resoluciones emitidas” (art. 36), no contiene desarrollo ni indicación alguna de los parámetros de evaluación. Fundamentalmente, en materia de ratificaciones, es una norma competencial.
- c) Más bien, los parámetros de evaluación están desarrollados en las leyes de carrera (Congreso del Perú, 2008, arts. 67-83; 2016, arts. 66-85). Estas contemplan seis criterios de evaluación: (i) calidad de las decisiones; (ii) calidad de la gestión de los procesos y/o investigaciones; (iii) celeridad y rendimiento; (iv) organización del trabajo-despacho; (v) calidad de las publicaciones; (vi) desarrollo profesional.
- d) El Reglamento de ratificaciones vigente ha incorporado, además: (vii) conducta; (viii) prueba psicológica; y (ix) prueba psicométrica. Estos últimos elementos no tienen base legal que los respalde (De Belaunde, 2021)⁴³. Ello podría ser fuente de cuestionamientos.

Sobre la racionalización de la información solicitada a los magistrados y de los parámetros de evaluación:

- a) Una revisión integral del marco normativo de las ratificaciones debería evaluar si la cantidad de información solicitada a los magistrados por las leyes de carrera durante un procedimiento de ratificación es razonable o si, más bien, debiese ser reducida o reemplazada por algún sistema que permita a la JNJ el acceso directo a la información. Un cuestionamiento común es que meses antes de pasar por ratificación los magistrados se ven obligados a paralizar su función para atender a los requerimientos de la evaluación. Esto genera la situación paradójica de que un instrumento pensado para velar por un mejor servicio de justicia podría estar obstruyéndolo (Monroy Gálvez, 2020)⁴⁴.
- b) En la misma línea, se debería considerar si el componente de calidad y número de publicaciones académicas, contemplado en las leyes de carrera, es realista y acorde con el perfil de magistrado que se busca y que el sistema de justicia necesita (Monroy Gálvez, 2020). ¿Se pretende contar con jueces que desarrollen actividad e investigación académica de calidad? ¿En qué tiempo?

Sobre la diferenciación de los procedimientos de ratificación con los procedimientos disciplinarios:

- a) Si bien el Reglamento señala en su artículo 3 una diferenciación respecto del procedimiento disciplinario, en el artículo 43 del mismo se contempló como componente de la evaluación a la conducta de los magistrados. Esto resulta contradictorio. Se debería evaluar si no se está propiciando una duplicidad de procedimientos y si no sería más conveniente y correspondería que todos los temas de faltas disciplinarias sean solo vistos en sede de un procedimiento disciplinario.

⁴³ Al respecto, ver intervención de Janet Tello en Poder Judicial (23 de febrero de 2022).

⁴⁴ Sobre el punto, ver intervención de Janet Tello en Poder Judicial (23 de febrero de 2022).

- b) Vinculado a lo anterior, se debería evaluar también si contemplar como uno de los criterios del parámetro conducta a “medidas disciplinarias impuestas”, no podría generar un problema de doble sanción por el mismo hecho y fundamento^{45 46}.

Sobre la necesaria optimización del principio de estabilidad reforzada:

- a) El principio de “estabilidad reforzada” señala que el cese de un magistrado solo debe responder a “razones verdaderamente graves de mala conducta o incompetencia”, siendo que la separación debe quedar “como la última ratio” (López Lone y otros vs. Honduras, 2015, párr. 259).
- b) Si bien en las sentencias de la Corte analizadas en el presente trabajo no se hizo referencia al principio de estabilidad reforzada al desarrollar la garantía de la inamovilidad o permanencia en el cargo, una revisión del marco normativo de las ratificaciones debería evaluar si el hecho de que la LOJNJ establezca que para ser ratificado en el cargo se requiere alcanzar una votación calificada de 2/3 del número legal de miembros de la JNJ es acorde con este principio⁴⁷. Considero que la lógica debiese ser la inversa. Que se requiera 2/3 para no ratificar a un magistrado. La separación debe ser un resultado excepcional.
- c) Del mismo modo, se debería evaluar si el puntaje de idoneidad que fija el Reglamento en el artículo 61 para ser ratificado (“por encima de 70 %”) es acorde con el principio de estabilidad reforzada de los magistrados. Nuevamente, la lógica de la estabilidad reforzada, y el carácter residual que debiesen cumplir las ratificaciones en el objetivo de asegurar una magistratura idónea, llamaría a exigir un porcentaje menor.

III. Conclusiones

Las sentencias del TC y la Corte, correspondientes a los casos de la JNJ, Moya Solís y Cuya Lavy, consideran a la ratificación o evaluación integral de magistrados como una institución constitucional y convencional.

Es decir, evalúan que la ratificación de magistrados es una institución compatible con la garantía de la inamovilidad o permanencia de los magistrados, siendo una herramienta válida para separar a aquellos jueces y fiscales que presenten falta de idoneidad funcional.

La preocupación del TC y la Corte no pasa, entonces, por la institución en sí misma, sino porque las ratificaciones se plasmen en procedimientos que no afecten derechos humanos.

Para la Corte, la ratificación de magistrados es “materialmente sancionatoria”. De esta interpretación el tribunal de San José deriva la necesidad de que las evaluaciones cumplan con las garantías de un debido procedimiento disciplinario.

No obstante, la Corte precisa que las garantías del debido procedimiento disciplinario no se trasladan automáticamente, debiendo ser adecuadas en su alcance e intensidad a las características y objeto de la ratificación de magistrados.

La Corte realiza la operación de adecuación en las sentencias del presente informe y define los estándares mínimos aplicables a una ratificación. Los derechos y principios CADH analizados fueron: estabilidad e inamovilidad en el cargo, contar con decisiones debidamente

45 En esa línea, ver la intervención de César San Martín en Escuela Garantista (2022).

46 Sobre el punto, ver intervención de Janet Tello en Poder Judicial (23 de febrero de 2022).

47 De la Jara (2021) propone que sea por mayoría simple.

motivadas, conocer previa y detalladamente la acusación, contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, legalidad, protección de la honra y dignidad, a permanecer en el cargo y a la protección judicial.

La Corte encontró dos aspectos inconventionales en el marco normativo de las ratificaciones, ordenando al Estado que proceda a adecuar su ordenamiento interno. Así, señaló que (i) los magistrados no ratificados no deben estar impedidos de presentarse a los concursos de selección y nombramiento para intentar reingresar al sistema, y (ii) que las decisiones sobre ratificación de magistrados deben poder ser cuestionadas en la vía del proceso de amparo en aras a tutelar posibles violaciones a los derechos humanos.

La Corte no ordenó que las ratificaciones se suspendan hasta que la adecuación normativa se produzca.

Esta obligación de adecuación fue establecida a ser cumplida en un plazo razonable. Sin perjuicio de lo cual, la Corte señaló que, en tanto ello no ocurra, las autoridades nacionales están obligadas a realizar un control de convencionalidad en el marco de sus competencias y atribuciones (*Cuya Lavy y otros vs. Perú*, 2021, párr. 206).

Las doctrinas del TC respecto de que las ratificaciones deben cumplir con un debido proceso, que no se puede impedir el reingreso al sistema de justicia de un magistrado no ratificado y que el amparo constituye la vía de revisión de las resoluciones emitidas en procedimientos de ratificación, se mantienen vigentes.

El reconocimiento de la ratificación de magistrados como un procedimiento constitucional y convencional no significa que esta figura no tenga aún aspectos cuestionables y que podrían ser mejorados, tal y como se precisa en el último acápite del informe.

Finalmente, es preciso señalar que las sentencias *Moya Solís* y *Cuya Lavy* podrían propiciar mayores desarrollos o precisiones por parte de la Corte, toda vez que el Estado aún podría presentar alguna solicitud de interpretación (CADH, 1969, art. 67).

IV. Post Scriptum

El presente informe fue elaborado en marzo de 2022. Con posterioridad, en julio de 2022, la Corte IDH publicó una resolución de interpretación de la sentencia del caso *Cuya Lavy*. Esta confirmó la interpretación contenida en el informe respecto a los alcances de la jurisprudencia interamericana en materia de ratificaciones.

La solicitud de interpretación fue planteada por el estado peruano sobre la obligación establecida en la sentencia de adecuar el ordenamiento interno. Frente a los pronunciamientos de algunos abogados y magistrados que señalaban que la Corte IDH había dispuesto en su sentencia, directa o indirectamente, que los procedimientos de ratificación debían ser suspendidos, el estado le pidió a la Corte IDH que precisara exactamente qué es lo que se debía adecuar del marco normativo de las ratificaciones, el Estado entendió que esto se limitaba únicamente a la posibilidad de reingreso y de revisión judicial en la vía del proceso de amparo. Asimismo, le pidió que precisara además que la Corte no había dispuesto la suspensión, nulidad, eliminación, cancelación u otra medida limitativa de los procedimientos de ratificaciones. Por su parte, los representantes de las víctimas formularon observaciones en el sentido contrario, buscando darle un mayor alcance a la obligación de adecuación del marco normativo y solicitando que se suspendieran las ratificaciones en trámite.

La Corte resolvió la solicitud en línea con la lectura del Estado. Recordó que las solicitudes de interpretación no son medios impugnatorios, sino que deben limitarse a formular la aclaración o precisión de aspectos de la sentencia, sin pretender alterarla o modificarla. Concretamente, precisó que la adecuación ordenada al estado, por vía legislativa o de otro carácter, estaba únicamente referida a la posibilidad de que los magistrados no ratificados no tuvieran un impedimento de reingreso a la carrera y a que las decisiones de no ratificación pudieran ser revisadas judicialmente.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (2019). *Manual de derecho procesal constitucional*. Palestra.
- Abad Yupanqui, S., Danós Ordóñez, J., Eguiguren Praeli, F., García Belaunde, D., Monroy Gálvez, J. y Oré Guardia, A. (2008). *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. (3ª ed.). Tribunal Constitucional.
- Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2004). Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales en el ordenamiento procesal civil peruano. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 30, 178-192.
- Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia. (2021). Pronunciamiento N° 003-2021-CD-JUSDEM-2021, del 13 de diciembre de 2021.
- Azabache Caracciolo, C. (19 de enero de 2022). Ratificaciones. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12673/ratificaciones>
- Azabache Caracciolo, C. [La Ley- En Coyuntura]. (12 de febrero de 2022). ¿Qué pasará con el proceso de ratificación de jueces y fiscales? Entrevista con Marisol Pérez Tello y Javier Alonso de Belaunde. [Vídeo]. Youtube. <https://youtu.be/UwlnrjLutdI>
- De Belaunde de Cárdenas, J. A. (2020). En defensa de la justicia: explicando la improbable inaplicación judicial del indulto y derecho de gracia del condenado por graves violaciones a los derechos humanos Alberto Fujimori. *Derecho PUCP*, 85, 448-450. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.012>
- De Belaunde de Cárdenas, J. A. (2021). Propuesta de reglamento de evaluaciones integrales y ratificaciones. En D., Lovatón (Coord.) *Junta Nacional de Justicia (JNJ): Nueva oportunidad para la justicia en el Perú* (pp. 187-209). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el estado de derecho. *Derecho PUCP*, 71, 403-404. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>
- Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Serie C n.º 438 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de septiembre de 2021). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf
- Caso López Lone y otros vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C n.º 302 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 05 de octubre de 2016). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_317_esp.pdf
- Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Serie C n.º 311 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de mayo de 2016). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf

- Caso Moya Solís vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Serie C n.º 425 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2021). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_425_esp.pdf
- Castillo Córdova, L. (2020). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. (Vol. 3). Zela.
- Castillo Córdova, Luis. (14 de enero de 2022). La inconventionalidad de la Corte IDH, otra vez. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12643/la-inconventionalidad-de-la-corte-idh-otra-vez>
- Castillo Córdova, L. (02 de febrero de 2022). El proceso de ratificación de jueces es inconventional. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12758/el-proceso-de-ratificacion-de-jueces-es-inco>
- Castillo Córdova, Luis. (08 de febrero 2022). La inconstitucionalidad del proceso de ratificación de jueces. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12797/la-inconstitucionalidad-del-proceso-de-ratific>
- Castillo Córdova, L. (18 de febrero de 2022). Una oportunidad para mejorar el servicio público de justicia en el Perú. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12879/una-oportunidad-para-mejorar-el-servicio-pub>
- Castillo Córdova, L. y Grández Castro, P. (2021). Pedido de aclaración del 14 de diciembre de 2021 [Expediente n.º 000132020-PI]. Lima.
- Congreso del Perú. (2019). Ley n.º 30916, 18 de febrero de 2019.
- Congreso del Perú. (2021). Ley n.º 31307, Código Procesal Constitucional, 23 de julio de 2021.
- Congreso del Perú. (2016). Ley n.º 30483, Ley de Carrera Fiscal.
- Congreso del Perú (2008). Ley n.º 29277, Ley de Carrera Judicial.
- Congreso de la República. (2004). Ley Orgánica del TC, 23 de julio de 2004.
- Congreso del Perú. (1994). Ley n.º 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Constitución Política del Perú (1993) Artículos 102.1, 142, 154, 201, 206.
- Consejo Nacional de la Magistratura. (2000). Resolución n.º 043-2000-CNM, del 16 de noviembre de 2000.
- Consejo Nacional de la Magistratura. (2002). Resolución n.º 241-2002-CNM, del 16 de abril de 2002
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019a). *Corrupción y Derechos Humanos*. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019b). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (N.º 7: Control de convencionalidad). CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 27.2, 25.1 y 7.6.
- Estudio Castillo y Grández. (2020). Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley n.º 30904 y conexas [Expediente n.º 00013-2020-PI], 6 de noviembre de 2006.

- Escuela Garantista. (03 de febrero de 2022). *Ratificación de magistrados y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuya Lavy vs. Perú*. [Conferencia con Sara Esteban, Luis Pásara, Diego García Sayán y César San Martín]. <https://fb.watch/bUBmsHi-Kd/>;
- Fiscalía de la Nación. (2022). A la opinión pública. 12 de enero. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/575682-a-la-opinion-publica>.
- Fundación para el Debido Proceso [DPLF]. (2019). *Independencia judicial y corrupción. Síntesis de los principales contenidos sobre justicia del informe 'Corrupción y Derechos Humanos' de la CIDH*.
- De la Jara, E. (2021). Recomendaciones sobre modificaciones para introducir en la Ley Orgánica sobre la Junta Nacional de Justicia y Comisión Especial (Ley N.º 30916). En D. Lovatón (Coord.). *Junta Nacional de Justicia (JNJ): Nueva oportunidad para la justicia en el Perú* (pp. 241-271). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Junta Nacional de Justicia. (2022). Respecto a la notificación formal efectuada por la Corte IDH al Estado Peruano de la sentencia Cuya Lavy y otros vs Perú. Recuperado de: <https://twitter.com/JNJPeru/status/1491511596610371591>
- Junta Nacional de Justicia. (2020). Resolución n.º 260-2020-JNJ, del 9 de diciembre de 2020.
- Landa Arroyo, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Palestra.
- Lovatón Palacios, D. (04 de octubre de 2018). Sistema de Justicia en el Perú: Para Entender la Reforma Constitucional y el Referéndum. *Justicia en las Américas. Blog de la Fundación para el Debido Proceso*. <https://dplfblog.com/2018/10/04/sistema-de-justicia-en-el-peru-para-entender-la-reformaconstitucional-y-el-referendum/>
- Lovatón Palacios, D. (2021). Estándares interamericanos sobre corrupción y derechos humanos aplicables a la Junta Nacional de Justicia. En D. Lovatón (Coord.). *Junta Nacional de Justicia (JNJ): Nueva oportunidad para la justicia en el Perú*. (pp. 127-131). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Medina Quiroga, C. (2005). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Monroy Gálvez, J. (2020). La Junta Nacional de Justicia, otra oportunidad perdida. En *Temas de Derecho Procesal*, 3, 287-372. Communitas.
- Nash, C. (2019). Breve introducción al control de convencionalidad. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de convencionalidad*.
- Pásara, L. (2019). *De Montesinos a los Cuellos Blancos. La persistente crisis de la justicia peruana*. Planeta.
- Poder Judicial. (2022). Pronunciamiento de los/las 35 presidentes/as de las Cortes Superiores de Justicia del Perú, sobre los procedimientos de ratificación iniciados por la Junta Nacional de Justicia, 10 de enero.
- Poder Judicial. [Justicia TV] (17 de febrero 2022). Conversatorio internacional sentencia de la CIDH: caso Cuya Lavy y la ratificación. Conferencia con Andrés Tapia, José Wilfredo Díaz, Manuel Atienza, Pedro Grández y Juan Monroy [Transmisión en vivo]. Youtube. <https://youtu.be/eBRiXtSOIFU>

- Poder Judicial. [Justicia TV] (22 de febrero de 2022). Ciclo de conferencias internacionales: ratificación de magistrados. Análisis de la sentencia de la Corte IDH: Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú. Conferencia con Susana Castañeda, Elvia Barrios, Daniela Cavallini y Samuel Abad. [Transmisión en vivo]. YouTube. <https://youtu.be/g1uUJBB0Dn0>
- Poder Judicial. [Justicia TV] (23 de febrero de 2022). Ciclo de conferencias internacionales: ratificación de magistrados. Análisis de la sentencia de la Corte IDH: Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú. Conferencia con Susana Castañeda, Sergio Díaz y Janet Tello. [Transmisión en vivo]. Youtube. <https://youtu.be/AT-iYUjSID4>
- Poder Judicial. [Justicia TV] (24 de febrero de 2022). Ciclo de conferencias internacionales: ratificación de magistrados. Análisis de la sentencia de la Corte IDH: Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú. Conferencia con Susana Castañeda, Marcela Basterra y Claudio Nash. [Transmisión en vivo]- Youtube. https://youtu.be/BH_peDuQEco
- Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). Comunicado del 07 de enero de 2022.
- Salmón, E. (2020). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salmón, E. y Blanco, C. (2021). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (4ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003a). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 00010-2001-AA Caso sobre la Ordenanza n.º 290 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, del 26 de agosto de 2003. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003b). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 02209-2002-AA. Caso Mario Antonio Urello Álvarez, del 12 de mayo de 2003. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02209-2002-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005a). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 03741-2004-AA. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, del 14 de noviembre de 2005. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005b). Sentencia. Pleno. Expediente n.º 00024-2003-AI Caso Municipalidad Distrital de Lurín, del 10 de octubre de 2005. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006a). Sentencia. Pleno. Expediente n.º 02730-2006-PA, Caso Arturo Castillo Chirinos, del 21 de julio de 2006) Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2006b). Sentencia recaída en el expediente n.º 07289-2005-PA. Caso Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú, del 3 de mayo de 2006 Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006c). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 06149-2006-AA Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., del 11 de diciembre de 2006. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>

- Tribunal Constitucional del Perú (2006d). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 02730-2006-PA. Caso Arturo Castillo Chirinos, del 21 de julio del 2006. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2007a). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 00007-2007-PI Caso Colegio de Abogados del Callao sobre Código Procesal Constitucional, del 19 de junio de 2007. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2007b). Sentencia, Primera Sala, Expediente n.º 04617-2007-HC. Caso Clímaco Menacho Agüero del, 2 de octubre de 2007. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04617-2007HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2007c). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 01755-2007-AA. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada “El Molino”, del 26 de noviembre de 2007. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01755-2007-AA%20Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia, Primera Sala, Expediente n.º 01243-2008-HC. Caso Luis Bastidas Villanes del 01 de setiembre de 2008. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01243-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 00006-2009-PI. Caso Fiscal de la Nación c/. diversos artículos de la Ley de la Carrera Judicial, Ley n.º 29277, del 22 de marzo de 2010. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00006-2009-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2022a). Sentencia n.º 890/2021, recaída en el expediente n.º 00013-2020-PI 000031-2010-AI. Caso de la Junta Nacional de Justicia. Pleno. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00013-2020-AI%20Aclaracion.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022b). Sentencia, Pleno, Expediente n.º 00217-2002-HC. Caso Alfredo Crespo Bragayrac, del 17 de abril de 2002. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00217-2002-HC.html>
- Torres Zúñiga, N. (2015). Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos). *Eunomía*, 9, 186-194.

LA JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA, LA COMISIÓN ESPECIAL: PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y MODELO DEMOCRÁTICO¹

Ernesto de la Jara²

I. Presentación del Tema

El hilo conductor del presente ensayo es la revisión a nivel de las normas principales vigentes sobre la Junta Nacional de Justicia (JNJ) y la Comisión Especial (CE), de los elementos que reconocen o favorecen la participación ciudadana, así como de los que, en sentido contrario, la desfavorecen.

Las normas escogidas son el régimen constitucional de la JNJ y la CE, su Ley Orgánica, los Reglamentos de la CE, el Pleno de la JNJ y, por último, varios reglamentos aprobados por la JNJ³, concretamente, el referido al Nombramiento de Jueces y Fiscales (tanto el de ascensos como el de postulaciones externas) y el de Procesos Disciplinarios, en la parte sobre destitución.

Conviene destacar que estos reglamentos tienen la virtud de que fueron prepublicados, justamente, para que los ciudadanos pudieran formular aportes.

No incorporamos en el análisis la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley n.º 27444), ni la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley n.º 27806), pese a que varias normas en torno a la JNJ y a la CE se refieren a ellas. Esto se debe a que discrepamos de que se haga una remisión general, cuando, en todo caso, debe ser muy específica y cuidadosa, ya que estamos abordando un tipo de funcionarios muy especial, principalmente jueces y fiscales, relacionados con una función también muy especial como es la administración de justicia.

Cabe aclarar que tomamos un concepto amplio y flexible de “participación”, por lo que a lo largo del ensayo se hará referencia a cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Participación ciudadana en torno a todas las decisiones, actos y procedimientos que son de competencia de la JNJ y la CE. Por ejemplo, interposición de tachas, participación en audiencias, etc.
2. Participación ciudadana en torno a las convocatorias hechas por la CE y la JNJ de acuerdo con sus atribuciones. Por ejemplo: respuesta a convocatorias realizadas por la JNJ para determinadas categorías de jueces y fiscales.

1 El texto fue originalmente elaborado en el año 2022. A pesar de los cambios que se han producido desde su publicación, sus reflexiones mantienen su relevancia. Algunas de las ideas del presente textos se han presentado preliminarmente en de la Jara (2021) y Justicia Viva (2019a y 2019b), donde el autor ha participado significativamente.

2 Abogado y Magister en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Fundador del Instituto de Defensa Legal (IDL). Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP.

3 No se han seleccionado todos por razones de espacio y porque algunos corresponden a funciones de naturaleza muy distinta.

3. Participación ciudadana, entendida como recursos o acciones a los que pueden recurrir quienes resultan afectados por procesos o decisiones de la CE o la JNJ. Por ejemplo: interposición de recursos de reconsideración en un concurso para juez.
4. Participación de los integrantes de la CE frente a la CE misma, y de los miembros de la JNJ frente a la JNJ. Por ejemplo, la posibilidad que tiene un miembro de la JNJ de ser vacado por el resto de integrantes, y a la vez de pedir reconsideración.
5. Participación ciudadana en relación con la JNJ y la CE en términos generales, como actores fundamentales del sistema y administración de justicia. Por ejemplo, niveles de información o aprobación de la opinión pública en general.

También, es importante considerar que la participación es parte insoluble de otras garantías, como la transparencia, la meritocracia y el concurso público, pues afectándose cualquiera de ellas se afecta al conjunto. De esta manera, es inevitable el tratamiento en conjunto, por más que el énfasis se ponga en la primera.

Los mecanismos en contra de la participación pueden ser explícitos o producto de carencias, pero también de determinadas realidades que generan efectos contraproducentes, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- No se estipulan suficientes mecanismos de participación allí donde se puede y conviene.
- Se concentran muchas atribuciones o capacidad de decisión en las autoridades a cargo de los concursos públicos, y sin posibilidades de impugnación.
- Los concursos son tan rígidos y formales que, en realidad, pierden el carácter de competencia e impiden que los postulantes puedan mostrar habilidades y ventajas, y, asimismo, impide que quienes deciden puedan evaluarlas.
- La aplicación de criterios cuantitativos de manera automática va en contra de una evaluación flexible que permita asegurar calidad por encima de la formalidad, y contra la participación en términos de fiscalización.
- El exceso de requisitos, sin una justificación verdadera, desmotiva la participación en convocatoria y reduce las expectativas.
- El mal diseño de los concursos inhibe la participación e impide la fiscalización y que se seleccione a los mejores.
- La falta de transparencia, acceso a la información y difusión, así como la reserva, impiden el conocimiento, la participación y la fiscalización.

El ensayo comienza con una breve introducción en la que se explica cómo la participación en los sistemas de elección de funcionarios vinculados con la justicia responde a cambios esenciales sobre el concepto mismo de justicia como política pública. Luego, pasaremos al análisis de cada uno de los niveles normativos mencionados, ya que han sido expedidos no solo en diferentes momentos, sino por entidades distintas: el Congreso, la CE y la JNJ.

Es obvio que lo que correspondería, después de más de 2 años y medio de funcionamiento de la JNJ, elegida por primera vez por la también primera CE, es un análisis empírico, basado en hechos, casos y cifras concretas. Tarea pendiente.

Como punto de partida, queremos decir con transparencia que nuestro balance es positivo en cuanto a la actuación de la JNJ. Tal vez ha ido más allá de las expectativas generadas, pero, a la vez, creemos que hay mucho que conviene revisar y sobre lo cual reflexionar e introducir cambios.

II. Introducción: Nuevo Concepto de Justicia

La participación ciudadana es esencial respecto de todas las funciones, decisiones y actos relacionados con la JNJ, así como con la CE, a cargo de la selección de sus miembros (ambas están reguladas de manera conjunta). Y no solo porque existen diversas disposiciones legales que así lo explicitan, como se verá después, sino por una serie de consideraciones de fondo (Uprimny y Sánchez, citados en Villadiego Burbano, 2016).

En los últimos años, cualquiera sea el sistema que cada país adopte para seleccionar y elegir a sus jueces y fiscales (especialmente a los que integran las altas cortes) tiene que garantizar el respeto de los siguientes principios: meritocracia, trayectoria personal intachable, igualdad de condiciones, transparencia y participación ciudadana, entre otros más.

Es por eso que, más que analizar el sistema de selección de magistrados en sí mismo, ya que se admiten varias opciones, el buen o mal balance depende —por ejemplo, a nivel internacional— de si se cumple o no con dichos principios.

Y es por eso que este conjunto de principios tiende a tener un carácter “general” e “indivisible”. Es general porque son garantías que han pasado a ser derecho y obligación de cualquier régimen de elección democrática y conforme a los derechos fundamentales. Es indivisible, ya que unos implican necesariamente a los otros. Solo la participación ciudadana puede garantizar el respeto de la meritocracia y la no discriminación, y solo aquella se cumplirá si existe transparencia que la exija a todo nivel, por poner un ejemplo.

Esta concepción sobre la existencia de principios esenciales para la elección de los jueces y fiscales se va forjando en la medida de que “la justicia” comienza a ser percibida como una realidad que incumbe y afecta a todos los ciudadanos, en muy diversos niveles. La justicia pasa a ser vista, por esta razón, como un servicio público que, como problema social, requiere una respuesta del conjunto del Estado (una política pública), respecto de la cual la participación ciudadana es indispensable, a modo de un derecho y un deber.

Y es por eso mismo que ya desde hace mucho tiempo el derecho al acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, consagrado en los más diversos tratados internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2013, p. 7).

De ahí la necesidad de garantizar que quienes la imparten o se relacionan con ella (por ejemplo, en cuanto al nombramiento de sus operadores) cumplan con determinadas garantías a la hora de hacerlo.

Siguiendo la misma lógica, estos mismos principios se han convertido en esenciales para la elección de otros funcionarios públicos, sea de organismos también vinculados al sistema de justicia, como en el caso de los integrantes del Tribunal Constitucional, o de naturaleza distinta, como los jefes de la ONPE y el Reniec, cuyos nombramientos están, también, a cargo de la JNJ con garantías similares, como la participación ciudadana.

Esta es la razón que explica que haya una evolución bastante generalizada en este sentido, y que tienda a “constitucionalizarse”, como sucedió recientemente en el Perú al reemplazar al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) por la JNJ, tema que tratamos a continuación.

III. Constitución y Participación Ciudadana: Modelo Democrático. Ley de Reforma Constitucional n.º 30904, de Fecha 9 de Enero de 2019

Los elementos con los que se diseñó la fórmula constitucional sobre la JNJ y la CE, en reemplazo del CNM, los mismos que fueron aprobados mediante referéndum (diciembre 2018), demuestran que lo que se quiso fue, justamente, darle rango constitucional a la máxima participación ciudadana con respecto al desempeño de las dos nuevas instancias.

A pesar de que en el texto constitucional no hay una referencia explícita a la participación ciudadana, es válida la interpretación de que todo lo previsto en los artículos modificados la exige o presupone, como se desarrollará a continuación.

El primero de estos elementos es la opción por el “concurso público” para todo en lo que sea posible: concurso para la selección misma de los integrantes de la JNJ (art. 155); concurso para nombrar a los jueces y fiscales de todos los niveles (art. 154.1).

Obviamente, el que se contemple el concurso público como opción de selección conlleva la necesidad de establecer requisitos e incompatibilidades, procedimientos transparentes y, por supuesto, una participación ciudadana que haga el seguimiento y la fiscalización de si se cumple o no todo lo anterior.

Sobre todo si se trata concursos públicos en que las exigencias a evaluar se dan a dos niveles: capacidad profesional, en primer lugar, y trayectoria personal, en segundo lugar. De esa manera, en cuanto a jueces y fiscales, se trata de un “concurso público de méritos y evaluación personal” (art. 154.1); mientras que, si se trata de los miembros de la JNJ, la CE tiene que evaluar en el concurso los “méritos” (art. 155) o la “reconocida trayectoria profesional” (art. 156.6), además de la “solvencia e idoneidad moral” (art. 156.6).

Un segundo elemento es que se repita una y otra vez que las decisiones se deberán adoptar mediante “voto público y motivado”. Así se dice expresamente en los casos del nombramiento y ratificación de jueces y fiscales cada 7 años (art. 154, 1 y 2).

Es cierto que en cuanto a sanciones disciplinarias solo se consigna “la resolución final motivada” (art. 154.3), así como que no se establecen las características de la votación en el caso de la elección de los miembros de la JNJ y respecto de la atribución que esta tiene de revisar las decisiones del extinto CNM en el caso de indicios de graves irregularidades (segunda disposición transitoria).

Aunque hubiera sido más coherente que se hiciera, se verá más adelante que la legislación infraconstitucional opta, generalmente, por el voto público y motivado, expresando que se asume que la Constitución lo considera indispensable siempre, lo diga o no expresamente. Sin embargo, hay casos que van en sentido contrario, lo que merecerá nuestra crítica.

Otro elemento que va en el mismo sentido es cuando se consigna en la fórmula constitucional la importancia de determinadas garantías como la probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia, para el nombramiento de los miembros de la JNJ (art. 155), o los “criterios de razonabilidad y proporcionalidad” para la amonestación o suspensión de los jueces y supremos (art. 154.3), garantías que, como se ha mencionado, suponen y exigen la participación ciudadana.

A nivel constitucional se explicita igualmente obligaciones de la JNJ relacionadas con rendición de cuentas y acceso a la información. La primera consiste en tener un registro de sanciones de jueces y fiscales, y la segunda en presentar un informe anual ante el Pleno del Congreso (art. 154. 5 y 6).

Todos estos elementos son una diferencia sustancial con el régimen constitucional del extinto CNM, en el cual no había siempre concurso público (se disponía en el caso de jueces y fiscales, pero no para la ratificación de aquellos ni para selección de sus propios integrantes). Y en ninguna parte se hacía referencia al “voto público y motivado” (más bien, constantemente se disponía la “votación secreta”, como en el caso de la elección de consejeros), ni al tipo de garantía mencionadas.

Cabe explicitar que la fórmula misma diseñada para la elección de la JNJ corresponde, en términos generales, a estas características: una comisión especial cuya composición está preconstituida, pero que solo se convoca y reúne cada vez que tenga que cumplir con la función de nombrar a uno, varios o todos los miembros de la JNJ, vía concurso público, sobre la base de méritos y trayectoria personal (art. 155 y 156).

Una CE constituida por autoridades (el Defensor del Pueblo, presidente del Poder Judicial, Fiscal de la Nación, presidente del Tribunal Constitucional, Contralor General), además de representantes de la sociedad civil (dos rectores provenientes de universidades públicas y privadas con determinadas características). Es decir, una comisión en la que, por tener ese carácter mixto —autoridades y sociedad civil—, será más difícil reproducir los rasgos que se suelen generar en espacios de decisión constituidos solo por autoridades (ambientes cerrados, espíritu de cuerpo, etc.). Se trata de una composición plural que representa en sí misma un nivel de participación ciudadana y que puede contribuir, por el contrario, a una actuación basada en la meritocracia, transparencia, etc. Es por eso que fue un acierto que a nivel de Congreso se incorporara la participación de, por lo menos, los dos rectores, ya que la fórmula original (elaborada por la Comisión Wagner en julio de 2018), limitó la composición de la CE solo a autoridades.

Aunque no se puede negar que en algo se rompió con esa lógica de concurso, voto motivado, meritocracia, transparencia, etc. cuando se decidió que varios miembros de la CE fueran determinadas autoridades por el solo hecho de ocupar ciertos cargos, pudiéndose haber escogido a autoridades producto de un nivel de elección previo.

Por ejemplo, que el representante del poder judicial no fuera de todas maneras el presidente de dicho poder, sino que fuera un abogado que no estuviera en funciones y tuviera que ser elegido por jueces supremos y superiores entre diversos candidatos, para así evitar cualquier tipo de conflictos de intereses o de parcialidad. Igual en el caso de la Fiscalía de la Nación. Esta hubiera sido una mejor opción, tomando en cuenta que la CE va a seleccionar a los integrantes de un organismo que cumplirá funciones frente al conjunto de jueces y fiscales.

Más allá de ese tipo de discusiones sobre participación de la sociedad civil y sistemas de elección, que siempre han sido parte del debate y pueden dar origen a futuras modificaciones, lo cierto es que con la creación de la JNJ se produce la “constitucionalización” de un esquema para el nombramiento de las más altas autoridades y operadores del sistema de justicia —y de algunos organismos del sistema electoral— que se puede denominar “modelo democrático”.

Un modelo que, por eso mismo, tiene características completamente distintas, como las antes descritas, a los anteriores modelos, especialmente el político (cuando los operadores de alto nivel eran nombrados por el Ejecutivo y el Congreso) y el “corporativo”. Este último se refiere tanto a el modelo con o sin representantes de sociedad civil, siendo el segundo supuesto en el que se inscribía el diseño del CNM.

Y si partimos de que se ha constitucionalizado un “modelo democrático” en los términos sustentados, la consecuencia práctica será que la naturaleza de este modelo deberá marcar el diseño, interpretación o aplicación de cualquier norma o decisión relacionadas con la JNJ y la CE.

Así, por ejemplo, no se podrá recurrir a una interpretación extensiva o restrictiva de una norma para limitar la participación ciudadana o para que el voto deje de ser público o motivado; lo correcto será al revés.

Deberá primar todo lo que favorezca el concurso público de méritos y de trayectoria, así como el voto público y motivado. O si se tiene que ponderar una situación en la que hay que escoger entre la transparencia y la reserva, en principio debe pesar más lo que promueva la primera, reduciéndose al máximo la segunda posibilidad.

Un ejemplo de lo que es incompatible con este modelo constitucional es lo que hizo la ONPE al elegir a los representantes de los rectores que constituyeron la primera CE que hubo en el país. Este organismo interpretó incorrectamente que los rectores que votaban no tenían que hacer públicos sus votos ni motivarlos. Esto, a pesar de que la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (LOJNJ) reitera el carácter del voto en la parte específica de la elección de los representantes de los rectores: “El voto para la elección de cada rector es público” (art. 79.3). Fue por ello que los rectores de las universidades públicas —a diferencia de los de las privadas— optaron por hacer públicos sus votos al momento mismo de la votación.

Desde esta perspectiva corresponde analizar todo lo previsto y no previsto en la normativa que se ha escogido sobre la JNJ y la CE.

IV. Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia. Ley n.º 30916, de Fecha 18 de Febrero de 2019

En esta parte hemos escogido abordar algunos elementos fundamentales que se consignan a favor de la participación y del modelo democrático descrito, para luego plantear algunas tensiones que también contiene la ley. Luego, se abordará el capítulo expresamente consignado sobre la participación, especialmente el mecanismo de tachas. Y, por último, señalaremos algunas innovaciones que corresponde hacer para lograr una óptima convocatoria en los concursos, otro nivel de participación igualmente importante.

1. Principios y Tensiones

En la LOJNJ se expresa la importancia que se le da a la “participación ciudadana” desde el momento que en su título preliminar aparece enumerada en términos autónomos como parte del “objeto” de la ley, al mismo nivel que la regulación de, por ejemplo, las competencias y conformación de la JNJ y la CE (art. I).

También desde el Título preliminar —en coherencia con la parte de la Constitución ya explicada— se menciona principios y garantías como los de “de igualdad y no discriminación”, “procedimientos idóneos, meritocráticos e imparciales” para todo lo que hagan la JNJ y la CE (art. II).

Estos principios y garantías deben ser interpretados como parámetros (estándares) desde los cuales se puede ejercer todo tipo de participación ciudadana, con el objetivo de asegurar que se cumplan.

Luego, está el establecimiento de una amplia y diversa gama de principios, que son esenciales al modelo democrático descrito en la parte referida a la fórmula constitucional:

Son principios rectores de la Junta Nacional de Justicia y de la Comisión Especial, los siguientes:

- a. Principio de igualdad y no discriminación [...]
- b. Principio de legalidad [...]
- c. Principio de mérito [...]
- d. Principio de imparcialidad [...]
- e. Principio de probidad [...]
- f. Principio de transparencia [...]
- g. Principio de publicidad [...]
- h. Principio de participación ciudadana [...]
- i. Principio del debido procedimiento [...]
- j. Principio de verdad material [...]
- k. Principio de eficiencia [...] (art. III)

Si bien cada principio es definido de una manera amplia, flexible y extensiva, toca aplicar, aun así, la interpretación más comprehensiva posible en caso de cualquier tensión, dado que se derivan del modelo democrático al que —como se ha visto— se le ha querido dar rango constitucional.

2. Participación Frente a Todo

Una primera tensión a plantear se relaciona, precisamente, con el principio de participación por los términos de su definición: “Se promueven las diferentes formas de participación de la ciudadanía en todos los procedimientos previstos en la presente ley, con la finalidad de contribuir al bien común o interés general de la sociedad” (art. III).

Al respecto, caben dos interpretaciones. Una primera es que la participación ciudadana solo procede frente a lo que son propiamente procedimientos, es decir, nombramientos de miembros de la JNJ y de jueces y fiscales, ratificación, evaluación de desempeño, etc., pero no frente a otras decisiones que la JNJ o la CE puedan tomar (interpretación restrictiva).

Desde una segunda interpretación se puede sostener, en cambio, que dicha participación procede frente a todo lo relacionado con la JNJ y la CE, es decir, procedimientos, pero también acciones, medidas o decisiones que no son exactamente procedimientos. Por ejemplo, frente a la decisión de vacar a algún miembro de la JNJ, o integrar a un suplente, o respecto de la elección del presidente o vicepresidente de la JNJ, etc.

Es la segunda la que debe aplicarse, por las razones expuestas, en el sentido de trascender la literalidad y orientarse por las características esenciales del modelo democrático consagrado a nivel constitucional.

3. Acceso a Información Frente a Reserva

Otra tensión que se presenta se relaciona con la reserva. A la vez que se consignan los principios referidos, en la misma ley existe un artículo cuya aplicación lateral y extensiva llevaría a la negación o desconocimiento de aquellos.

Nos referimos al artículo 65 de la LOJNJ en el que se establece la “obligación de guardar reserva”: “Los miembros de la Junta Nacional de Justicia deben guardar reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos”. Una norma que —no es gratuito— contenía también el marco legal del CNM (Ley n.º 26397, art. 28º).

Hasta podría interpretarse como una contradicción e incoherencia, que solo se podría resolver eliminando esta última norma. Sin embargo, es mejor integrar esa norma con el modelo constitucional y los principios señalados en términos generales, como el concurso público, la transparencia, la participación ciudadana, procedimientos idóneos, etc. Todo ello implica acceso a toda la información, y solo de manera excepcional y acotada se puede recurrir a la reserva, debiéndose sustentar esta de manera explícita recurriendo a principios como necesidad, racionalidad, proporcionalidad, etc.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que, siguiendo el mismo modelo democrático constitucional, se establece el carácter público de toda información, a través de distintos dispositivos de la ley, como el siguiente: “Toda información que genere, produzca o custodie la Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial, la Secretaría Técnica Especializada tiene carácter público y es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley” (Principio de Transparencia, art. III, art. f).

Es más, se asume la responsabilidad de hacer pública y accesible dicha información:

Todas las actividades y disposiciones de los órganos comprendidos en la presente ley se difunden a través de las páginas web institucionales respectivas, así como la utilización de tecnologías de la información con la finalidad de lograr la mayor accesibilidad posible. (Principio de Publicidad, art. III, g)

La obligación de poner la información a disposición de todos los ciudadanos se refuerza con la consignación del principio de “verdad material”, cuya aplicación implica que “[...] se podrá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual puede recabar la información que considere necesaria para verificar o desvirtuar la verdad documental que se le hubiere presentado [...]” (Principio de verdad material, art. III, j).

La importancia de este acceso a la información de la JNJ y la CE como regla también se constata cuando al definir el objeto de la misma norma se hace referencia a la “sistematización de la información” junto a la participación ciudadana.

Por otra parte, pero también en relación con la reserva, hay que tener mucho cuidado con cómo se maneja el hecho de “violiar la reserva propia de la función”, como causal de destitución, tal como se contempla en la ley (literal h del artículo 41.). Causal que, de manera elocuente, fue introducida por el Congreso disuelto, mientras que no estaba en el proyecto de la Comisión Wagner, incluso, tampoco estaba en la Ley Orgánica del CNM (Ley n.º 26397, de fecha 5 de diciembre de 1994).

Acá tampoco debe olvidarse que el acceso a la información, la transparencia y la participación constituyen regla, mientras que la reserva es la excepción en casos justificados. De lo contrario, se puede prestar a acusaciones y maniobras contra los magistrados, a los que ligeramente se les puede acusar de filtrar información, como suele ocurrir.

En un informe anterior, realizado también para el CICAJ, hasta se planteó “eliminar la previsión de esta causa de manera desagregada, y, de esa forma quedaría comprendida en el

inciso referido a ‘La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público’; (inc. b), como tantas situaciones que están implícitas en esa fórmula” (De la Jara, 2021, p. 260). Sin embargo, su restricción cabe hacerse vía interpretativa.

4. Participación Aun en Casos no Previstos

Más aun, la opción por un modelo claramente democrático permite que esta participación se pueda generar aun cuando no haya nada previsto. Simplemente el derecho está generado en términos generales frente a la CE y la JNJ.

Un primer ejemplo que resulta fundamental en términos prácticos: ni en la LOJNJ, ni en los reglamentos surgidos posteriormente se contempla la posibilidad de impugnar la participación en la CE de alguno de sus miembros, aun en el caso de que alguno de ellos de pronto se vea claramente vinculado a una falta o a un delito.

En realidad, en uno de los dictámenes que se generaron el día en que se aprobó, finalmente, la referida ley (febrero de 2019), concretamente en el primer dictamen sustitutorio, sí se permitía la posibilidad de sustituir al presidente del PJ y del MP: “La Sala Plena de la Corte Suprema y de la Junta de Fiscales Supremos pueden remover o suspender la representación ante la Comisión Especial ante graves acusaciones de inconductas o actos ilícitos” (Congreso de la República, 2019, primer dictamen sustitutorio art. 83.4). Pero dicho dispositivo fue excluido del proyecto aprobado.

Sin embargo, de acuerdo con la posición asumida en este texto, una acción de participación ciudadana pudiera consistir en impugnar al miembro de la CE que se ve comprendido en una de las situaciones mencionadas. Esto debido a que las garantías de participación o de idoneidad personal, entre otras, son parte esencial de un modelo basado en pilares de ese tipo, que no pueden ser dejados de lado en ningún momento.

Estaríamos ante una incoherencia total, que algún miembro de la CE, que tiene que identificar a personas intachables, puede estar siendo objeto de una investigación fiscal, por un delito, o haya aparecido en un audio como los denominados “audios de la vergüenza”. ¿Pedro Chávary pudiera haber seguido integrando la CE si no hubiera renunciado a su cargo de Fiscal de la Nación?

Otro ejemplo se relaciona con la convocatoria de suplentes en algunas de las causales previstas. Debe primar la interpretación que permite la participación ciudadana, a través de, por ejemplo, la presentación de tachas o de información, orientadas a demostrar que en el tiempo transcurrido desde la elección ha perdido el suplente en cuestión uno de los requisitos o generado alguna incompatibilidad.

5. Publicidad en lo Disciplinario

De primera impresión parecería que con respecto a la función de destitución (de los distintos funcionarios objeto de la ley) no se aplica el principio de la publicidad, por ejemplo, en cuanto al voto.

En la Constitución se hace referencia a la obligatoriedad del voto público y motivado solo para el nombramiento y ratificación de jueces fiscales (art. 154). En la ley, se establece como una de las funciones de la JNJ la destitución de jueces, fiscales y otros funcionarios del sistema

electoral, pero omitiendo establecer que debe ser vía voto motivado y público (art. 2. f y g), lo que sí hace al referirse al nombramiento y ratificación de jueces y fiscales (art. 2. a y b).

Sin embargo, la misma ley trae dos dispositivos generales que permiten sostener que la publicidad se debe aplicar siempre, incluso en los procesos disciplinarios.

En uno primero, deja constancia de que todos los procedimientos se rigen por los mismos principios y garantías. Efectivamente, menciona como parte de la “finalidad” de la ley:

garantizar, conforme al principio constitucional de igualdad y no discriminación, procedimientos idóneos, meritocráticos e imparciales para los nombramientos, ratificaciones, evaluaciones parciales y *procedimientos disciplinarios* [énfasis añadido] de jueces, fiscales [...] en aras del fortalecimiento y mejoramiento de dicho sistema, promoviendo así una justicia eficaz, transparente, idónea y libre de corrupción. (art. II)

Y en uno segundo, la referencia es específicamente a la “Publicidad de los votos y las calificaciones”:

Los *votos* [énfasis añadido] y las calificaciones que emiten los miembros de la Junta Nacional de Justicia en los procedimientos de selección, nombramiento, ratificación y evaluación parcial de desempeño, *procedimiento disciplinario* [énfasis añadido], tachas, inhibición o cualquier otro acto de decisión *tienen carácter público y deben ser motivados* [énfasis añadido]. (art. 8)

Por último, no tendría sentido exigir una votación motivada para que sea confidencial, como parte de un procedimiento donde la regla es que prime la transparencia, la participación ciudadana, etc.

Esto es suficiente para invocar la publicidad en torno a los procesos disciplinarios, y, en general, en todo lo previsto sobre la CE y la JNJ, lo que —adelantamos— no ocurre siempre en los reglamentos correspondientes, pese a ser normas de menor jerarquía.

6. Participación en lo Disciplinario

También, se identifica una tensión a nivel de la ley en cuanto a la participación ciudadana en procesos disciplinarios. No se menciona a estos últimos cuando, por ejemplo, se establece que:

Los ciudadanos participan en todas las etapas del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia y en todas las etapas de las convocatorias de nombramientos, ratificación y evaluación parcial de desempeño de jueces y fiscales previstos en la presente ley. (art. 51)

Sin embargo, tal como ya se ha hecho mención, en la propia ley, en el título preliminar, se contemplan todos los principios propios del modelo democrático, incluida la participación ciudadana para todo lo relacionado con la CE y la JNJ sin excluir ningún aspecto.

Es obvio, por lo demás, que esta participación puede ser decisiva en los procesos disciplinarios, en cuanto a presentación de información, participación en audiencias, fiscalización del cumplimiento de normas, etc. Sin embargo, más adelante veremos cómo el reglamento sobre procesos disciplinarios deja mucho que desear, ya que va en sentido contrario a la interpretación asumida.

7. *Sobre las Tachas*

La posibilidad de interponer tachas en todos los procedimientos previstos en la LOJNJ se contempla bajo el título de “La Participación ciudadana en el Marco Normativo sobre la JNJ y la CE”, y luego de especificar que

Los ciudadanos participan en todas las etapas del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia y en todas las etapas de las convocatorias de nombramientos, ratificación y evaluación parcial de desempeño de jueces y fiscales previstos en la presente ley. (art. 51 de la LOJNJ)

Luego, se retoma y desarrolla este derecho en diversos reglamentos; de los revisados, en el del nombramiento de jueces y fiscales (el cual se tomará en cuenta para los comentarios hechos en esta parte). En cambio, el reglamento de la CE no trae nada nuevo o específico sobre este recurso.

Al respecto, hay disposiciones positivas, pero también muy críticas. Lo primero es que se contemple la posibilidad de tachar, ya que costó mucho que esta se reconociera en un pasado no muy remoto (también existía el recurso con el CNM).

Como algo positivo también puede mencionarse que no se exija abogado ni prueba documental, que pueda ser interpuesta por una persona natural o jurídica, que sea gratis y que se dé la oportunidad de que, si no se tienen las pruebas, se señale dónde se encuentran para que la JNJ colabore a acceder a ellas: “Los medios probatorios. De no tenerlos en su poder, debe precisar los datos que los identifiquen y la dependencia donde se encuentren” (art. 54.3 f de la Ley). Es también una facilidad que ya no se tenga que interponer directamente en una oficina, sino que puede ser vía extranet y que se permita la subsanación, además de mantener en reserva no la identidad pero sí los datos de contacto de quien interpone la tacha.

Mientras que lo primero negativo a señalar es la inadecuada, pero clásica, diferencia que se hace entre tacha y denuncia. Es grave por sus consecuencias prácticas y la concepción que implica.

Se considera que la tacha que “está referida a cuestionar el cumplimiento de los *requisitos* previstos en las normas legales vigentes y en el presente reglamento [énfasis añadido]”. (art. 14 del Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto)

Mientras que la denuncia es “todo tipo de información u observación que esté destinada a cuestionar *la idoneidad, integridad o probidad de ella postulante*’ [énfasis añadido]” (art. 52 de la Ley).

Y a partir de ahí lo previsto para la tacha es muy diferente de lo que se establece para la denuncia.

La diferencia más importante, aparte de oportunidad, plazo, etc., es que, en la tacha, el Pleno de la JNJ —refiriéndonos exclusivamente al concurso para jueces y fiscales, aunque por interpretación es igual en el caso de la CE— está obligado a declararla fundada o infundada, y si, finalmente, luego de la reconsideración, queda como fundada implica la exclusión del postulante (art. 20 del Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto).

En cambio, en el caso de la denuncia, si bien se le pide el descargo correspondiente al denunciado, no se entra a un procedimiento para ver si dicha denuncia es fundada, sino que tan solo se incluye en la hoja de vida del postulante, para que los miembros de la JNJ lo tomen en cuenta en la etapa de la entrevista (art. 21 del Reglamento de Nombramiento Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto).

En principio, frente a una denuncia no procede la subsanación (salvo en situaciones excepcionales) y el que denuncia debe aportar él mismo la prueba sin que se le dé la posibilidad de que indique la vía para acceder a ella.

¿Por qué es inadecuada? Porque, en la actualidad, “todo tipo de información u observación que esté destinada a cuestionar la idoneidad, integridad o probidad de el/la postulante” (art. 21 del Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto) ha pasado a ser parte de los requisitos. No es que las obligaciones en cuanto al tiempo de ejercicio profesional o a la edad o las incompatibilidades sean requisitos, y todo lo que tenga que ver con trayectoria personal no sea requisito. Hoy en día, los dos ámbitos tienen la misma importancia y son considerados requisitos esenciales a evaluar.

Como se dijo en la parte constitucional, en cuanto a jueces y fiscales, se trata de un “curso público de méritos y evaluación personal” (art. 154.1), mientras que, si se trata de los miembros de la JNJ, la CE tiene que evaluar en el concurso los “méritos” (art. 155) o la “reconocida trayectoria profesional” (art. 156.6), además de la “solvencia e idoneidad moral” (art. 156.6).

Mantener esta diferencia es como considerar de segundo nivel todo lo que tiene que ver con idoneidad moral, trayectoria democrática, entre otros, cuando este tipo de componente tiene la misma o mayor relevancia para evaluar la idoneidad de alguien que tendrá en sus manos la justicia.

Por eso es que se propone modificar el reglamento, aunque cabe la posibilidad de que la JNJ haga una interpretación a favor de lo dicho, solo interpretándolo integralmente, a la luz de lo dicho al respecto en la Constitución.

También, en sentido crítico, un modelo basado en la participación ciudadana, si bien puede poner un plazo en principio para la tacha, debe dejar abierta la posibilidad de que se haga hasta el final, siempre y cuando haya una razón que justifique no haber podido hacer algo.

Es muy importante difundir intensamente los nombres de todos los postulantes que están en carrera y, por tanto, pueden ser tachados. Esto no abre una cacería de brujas, como se suele decir, sino que permite ampliar el número de personas que se enteran de que tal o cual persona que conocen está postulando para juez o fiscal.

Debe terminarse con el criterio habitual que considera que solo cabe reconsideración si la tacha es declarada fundada (art. 20 del Reglamento). Resulta equitativo que también se pueda si la tacha es declarada infundada. Se permite así que el que interpuso la tacha conteste los fundamentos de la JNJ, presente o desarrolle más fundamentos, entre otros.

No se entiende por qué si el postulante tachado no presenta descargos, la JNJ, previo informe de la CE, evalúa y tiene que resolver la tacha dentro de un plazo determinado, pudiéndola declarar infundada (art. 19 del Reglamento). Esto es “sustituir a las partes” en una controversia y hacer que, ante la indiferencia o temor del postulante de no poder responder bien, se apueste por que la CE y la JNJ hagan el trabajo.

8. *Audiencias Públicas*

Junto con las tachas, se contempla el carácter público de las audiencias. Se dice así que todos los ciudadanos pueden “*constituirse* [énfasis añadido] al lugar donde se realicen las audiencias de los procedimientos de nombramiento y ratificación de jueces y fiscales [...], así como en otros procedimientos” (art 51 C de la LOJNJ).

Ello es algo fundamental, pero que se restringe sin razón de ser fundamentalmente en los procesos disciplinarios, como se verá después.

9. *Para una Mayor Participación Ciudadana en las Convocatorias de la CE y de la JNJ*

Partimos del supuesto de que es importantísimo que tanto la CE como la JNJ logren una gran convocatoria, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, en cada concurso que hagan.

A este nivel, nos limitamos a mencionar algunos de los muchos elementos que pueden ayudar en el cumplimiento de dicho objetivo.

- Ser proactivos, en el sentido de elaborar e implementar diversas medidas —en coordinación con instituciones públicas y privadas— para atraer a los mejores abogados a la carrera judicial y fiscal, y en su momento como postulantes a la JNJ. Ir hacia ellos, y no esperar a que vengan.
- Eliminar toda posibilidad de incurrir en subjetividades o manipulaciones de parte de quienes deciden, sobre todo frente a requisitos ambiguos que pueden prestarse a distintas interpretaciones. Por ejemplo, el referido a solvencia moral. Sería ideal que, como una garantía para los postulantes, en las bases del concurso se pudiera establecer que dicha idoneidad se evaluará sin depender de cuestiones ideológicas, políticas, religiosas, culturales o de identidad sexual.
- Incorporar la paridad de género —tal como lo planteó la Comisión Wagner— atraerá la postulación de mujeres.
- Reflexionar de qué manera se puede incorporar un enfoque multicultural que atraiga a personas vinculadas a las diversas culturas que conviven en el país.

10. *En Convocatorias para Nombramientos de Miembros de la JNJ*

Revisar y mejorar la composición de la CE que debe elegir a la JNJ. Por ejemplo, ¿es lo más conveniente que el presidente del Poder Judicial y el Fiscal de la Nación elijan a la entidad que después nombrará, evaluará y sancionará a jueces y fiscales? Ello puede hacer que el nombramiento termine siendo menos gratuito. ¿Es mejor que rectores elijan a rectores o que decanos de las facultades de Derecho elijan a decanos o exdecanos de facultades de Derecho? ¿Debe haber más participación de la sociedad civil? ¿Es bueno que tres de los que integren la CE hayan sido nombrados por el Congreso, entidad que también los puede remover (¿Defensor, presidente del TC y Contralor?)? Mientras más confianza se tenga en quienes llevarán a cabo el concurso y en sus decisiones, más y mejores postulantes habrá.

- Disminuir años de experiencia. Se propone que el número de años de experiencia profesional o en la cátedra universitaria se reduzca de no menor de 25 años a no menor de 15 años (como es para ser miembro del Tribunal Constitucional o magistrado supremo). Esto no solo ampliaría la capacidad de convocatoria, sino que permitiría el trabajo intergeneracional.

- Modificar la evaluación de conocimientos. Sobre este aspecto, creemos que hay que incorporar un cambio radical, ya que sería mucho más atractivo que lo central fuera una verdadera evaluación de la trayectoria profesional y personal.

Reiteramos las tres alternativas que venimos planteando en distintos foros:

- Que primero se haga la evaluación curricular y después la prueba de conocimientos.
- Que la evaluación de conocimientos no tuviera efectos eliminatorios o cancelatorios, sino que constituya un puntaje más a evaluar con los puntajes de las otras etapas. Es absurdo que la evaluación de conocimiento impida la revisión de los CV en un número significativo de casos.
- O, por último, que no hubiera prueba de conocimientos, asumiendo que quien pasa por una exhaustiva revisión de un larguísimo período de desempeño profesional cuenta con dichos conocimientos.

Por lo demás, para el tipo de cargo que implica la JNJ, es muy difícil encontrar una modalidad de evaluación de conocimientos satisfactoria. Si bien la del segundo concurso fue mucho mejor que la del primero, aquella también fue muy criticada (pues estuvo a cargo de “comités técnicos externos”, y se dio sobre la base de casos preparados en muy corto tiempo, a partir de una prioridad de temas cuestionables, como, por ejemplo, el derecho administrativo sancionador). Ello desalienta la postulación debido a que reprobado —lo que no es una posibilidad remota— ocasiona un perjuicio profesional irremediable.

- Reducir requisitos y pruebas. Sin embargo, estamos de acuerdo con que, para ser miembro de la JNJ, se exija una larguísima experiencia profesional e impecable trayectoria personal y profesional, y que haya, además, solvencia moral. También es apropiado que se señale incompatibilidades, prohibiciones, restricciones, impedimentos, entre otros. Asimismo, estamos de acuerdo con que se obligue a presentar declaración jurada de ingresos, bienes, rentas e intereses, y que exista la obligación de pasar por un examen psicológico riguroso para descartar patologías gruesas incompatibles con la función. Pero puede ser excesivo y desmotivador encontrar exigencias como el levantamiento del secreto bancario o las pruebas de confianza patrimonial, socioeconómica y psicométrica (artículo 92 de la LOJNJ). En el caso del secreto bancario, se interpreta como una “presunción de culpabilidad”. En el caso de las referidas pruebas de confianza, estas pueden ser muy subjetivas o convertirse en minijudicios sin garantías.
- Que, por lo menos, dos de los miembros de la JNJ puedan no ser abogados.

11. Sobre Jueces y Fiscales

- Acá también debería haber, primero, una revisión general de la trayectoria profesional, y, posteriormente, una revisión a fondo, en la que se determine quiénes pueden pasar a examen, y este último ser una nota más entre el resto de notas. De esa manera, no se pierden postulantes que son muy valiosos en cuanto a CV, pero que por una u otra razón han desaprobado la evaluación de conocimientos.
- Reflexionar sobre si se debe eliminar la ratificación tanto por los problemas de independencia que puedan existir, como por el desaliento a la postulación a los concursos. Se contempla la posibilidad de la carrera judicial o fiscal, pero se teme que cada 7 años surja el riesgo de quedarse sin trabajo y ya no tener las mismas condiciones para

el posicionamiento en el mercado laboral. La alternativa es que exista una eficiente evaluación de desempeño y un buen control disciplinario.

- Limitar la capacidad discrecional de quienes deciden.
- Evitar excesos en la capacidad discrecional de quienes deciden y que limitan la participación ciudadana. Se propone que los que decidan en los procedimientos o concursos no tengan un exceso de atribuciones. Ello debido a que limita la participación ciudadana. Ejemplos:
 - Que la mayoría calificada de la junta tenga límites muy bien definidos frente a la posibilidad de variar el orden de méritos o excluir a alguien.
 - También debe evitarse que se puedan tomar decisiones con quórum o votaciones muy reducidas. Es importante que toda decisión importante exija un quórum y una votación elevada (calificada), lo que implica abrir mayores posibilidades de fiscalización ciudadana.

Es por eso que se requiere tener cuidado con los quórum establecidos por esta ley. Son dos tipos de quórum: (1) dos tercios del total para nombramiento, evaluación parcial de desempeño, ratificación, procesos disciplinarios y destitución, y (2) solo de cuatro para tratar otros aspectos (art. 26). Sobre la base de este último quórum, “las decisiones se adoptan con el voto conforme de la mayoría simple de los miembros asistentes, salvo disposición en contrario”. Es decir, si no hay una disposición específica, hay decisiones que la junta puede adoptar con solo tres votos.

Toda decisión de fondo —salvo de mérito trámite— debería poderse tomar solo con mayoría calificada del total. De esa manera, se evita un uso exagerado del poder de decisión.

12. Concurso Público

Abordaremos cómo se relacionan las etapas del concurso y los pesos en la parte sobre el reglamento para el nombramiento de jueces. Adelantamos que, tanto para integrar la JNJ como para ser juez o fiscal, lo principal debería ser el desempeño y experiencia profesional, medidos a fondo, y dándole peso a lo cualitativo. Indudablemente, ello excluye la falta en la trayectoria personal, en cuyo caso se debe dar origen a la exclusión inmediata.

Esta es la principal garantía para demostrar a la opinión pública que se escoge a los mejores.

V. Sobre el Reglamento Interno de la Comisión Resolución n.º 002-2019-CE, Publicado en El Peruano el 12 de Abril de 2019

1. Sobre Principios Correctamente Reiterados o Desarrollados, y Otros Incorrectamente Omitidos o Añadidos

Es positivo que en la parte del título preliminar en el reglamento se haya reiterado la mayoría de los principios comprendidos en la LOJNJ, sobre la actuación tanto de la JNJ como de la CE. Estos principios son: la igualdad y no discriminación, legalidad, mérito, transparencia, imparcialidad y eficiencia (art. I, a–f).

Pero lo negativo es que se ha dejado de lado otros principios, como el de probidad, participación ciudadana, debido procedimiento y verdad material.

Peor aun, en la lista de principios se ha añadido —y al mismo nivel— el de la “confidencialidad”, mediante el cual “los miembros de la Comisión Especial y el personal administrativo, bajo responsabilidad, están obligados a guardar reserva respecto de las informaciones que reciben y las deliberaciones que se realicen en el desarrollo del procedimiento” (art. I, g).

Al respecto, se reitera que, aunque se establezcan este tipo de normas, deben primar todos los principios y características que constituyen el modelo democrático en relación con la JNJ y la CE previstos en la Constitución y —en términos generales— en una norma de mayor jerarquía como la LOJNJ.

Sobre todo si en disposiciones específicas de este mismo reglamento se reiteran aspectos centrales de este modelo, como en relación con el voto (sobre el que el artículo 10 menciona: “en las sesiones de la Comisión Especial cada miembro tiene derecho a un voto, el cual es público y motivado”), o sobre la participación y la publicidad en todas las etapas (sobre las que el artículo 18 señala: “son públicas, excepto los aspectos protegidos que corresponden a los derechos fundamentales del postulante, y garantizan la participación de la ciudadanía en cada una de ellas”).

2. *A favor de Candidatos de Calidad*

Resulta positivo que se haya contemplado que, en conjunto con los méritos profesionales, académicos y los relacionados con la probidad, se valorará “la trayectoria democrática” (art. I, b). Esto inhibirá a quienes han estado vinculados a dictaduras, y motivará a presentarse a quienes han tenido una trayectoria comprometida con valores democráticos, al saber que este aspecto será valorado. En realidad, no tiene que considerarse que es un agregado hecho por un reglamento, sino que es un desagregado de lo contemplado por las normas de mayor jerarquía, al establecer la idoneidad moral o aspectos similares como parte de los requisitos.

3. *Mayor Transparencia Frente a Evaluación de Casos*

- Antes del nombramiento de integrantes de los comités técnicos de evaluaciones, deberá definirse y hacerse públicos los criterios con los cuales han sido seleccionados. Ello se debe a la gran importancia que tienen, pues son ellos los que, por lo menos en el último concurso, tomaron y evaluaron la sustentación y casos.
- Permitir el recurso de reconsideración frente a la calificación del caso. El comité evaluador, ante el recurso de reconsideración, podrá rechazarlo o proceder a la recalificación, pero luego deberá elevarlo a la CE para que adopte la decisión final. De lo contrario, si el comité evaluador tiene la última palabra, puede considerarse que hay una delegación de funciones, lo que está prohibido por ley.
- Las evaluaciones deberán ser transmitidas en tiempo real por la vía tecnológica adecuada. Asimismo, deberán quedar grabadas. De esa manera, la ciudadanía podrá tener una opinión sobre la racionalidad de la calificación.
- El caso para la evaluación de conocimientos no debe estar orientado a demostrar conocimientos técnicos en materias especializadas (como derecho administrativo sancionador, por ejemplo), sino a medir los conocimientos que se tiene sobre el trabajo que se deberá cumplir como integrante de la JNJ. Los jueces y fiscales son funcionarios que administran justicia y, por lo tanto, son un tipo de funcionarios

con características muy peculiares: se debe combinar un ejercicio de funciones conforme a principios jurídicos y fuentes de derecho, con la inamovilidad en el cargo, independencia, entre otros.

4. Evaluación Cualitativa a Partir de la Valoración de Trayectoria Profesional

- Reiteramos que, para un concurso objetivo cuya corrección puede ser respaldada o criticada por la ciudadanía, lo central a evaluar debe ser la trayectoria profesional (experiencia y logros más, si se exige, varios años de trayectoria).
- Sin embargo, esta valoración de trayectorias debe de hacerse diferenciando los diversos perfiles: abogado litigante, juez o exfiscal, ex funcionario público, funcionario internacional, académico, integrante de ONG, entre otros.
- Establecer la posibilidad de solicitarle a los postulantes la presentación de datos, información o documentos que complementen lo que ha presentado para la evaluación curricular.
- Admitir la posibilidad de que se recurra a terceros para que proporcionen datos, información, documentos o referencias para la evaluación de los postulantes.
- Incorporar la valoración cualitativa de la trayectoria del postulante; es decir, que finalmente la CE —y cada uno de sus integrantes— explicité qué es lo que se ha valorado fundamentalmente para escoger al candidato como integrante de la JNE.

5. Entrevistas y Predictibilidad

El elemento de la predictibilidad se basa en consideraciones objetivas; es clave para los participantes (incluidos los potenciales), y para la participación en términos de fiscalización.

Por ello, es cuestionable que la etapa con mayor puntaje sea la entrevista. Está demostrado que, en términos generales, las entrevistas en los concursos públicos tienen una parte de subjetividad imposible de eliminar, más aun en nuestro medio, en el que se hacen dichas entrevistas sin ceñirse a protocolos.

Que la entrevista tenga el mayor peso genera una incertidumbre mucho mayor a si el mayor peso, se reitera, se le asignara a la trayectoria y experiencia profesional, sobre todo si esta debe ser de manera obligatoria sumamente larga (no menor de 25 años). Además, frente a estos últimos procede el recurso de reconsideración.

Frente a los votos en la entrevista, debería quedar claro que tienen que ser motivados individualmente y que, en determinadas circunstancias, cabe la reconsideración, como cuando, por ejemplo, se incurra en errores flagrantes. Por ejemplo, si se dice que no se presentaron determinados certificados de estudios o no se llegó a aclarar de dónde se sacó los recursos para la compra de una propiedad (o se mintió al declarar dicha información).

6. Puntos Diversos

Mencionamos, en esta parte, algunos puntos que han sido o serán desarrollados en otras partes del texto, pero que también se relacionan con la CE.

- Es importante que, así como el conjunto de integrantes de la JNJ tiene la potestad de vacar a uno de ellos a partir de determinadas causales, los miembros de la CE deben asumir que también tienen esa atribución frente a sus miembros, en casos inequívocos y extremos, por las razones ya explicadas.

- Hay que repensar la composición de la CE para que pueda haber un mayor nivel de participación o fiscalización ciudadana.
- La elección de rectores debe ser mediante voto individual, motivado y público.
- En principio, frente a toda decisión debe de poderse interponer recurso de reconsideración sobre la base de determinadas causales que respondan a consideraciones objetivas.
- Al momento de evaluarse grados, debe hacerse una diferenciación de universidades en función de determinados criterios.
- Valorar todos los títulos, estudios, investigaciones y publicaciones adicionales a la especialidad jurídica (Derecho), y no solo los de Gestión Pública.
- Se debe tener un criterio amplio en cuanto a investigaciones y publicaciones (e incluir no solo investigaciones y publicaciones indexadas o arbitradas), ya que así tienen una ventaja comparativa los académicos, cuando la función que se cumplirá no es académica.
- Las tachas deben abarcar los aspectos de trayectoria personal.
- Hasta antes de la juramentación debe poderse recibir información, para evaluar si dicha información descalifica al postulante seleccionado, más allá de si se presentó en la etapa indicada o con las formalidades del caso.

VI. Reglamento del Pleno de la Junta Nacional de Justicia. Resolución n.º 005-2020-JNJ de Fecha 10 de Enero de 2020

Es relevante que la JNJ empiece haciendo explícita la interpretación que hicimos al analizar el régimen constitucional de la JNJ y la CE, en el sentido de que allí se había establecido un modelo democrático que no podía contrariarse. Lo hace cuando, en relación con las funciones de ambas entidades, expresa: “La Constitución es la norma jurídica fundante de todo el ordenamiento jurídico nacional, y prima sobre cualquier otra norma de rango inferior, la que debe ser interpretada conforme a los principios y valores contenidos en el ordenamiento constitucional”. Es decir, no solo prima la Constitución, sino que esta debe interpretarse conforme a principios y valores contenidos en ella.

1. Principios Incrementados

También es relevante volver a consignar los principios ya mencionados de igualdad y no discriminación, legalidad, mérito, imparcialidad, probidad, participación ciudadana, verdad material y eficiencia, pero poniendo el énfasis en relación con la actuación de los propios miembros de la JNJ. De ello se puede extraer algunas connotaciones prácticas.

Por ejemplo, se define el principio de mérito como la permanencia en el cargo de miembro de la JNJ, “se fundamenta en la aptitud, conocimientos, idoneidad moral, capacidad y desempeño idóneo en el ejercicio de sus funciones” (artículo III.c).

Ello implica indirectamente una ampliación de las causales de vacancia, ya que en las causales previstas para esa drástica medida en el art 18 de la LOJNJ no se prevé nada de lo citado en el párrafo anterior. Las causales previstas para la vacancia son completamente distintas (muerte, sentencias firmas, entre otras). La que más se acerca es la separación del cargo por “alguno de los impedimentos y prohibiciones establecidas en la presente ley” (inciso g).

El principio de transparencia se consagra en la línea que hemos señalado de la publicidad como regla y la reserva como excepción: “Toda información que genere, produzca o custodie

la Junta Nacional de Justicia es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley”. Por ejemplo, prohíbe el adelanto de opinión.

Se aparta de incorporar un principio de confidencialidad.

También, en concordancia con la interpretación que hicimos al comienzo, establece la participación ciudadana en decisiones que no son parte de los procedimientos centrales (la elección de JNJ, jueces y fiscales, la ratificación, entre otros), sino respecto de otras decisiones.

Por ejemplo, frente a la solicitud de vacancia: “Cualquier miembro de la Junta Nacional de Justicia, *ciudadano o representante legal de una entidad* [énfasis añadido] debidamente inscrita ante los Registros Públicos, puede solicitar el inicio del procedimiento de vacancia [...]” (art. 22.1).

Sin embargo, en algunos casos sí omite esta posibilidad, como, por ejemplo, en el caso de la elección del presidente o vicepresidente de la JNJ (procedimiento que no tiene por qué quedar fuera de la supervisión externa, como suele ocurrir, aunque fácticamente, en la elección del PJ o del fiscal de la Nación).

Como es positivo que se permita la inhibición de los miembros de la JNJ en determinados casos, pero se prohíbe que desde afuera se pueda solicitar la recusación (art 24), o la inhibición por decoro, también prevista, pero solo para por iniciativa del miembro de la JNJ; debería ser de oficio o de manera unilateral, pero también permitir la solicitud por terceros, como una modalidad más de participación.

2. Publicidad

Se establece un nivel de publicidad importante. Así, por ejemplo, “las sesiones del Pleno son públicas salvo aquellas que afecten la intimidad personal y familiar, el derecho al honor y en los demás casos previstos por ley” (art. 36).

Se entiende que, también, son públicos los diferentes tipos de informe previstos, como los previos a reconsideraciones o respecto de la decisión sobre investigación preliminar, o los anteriores a la decisión que pone fin al proceso disciplinario (art. 46). Solo así se entiende que se disponga que el informe oral sea transmitido a través de medios audiovisuales que sean determinados por la JNJ.

En general, se dice que frente a “los procesos constitucionales a cargo de la Junta Nacional de Justicia, sean entrevistas o informes, se establece que serán grabados en medios audiovisuales y soportes electrónicos, cuya custodia recaerá en el funcionario que el Pleno designe” (artículo 53). Solo en caso de sesión reservada, la grabación consta en un medio independiente (artículo 53).

Si bien hasta en el procedimiento de vacancia la audiencia es pública (art. 22.3), en el reglamento sobre procedimientos disciplinarios las posiciones sobre este punto son ambiguas.

3. Relación entre Integrantes de la JNJ y la JNJ

Cabe resaltar que este reglamento desarrolla mucho el tipo de participación que hemos identificado de un miembro frente a su propio organismo, que es en este caso la JNJ (tanto a nivel de facultades, atribuciones, obligaciones o prohibiciones).

Ejemplos:

- “Dejar constancia de sus palabras y observaciones en cada acta de sesión del Pleno”; “Solicitar la nulidad de un acto administrativo adoptado por el Pleno dentro de los plazos previstos” (art. 11).

- Comunicar oportunamente al Pleno de “cualquier incompatibilidad que se le hubiera presentado con posterioridad a la juramentación en el cargo”, “cualquier circunstancia que incurra en conflicto de intereses sobreviniente al ejercicio de sus funciones”, “cualquier circunstancia que ponga en riesgo o afecte el logro de los objetivos institucionales”, las infracciones constitucionales, los actos delictivos, las faltas disciplinarias o irregularidades de las que haya tomado conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones (art. 35).

En lo que sí es cuestionable es en las atribuciones que, en algunos casos, adopta el Pleno de la JNJ frente a sus miembros, lo cual es, en los hechos, una limitación de la transparencia, participación ciudadana y hasta de la meritocracia e idoneidad.

Por ejemplo, puede rechazar la solicitud de remoción que haga el Congreso de un miembro de la JNJ: “En caso de no concurrir indicios reveladores de la comisión de causa grave, el Pleno de la Junta Nacional de Justicia dispone el archivo del pedido. La decisión que se emita es inimpugnable”. Pesa más la decisión de la JNJ frente a la del Congreso con respecto a una atribución del Congreso (la remoción de sus miembros). Ello puede conllevar a blindajes, espíritu de cuerpo y falta de transparencia, Aunque es cierto que, por el lado del Congreso, puede haber un intento de injerencia, hace intocable a la JNJ. No es la solución.

Es muy discutible también que la JNJ se haya arrogado la posibilidad de nombrar miembros provisionales, al disponer situaciones en las que los suplentes pasan a integrar la JNJ de manera transitoria. Por ejemplo, en el caso de licencia del titular por enfermedad debidamente comprobada por un término mayor de 30 días calendario, o por licencia por motivos justificados previamente autorizada por el Pleno, en un tiempo mayor de 30 días calendario.

Sin embargo, la JNJ se inhibe de explicitar cómo usa sus atribuciones, el reemplazo de un tutelar por un suplente en caso de, por ejemplo, vacancia, cuando la LOJNJ se lo permite, solo que de una manera confusa y generando una cierta tensión con la CE.

Es contradictorio que la JNJ pueda vacar a sus titulares, pero no a sus “suplentes” en el sentido de decidir si siguen o no cumpliendo los requisitos, como cuando se eligieron.

Un tema muy importante, porque esta sustitución debe garantizar la transparencia y la participación ciudadana, así como la independencia de la JNJ, incluso frente a la CE.

VI. Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales-Ascenso (Resolución n.º 140-2021-JNJ, Lima, 26 de Febrero del 2021) y Reglamento de Concursos para Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales-Acceso Abierto (Resolución n.º 047-2021-JNJ Lima, 28 de Enero de 2021)

La diferencia entre el primer reglamento y el segundo, como se puede deducir de los títulos, es que en el primero se trata siempre del nombramiento de “magistrados” que ya forman parte de la carrera judicial o fiscal, según corresponda, por lo que “la evaluación en este caso pretende “ameritar sus conocimientos para asumir el cargo del nivel inmediato superior, así como en el desempeño en el cargo que viene ejerciendo” (Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales – Ascenso, Considerando).

Ello es así, porque el primero regula la cuota del 30 %, que por ley está reservada a los magistrados que ya pertenecen a la carrera (judicial o fiscal).

En cambio, el segundo regula el otro 70 %, para el que pueden competir jueces y fiscales, pero también abogados externos a las carreras mencionadas en el siguiente apartado del reglamento:

El presente reglamento regula el procedimiento del concurso de *acceso abierto* [énfasis añadido] dirigido a jueces, juezas y fiscales titulares, abogados(as) y docentes universitarios que deseen acceder a la carrera judicial y fiscal, cumpliendo los requisitos establecidos en la normatividad vigente, de acuerdo al nivel de la plaza y a la condición de postulación [...] (Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto, III. Objeto).

Ambos reglamentos difieren en las partes relacionadas con la postulación desde el interior o desde el exterior, para la cuota reservada o para la abierta, pero coinciden en todo lo que son principios que regulan los procedimientos previstos. Es por ello que se explicará nuestras posiciones solo en relación con el primero, pero se aplican también al segundo.

1. Principios

Este reglamento inicia señalando los mismos principios que se derivan del modelo democrático contenido a nivel constitucional, solo que en este caso se buscará aplicar, de un lado, a la forma de proceder por parte de la JNJ en el nombramiento de jueces y fiscales y, del otro, a la manera en que tendrán que responder los postulantes para ingresar o pasar a otro nivel en la carrera judicial o fiscal.

Así, por ejemplo, la JNJ debe respetar siempre el principio de legalidad mientras que los postulantes concursarán sobre la base del mérito.

Asimismo, se consignan y definen los principios de igualdad y no discriminación, imparcialidad, probidad, transparencia, publicidad, participación ciudadana y eficiencia. Y las definiciones ratifican los rasgos esenciales del referido modelo democrático. De todas ellas, solo mencionaremos tres:

f. Principio de transparencia. Toda información que genere, produzca o custodie la JNJ, la Comisión y la Dirección tiene carácter público y es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley.

g. Principio de publicidad. Todas las actividades y disposiciones de los órganos comprendidos en la presente ley se difunden a través de las páginas web institucionales respectivas, así como a través de la utilización de tecnologías de la información con la finalidad de lograr la mayor accesibilidad posible.

h. Principio de participación ciudadana. Se promueven las diferentes formas de participación responsable de la ciudadanía en todos los procedimientos previstos en este Reglamento. (Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto, IV. Principios)

Cabe mencionar que en el segundo de estos dos reglamentos se agregan dos perspectivas que pueden tener consecuencias prácticas importantes en cada convocatoria, dependiendo de la voluntad de la Junta. Sobre ello se menciona que, además del reconocimiento de estos principios, la JNJ considera en todos su procesos y etapas la perspectiva de igualdad de género y derechos humanos (Artículo modificado por el Artículo Segundo de la Resolución n.º 525-2021-JNJ). También es nueva la mención de dos mecanismos que se relacionan con el principio de igualdad y no discriminación, y que a su vez ayudan a tener una mejor capacidad de convocatoria.

El primer mecanismo tiene que ver con la participación de personas discapacitadas. Así, se establece que “la Junta Nacional de Justicia brinda los ajustes razonables a el/la postulante con discapacidad” (art. 7). Además, se hace mención a la bonificación a la que tendría derecho de acuerdo con la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley n.º 29973 (art. 7).

Es más, en términos generales, se dispone que “la discapacidad física, sensorial, mental e intelectual no constituye impedimento, salvo que la persona esté imposibilitada para cumplir con dichas funciones” (art. 8).

El segundo mecanismo tiene que ver con la realidad multicultural de nuestro país, que ha sido tan poco considerada hasta ahora en este tipo de concursos. Este consiste en asignar una bonificación especial en el puntaje al manejo de idiomas nativos (como el quechua, aimara u otros), a quienes postulen a plazas donde predominen dichos idiomas (artículo 57 de la LOJNJ).

2. *Para una Mayor Capacidad de Convocatoria y Participación*

Mayor Difusión de cada Convocatoria. Es clave que todas las convocatorias o concursos —y en general actuaciones— de la JNJ tengan una intensa difusión en todo el país y, específicamente, en las zonas en las que actuarán los jueces y fiscales que serán nombrados. Es una manera de evitar la discriminación, fomentar la participación y expandir el universo del que se puede escoger a los mejores.

Es por eso que nos parece absolutamente insuficiente que en este Reglamento se disponga que la convocatoria y las bases de cada concurso deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Magistratura (BOM), que regula la publicación electrónica de todo lo de la JNJ en su página web, además de una sola vez en el diario oficial *El Peruano* y en otro de mayor circulación (art. 3).

Entendemos que en la base hay un problema de escasez de recursos económicos y de personal, pero es clave compensar estas limitaciones a través de, por ejemplo, convenios con universidades, medios de comunicación, otras entidades del Estado y la sociedad civil.

Restricciones a Revisar. Se podría decir que las declaraciones juradas y constancias que se exigen son indispensables como filtros de calidad (artículos 4 y 6, entre otros). Sin embargo, hay algunas incompatibilidades que hay que revisar porque pueden perjudicar la participación de postulantes sin razón de ser. Concretamente, nos referimos a las incompatibilidades por parentesco, especialmente a la que se establece por el parentesco —hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho— entre jueces de la Corte Suprema, los jueces superiores y jueces de los distritos judiciales de la República (art. 42). Basta con que un posible candidato a la Corte Suprema tenga un pariente en el Poder Judicial, en cualquier distrito, para que ya no pueda postular.

Igual es comprensible que no se permita la acumulación de servicios prestados como juez y como fiscal (Art. 9, b), ya que son funciones totalmente distintas. Sin embargo, es una limitación muy discutible que, para cumplir con el tiempo requerido como requisito, no se puedan sumar los periodos de provisionalidad o supernumerario en el mismo nivel al que postula (Art. 9, b). Esto último es, más bien, una ventaja, porque quiere decir que ha estado desempeñándose en el nivel en el que se quiere alcanzar la titularidad.

Subsanaciones y Reconsideraciones. Bien para participación de postulantes que se contemple en varias circunstancias la posibilidad de subsanación o de interponer reconsideración.

Muchas veces, para no recargar los trámites del concurso, se recorta mucho este tipo de recursos. De esa manera, quedan fuera buenos postulantes por cuestiones formales nimias. Acá se permite la subsanación en cuanto a la documentación para la inscripción (art. 10) y la reconsideración si inicialmente es declarado no apto (art. 12) frente a, por ejemplo, una tacha.

Facultad de Revisión en Cualquier Momento. Es positivo que existan distintos dispositivos que permitan a la JNJ revisar las irregularidades que pueda haber frente a un postulante, sin importar lo avanzado que esté el concurso. Se aplica así el principio de realidad por encima de la formalidad y se asegura el máximo filtro para garantizar calidad. Se menciona que “de determinarse que el/la postulante no reúne alguno de los requisitos previstos, es excluido(a) del concurso por el Pleno de la Junta, previo informe de la Comisión” (art. 13 del Reglamento de Concursos para la selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales-Ascenso). En ese caso, está bien que el postulante excluido, conforme a lo señalado, pueda solicitar reconsideración.

Uno de esos dispositivos señala que “la declaración de un/una postulante como apto(a) no limita la facultad de la Junta de constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos para postular, en el momento que fuere pertinente” (art. 13).

Este criterio se reitera más adelante, de manera más contundente e íntegra, bajo el título explícito de “Exclusión de postulante”. De ello se menciona lo siguiente:

El postulante que altere su identidad personal, presente documentos o declaraciones total o parcialmente falsas, o realice actos irregulares que contravengan o afecten la legalidad o igualdad del concurso, o presente investigación jurídica en la que se detecte copia total o parcial sin citar a la fuente, es inmediatamente excluido del concurso, poniéndose en conocimiento los hechos al Ministerio Público para los fines de ley, a través de la Procuraduría de la JNJ. La exclusión se produce, también, por omitir u ocultar información relevante que el postulante debió poner en conocimiento de la JNJ y que determine su falta de probidad o idoneidad para su nombramiento. Se considera de especial relevancia la información sobre su conducta ética, resoluciones de no ratificación, sanciones disciplinarias, investigaciones disciplinarias por faltas graves o muy graves, propuestas de suspensión o destitución, investigaciones o procesos penales en trámite, sentencias condenatorias, de reserva del fallo condenatorio, aplicación de principio de oportunidad o acuerdos reparatorios, procesos y sentencias por violencia familiar y omisión a la asistencia familiar (art. 73).

Es más, se contempla la posibilidad de la nulidad en caso de que se encuentre información de este tipo, ya habiéndose producido el nombramiento. En ese sentido, el artículo 73 señala:

La exclusión de un/una postulante puede ser realizada hasta antes de emitirse la resolución de nombramiento. En caso ésta ya se hubiese emitido, el Pleno de la Junta da inicio al proceso de declaración de nulidad del nombramiento y, en su caso, ejerce la acción de nulidad de resolución ante el Poder Judicial [...]

Aunque no se haya explicitado, esto permite que en todo momento la ciudadanía pueda alcanzar información en contra de un postulante, y que la JNJ se vea obligada a considerarla. Distinto sería si se siguiera el principio de la preclusión, bajo el cual, a partir de un determinado momento, no valen cuestionamientos contra los candidatos. En este punto, este reglamento ha ido mucho más allá de lo previsto en la LOJNJ y otros reglamentos.

Sobre las Tachas. Nos remitimos a lo señalado al respecto en la LOJNJ, especialmente a las diferencias que se hace entre tacha (requisitos) y denuncia (idoneidad). Es en este reglamento,

precisamente, en el que una serie de dispositivos expresan que la idoneidad moral y personal tiene tanta o más importancia que la profesional. Basta leer la última norma citada (art. 73), o la definición que se hace de mérito, que es la siguiente: “el acceso a los cargos previstos se fundamenta en la aptitud, conocimientos, idoneidad moral, capacidad y desempeño idóneo en el ejercicio de las funciones” (art. III de la LOJNJ).

Sobre Etapas del Concurso. Desde el punto de vista del modelo democrático consagrado constitucionalmente para la CE y la JNJ (lo que supone los principios que se han consignado en la ley orgánica, y reiterado en los diversos reglamentos analizados, especialmente si se encuentran vinculados a la participación ciudadana en sus diferentes niveles), se plantea los siguientes cuestionamientos —y por tanto cambios— en relación con el concurso previsto en este reglamento.

Está pendiente evaluar aspectos de fondo a la luz de la experiencia del Perú y de otros países:

- El sistema de elección de un organismo como la JNJ.
- Tener concursos públicos diferenciados para jueces y para fiscales en cada ámbito, según la categoría. No es lo mismo seleccionar a un fiscal provincial que a uno supremo (que lo más probable es que llegará a ser Fiscal de la Nación).
- En todas las etapas debe existir la posibilidad de reconsideración. Por consideración al postulante, pero sobre todo para que la ciudadanía pueda ver y fiscalizar el buen proceder de la JNJ.

Es cierto que hace más largos y complicados los concursos, pero ganan en legitimidad, se permite mayor rigurosidad por parte de la JNJ, y así se logra calidad en la selección.

Más aun, considerando algunos precedentes. Por ejemplo, en el caso del exfiscal Avelino Guillén, producto de la presión ciudadana, hace varios años se hizo una revisión de las pruebas de conocimientos que había brindado para ser fiscal supremo y se encontraron irregularidades evidentes. En relación con el primer examen que tomó la CE durante la primera convocatoria para elegir a la JNJ, se encontró que varias preguntas podían ser respondidas de distinta manera.

En el último concurso para miembros del TC, no precedía el recurso de reconsideración en varias etapas, pero la CE se vio obligada a concederlos.

- No tiene sentido que un concurso público se base en cuatro etapas, y que en tres de ellas no exista la posibilidad de hacer cuestionamientos con consecuencias prácticas (evaluación de conocimientos, estudio de caso y entrevista personal), y que solo en una de ellas (evaluación curricular) se permita la reconsideración (la misma que, por lo menos en el concurso para la JNJ, trajo cambios significativos). Y esta última etapa, donde procede la reconsideración, es la que menor peso tiene (25 %).

Indudablemente, siempre habrá una parte subjetiva, pero esta tiene que ser mínima y no puede estar basada en errores. ¿De qué sirve exigir que se sustente la calificación de las entrevistas personales si la nota ya no puede variarse en ningún caso?

Para cerrar un poco las posibilidades, pueden pensarse requisitos en cada caso, encaminados a poder descartar de plano las consideraciones subjetivas o sin sustento.

- Es fundamental que exista esta posibilidad de presentar reconsideración, especialmente cuando el Pleno de la JNJ decida variar el orden de mérito llevado por la CE a cargo del concurso, tal como está facultada a hacer, de acuerdo con el artículo 66, que menciona que:

en caso de que el Pleno encuentre razones objetivas para no nombrar a un/una postulante siguiendo el orden del cuadro de méritos, se deja constancia de su decisión en el acta respectiva, debiendo fundamentar las razones de su voto en pliego aparte, el que forma parte integrante del acto de no nombramiento.

En este caso, y frente a cualquier tipo de alteración, debe existir la posibilidad de reconsideración o de algún recurso de impugnación.

Si la JNJ considera que hay razones para la exclusión o alteración, pero que son de carácter reservado, dependerá del postulante que estas se hagan públicas, así como los descargos.

- Ninguna etapa debe ser cancelatoria, sino que cada una debe generar una nota, Al final se deben promediar. Así, si bien podría haber una nota mínima, esta debería ser realmente mínima (como superar los 50 puntos; es decir, aprobar), y no convertirse en un filtro muchas veces insalvable para muchos. Lo principal debe ser el promedio de diferentes instrumentos de medición.
- Así, no tiene sentido que una prueba de conocimientos (en la que puede que no se haya logrado la nota mínima por diversas razones, no solo por incapacidad) impida que se haga la evaluación curricular, que debería ser la determinante en el curso. Tampoco tiene sentido que un estudio de caso, o una entrevista personal, puedan eliminar a quienes les fue muy bien en la evaluación de conocimientos.
- Sobre los pesos, podemos decir que la etapa más subjetiva, como es la entrevista personal, no debería tener el mayor peso (30 %), y la etapa más objetiva (la trayectoria profesional) no debería tener el menor peso (20 %). Tampoco es lógico que la prueba de conocimientos y el caso valgan en conjunto un 50 %, frente al 20 % de la evaluación curricular (que es casi el triple).
- Insistimos en que la evaluación curricular debe tener el mayor peso, porque es allí donde se puede apreciar objetivamente la trayectoria profesional, la experiencia y los logros. Lo que pasa es que debe hacerse una mejor evaluación curricular de manera cualitativa, guiada por la función que se pasará a desempeñar (juez y fiscal, con funciones ligadas a la administración de justicia). Si se quiere hacer realmente una evaluación de la formación académica, la experiencia y trayectoria profesional, y la experiencia en investigación jurídica, se debe realizar una labor compleja y sofisticada (como indica el art. 32).

El tema excede a las posibilidades de este ensayo, pero solo mencionaré algunos elementos a modo de ejemplo.

- Si se postula desde dentro de la carrera (judicial o fiscal), o habiendo sido magistrado sin pertenecer a la carrera (supernumerario, por ejemplo), el desempeño en este ámbito —en todos los niveles— debe ser central. Si se postula como abogado de un estudio, del sector público, de una ONG o una entidad internacional, igualmente es clave el desempeño en términos de calidad. De igual manera, si es como profesor o investigador, la evaluación curricular debe tener sus propios criterios.
- Debe, en todo momento, combinarse los criterios cuantitativos o automáticos con los cualitativos. Contrario a lo que se suele creer, muchas veces la aplicación automática a un supuesto genera distorsiones e impide la supervisión ciudadana de una buena evaluación.

Por ejemplo, la aplicación de un determinado porcentaje en función de si ha obtenido o culminado un doctorado o una maestría es un claro ejemplo de ello.

Diferenciar universidades a la hora de evaluar títulos y grados, lejos de ser un acto de discriminación, es una manifestación de una actuación basada en la meritocracia y transparencia, sujeta a fiscalización ciudadana.

Considerar a todas las universidades va contra estos principios y perjudica la calidad de la selección. Es cuestión de encontrar criterios objetivos para hacer este tipo de diferenciación, tan necesario en países como en el nuestro, que cuenta con una gran cantidad de universidades que otorga (¿vende?) todo tipo de títulos (diversos tipos de licenciaturas nacionales, en otros países e internacionales, antigüedad, convenios, entre otros).

- Investigaciones y publicaciones indexadas o arbitradas no pueden tener el mismo peso cuando se evalúa a un profesor o un investigador, que cuando se procede frente a un fiscal, juez, abogado asesor o litigante. En estos casos se debe permitir también todo tipo de artículos, sistematizaciones y comentarios, cuya calidad y, sobre todo, utilidad las evalúe una comisión especial de la JNJ.
- Es un gran desafío mejorar los concursos y, a la vez, lograr la celeridad. Se reconoce que la JNJ ha cumplido muy bien con la destitución de algunos jueces y fiscales supremos, pero que, a la vez, han tardado demasiado tanto para la resolución final como cautelar.
- No se entiende por qué se han limitado las posibilidades de capacitación. A partir de la LOJNJ, se ha dispuesto de manera taxativa qué entidades pueden ofrecer capacitaciones que generen puntaje para los concursos de la JNJ. Así, se han dejado de lado las capacitaciones que proporcionaban las instituciones de la sociedad civil, muchas de las cuales tenían un altísimo nivel.

En términos generales, no se contempla la colaboración o participación de instituciones de la sociedad civil como las ONG, y menos si se trata de instituciones nacionales. Esto es una tendencia en contra de lo que sucede en las organizaciones internacionales a nivel de la ONU u OEA, donde siempre hay una vía o un ámbito de participación para la sociedad civil, lo que colabora con la legitimidad en términos de transparencia y participación.

Es absurdo que esta restricción se haga justo ahora cuando se han abierto muchas posibilidades de formación de manera virtual provenientes de diferentes países. Indudablemente, tendría que haber una comisión que verifique la calidad.

Transparencia para la Participación. Es positivo que la JNJ pueda recurrir al apoyo de terceros (por ejemplo, para la elaboración o corrección de pruebas o casos), sea a la Academia de la Magistratura, universidades licenciadas, instituciones internacionales, profesores o expertos.

Pero, posteriormente, debe ser de conocimiento público a qué criterios respondió la selección y quiénes fueron las instituciones y personas que participaron.

Asesorías y veedores externos: debe contemplarse y llevarse a la práctica que en los diversos concursos se contrate asesorías concretas. Por ejemplo, para la elaboración de protocolos para las entrevistas.

Y también existe la posibilidad de aceptar veedores nacionales e internacionales, a los que se les dé todas las facilidades del caso para que tengan una apreciación muy rigurosa del concurso, y puedan ir sacando informes con recomendaciones en ningún caso vinculantes pero que pueden colaborar con la legitimidad del concurso.

VIII. Reglamento de Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia. Resolución n.º 008-2020-JNJ, de fecha 22 de Enero de 2020

El reglamento es muy claro al señalar su finalidad: “investigar las faltas disciplinarias, establecer las responsabilidades que deriven de las mismas y aplicar las sanciones previstas en la norma, a los/las jueces/juezas y fiscales [...]”, y demás funcionarios que son objeto de las competencias de la JNJ.

Marca muy bien, además, las diferencias entre el procedimiento administrativo y el penal, pero explicitando que son vías que no se excluyen. Sobre ello, menciona que “el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal tienen distinta naturaleza y origen, por lo tanto, se podrá iniciar procedimiento administrativo disciplinario aun cuando exista investigación fiscal o judicial contra el investigado” (art. 2).

Lo anterior es muy importante, porque había quien sostenía que cuando había indicios de un delito ya no podía actuar la JNJ⁴.

1. Principios Válidos y Omisiones

Al igual que los otros reglamentos, desde el inicio marcan los principios que regirán la actuación de la JNJ en el ámbito materia de la regulación, en este caso, los procesos disciplinarios marcan los suyos. Estos son: (a) principio de supremacía constitucional, (b) legalidad, (c) debido procedimiento, (d) razonabilidad, (e) tipicidad, (f) irretroactividad, (g) concurso de infracciones, (h) causalidad, (i) presunción de licitud, y (j) culpabilidad.

Era necesario que se expresaran este tipo de principios, puesto que la función de la JNJ que se regula es de naturaleza muy distinta a las otras. Es completamente distinto nombrar a jueces y fiscales, o que la CE nombre a los miembros de la JNJ, que la sanción de los operadores de justicia por la JNJ. Siempre la facultad disciplinaria tiene principios y reglas específicos.

Pero lo criticable es que no se haya incluido en la lista los otros principios y características del modelo democrático que, como hemos explicado, se consagran en la Constitución y la LOPJ para todo lo relacionado con la JNJ y la CE.

Nos referimos, justamente, a principios esenciales del nuevo modelo que se ha buscado en el reemplazo del CNM por la JNJ: la publicidad, la transparencia, la participación ciudadana, la igualdad de trato y no discriminación, el enfoque de género, entre otros.

Casi todos los principios consisten en garantías a favor del investigado y posible sancionado, lo que se complementa con una serie de dispositivos sobre el ejercicio del derecho de defensa (art. 2).

Así, por ejemplo, se define el de razonabilidad como:

[L]as decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los/las administrados(as), deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (Reglamento de Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia, art. 1, d)

4 “La Junta Nacional de Justicia no es competente para conocer denuncias de ilícitos penales, ni las infracciones constitucionales” (Reglamento de Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia, Competencia).

Ello no está mal, pero también debería tomarse en cuenta que es igual de importante considerar que las faltas que están de por medio son de gran relevancia y muy especiales, porque son faltas en las que habrían incurrido jueces y fiscales, cuya función —la administración de justicia o el acceso a ella— es parte de los derechos humanos de todas las personas.

De ahí la importancia de que todos los ciudadanos a quienes compete el buen funcionamiento de la justicia tengan un papel fundamental cuando se denuncia, acusa, procesa, sanciona o absuelve a un juez o fiscal.

Es indispensable lograr un equilibrio entre los derechos y garantías del investigado, y el papel que también en los procesos disciplinarios debe desempeñar la ciudadanía, para garantizar el correcto proceder de la JNJ. Este es un equilibrio que no solo no se ha logrado, sino que no se ha buscado en este reglamento.

2. *La Reserva como Regla*

Lo primero a criticar es que la reserva sea prácticamente la regla.

Así, bajo el título de reserva del proceso, se establece que: (1) “[e]l contenido de la denuncia”, (2) la “investigación preliminar” y (3) “el procedimiento disciplinario en trámite”, “tienen carácter reservado, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública” (art. 4)

Indudablemente, la referencia a la Ley de Transparencia es una especie de *saludo a la bandera*, ya que, tal como se ha dicho, toda la información sobre sistema y administración de justicia se debe regir por normas especiales en este ámbito, ya que se trata de un ámbito vinculado a una función pública inigualable: la justicia.

Veamos algunas de las faltas graves y muy graves por las que pueden ser investigados y sancionados los jueces y fiscales por la JNJ.

Son faltas graves: abandonar las tareas del cargo judicial; causar grave perjuicio en incidencias y diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales; admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales; no guardar la discreción frente a asuntos que requieran reserva; incurrir en conducta y trato manifiestamente discriminatorios; desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la corte; ocultar a las partes documentos o información de naturaleza pública; incumplir el deber de dedicarse exclusivamente a la labor jurisdiccional; abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado; acumular indebida o inmotivadamente causas judiciales; adoptar medidas disímiles, sin la debida motivación, respecto de partes procesales que se encuentran en la misma situación o condición jurídica (ejemplos resumidos y tomados de todas faltas previstas en el art. 47 de la Ley de Carrera Judicial).

Son faltas muy graves: desempeñar simultáneamente a la función jurisdiccional empleos o cargos públicos remunerados, o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados; ejercer la defensa o asesoría legal, pública o privada, salvo en los casos exceptuados; actuar en un proceso o procedimiento a sabiendas de estar legalmente impedido; permitir la interferencia de cualquier organismo, institución o persona; ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función, o abstenerse de informar una causal sobrevenida; no justificar dentro del plazo de ley los signos exteriores de riqueza; interferir en el criterio de los jueces de grado; cometer actos de acoso sexual debidamente comprobados; establecer relaciones extraprocesales con las partes o terceros, que afecten su imparcialidad e

independencia; incurrir en acto u omisión que, sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previstos en la ley; no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales; incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución (ejemplos resumidos y tomados del art. 47 de la Ley de Carrera Judicial).

No hay ninguna razón para que este tipo de faltas deban ser denunciadas, investigadas y procesadas en reserva. Al revés, la transparencia permitirá que la ciudadanía aporte (información, pruebas, ente otras) y fiscalice la actuación de las partes, como debe ser. Más aun cuando, de los diversos tipos de procedimientos contemplados, la comisión de la falta es casi un hecho.

Así, el “Procedimiento Disciplinario Inmediato” procede “en los casos que exista evidencia suficiente de una conducta notoriamente irregular o se haya cometido una falta disciplinaria con carácter flagrante” (art. 31, b). El procedimiento abreviado corresponde a solicitud de la autoridad disciplinaria del PJ o el MP, que creen que existe una falta que merece una destitución (art. 31, b).

Lo único que es público es la resolución definitiva de la JNJ, tanto frente al caso como a la resolución definitiva de la solicitud de una suspensión preventiva como medida cautelar, lo cual no podía ser de otra forma.

3. Informe Oral Reservado

El reglamento prevé diversos informes legales que puede solicitar el denunciado y los denunciantes, por ejemplo: “Cuando el Pleno deba emitir pronunciamiento final en el procedimiento disciplinario” (artículo 5 de Reglamento), o resolver el recurso de reconsideración al respecto.

Se asume que, por lo menos a nivel de reglamento, la voluntad es que estos informes sean reservados, puesto que en ningún momento se establece que son públicos ni se consigna reglas al respecto.

Incluso, no se establece que la vista de la causa previa a la decisión tenga carácter público: “El Pleno de la Junta Nacional de Justicia emite su decisión final dentro de los diez (10) días siguientes a la vista de la causa [...]” (art. 63).

Por el mismo tipo de razones ya señaladas, no tiene sentido, y atenta contra la interpretación que cabe hacer frente a lo dispuesto en la Constitución.

Al respecto, cabe decir que en esto hay un retroceso frente a lo que sucede en ámbitos como el penal, constitucional y otros en los que las audiencias públicas son en principio públicas.

4. Limitada Legitimación para Interponer una Denuncia

Es positivo que quien pueda interponer una denuncia ante la JNJ pueda ser una persona natural o una persona jurídica, aspecto que antes se cuestionaba mucho (art. 35).

Pero no se entiende que esta facultad solo la tengan —en principio— quienes puedan invocar “la comisión de una falta disciplinaria que haya afectado directamente sus derechos”. Se contempla que “Excepcionalmente se podrán recibir, para su evaluación, denuncias sustentadas en la defensa de intereses difusos u otros donde se aluda a hechos que afectan a terceros que por razones de vulnerabilidad no puedan presentarlas directamente”. Disponiéndose que “[e]stos casos serán tomados como noticias disciplinarias que podrían ameritar actuaciones de oficio, si los hechos formulados y evidencia adjunta lo justifican” (artículo 35, Reglamento de

Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia).

Indudablemente, es una restricción al máximo respecto al derecho que debe de tener cualquier persona que toma conocimiento de una falta cometida por cualquier fiscal o juez, sin importar si afecta sus derechos, si son intereses difusos o si responde al hecho de que las personas afectadas no puedan actuar.

Debe permitirse que el inicio de una investigación preliminar sea de oficio o por denuncia de parte y sin restricción alguna. Asimismo, la junta deberá resolver mediante voto público y sustentado si corresponde el archivo o la continuación, permitiendo el recurso de reconsideración. Lo otro (que no se permita) es un desconocimiento del derecho a la participación ciudadana.

5. *Derecho de Defensa*

Es correcto respetar todas las garantías del debido procedimiento, especialmente el derecho de defensa. Esto es parte de la participación de los afectados por los procedimientos de la JNJ.

Ya se ha visto que la mayoría de los principios consignados son garantías en esta dirección. Existe, además, un artículo expreso y amplio que menciona:

En ejercicio del derecho de defensa, la persona investigada tiene la garantía de exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, nombrar abogado(a) defensor de su elección, solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda, contradecir, impugnar de acuerdo a ley y al presente reglamento, entre otras garantías inherentes al debido procedimiento. (art 2)

6. *Instructor*

Sin embargo, hay una garantía que consideramos excesiva y que no se justifica en un procedimiento administrativo que involucra a un órgano como la JNJ (organismo constitucional autónomo elegido por una CE integrada por autoridades de la máxima jerarquía).

Nos referimos al dispositivo que estipula que el integrante (de la JNJ) instructor a cargo de la investigación del caso debe de elegirse de manera aleatoria y que, por investigar, ya no participe en la investigación (art. 11, c). Esto siguiendo el esquema penal de separación de funciones entre el que investiga y resuelve.

A pesar de que, en lo penal, esto está previsto a nivel constitucional, no es así en la parte relacionada con la JNJ. No tiene sentido que se excluya de la decisión a quien más conoce el caso y que la elección no responda a criterios, por ejemplo, de especialidad.

Por el contrario, hay un dispositivo que se opone al derecho de defensa. Nos referimos a la norma que dispone lo siguiente: “En caso el denunciante lo requiera, se garantizará la absoluta reserva de la información relativa a su identidad”. Parte del derecho de defensa es conocer la identidad del que acusa. Aun en la colaboración eficaz la reserva termina cuando concluye el proceso.

7. *Motivación Pública de las Resoluciones*

A lo único que no se le otorga carácter reservado, como no podía ser de otra manera, es a las resoluciones que se expide al final de los procedimientos (que son “Las decisiones que adopta la Junta Nacional de Justicia se expresan en resoluciones debidamente motivadas, justificadas y argumentadas, con mención expresa de los fundamentos de hecho y derecho que las sustentan” (artículo 6 del Reglamento)), o que resuelven medidas cautelares.

IX. Relación JNJ y Ciudadanía

Como se ha dicho al comienzo, la participación ciudadana frente a la JNJ tiene que ver con la relación que se ha establecido entre la ciudadanía y este organismo constitucional.

¿Cuál es la imagen que la JNJ proyecta en población? ¿La gente la reconoce como un actor importante que colabora con mejorar la justicia, la institucionalidad y la democracia en general?

¿Cuánto conoce de lo que es, de sus integrantes y de lo que ha hecho? ¿Tiene un buen balance de lo que está haciendo? ¿Conoce las formas en que puede participar?

Para analizar este nivel, es indudable que se requeriría contar con instrumentos como encuestas, *focus groups*, entrevistas a profundidad, revisión de medios y redes, cifras y registros de la JNJ, entre otros.

Sin embargo, por el seguimiento que hago del tema, de los medios y redes, y contactos con muy diversos sectores del país, me atrevería a decir que, pese al balance positivo que tengo de la actuación de la JNJ, creo que a este nivel está una de sus principales falencias.

Simplemente, la JNJ no se ha posicionado frente a la ciudadanía y, por tanto, no ha establecido una relación con ella. Creo que no lo ha logrado porque no lo ha intentado. No ha estado en sus planes, concepciones y objetivos.

Ello es un error, porque al ser una institución tan poderosa y tan importante podría intentar convertirse en un actor fundamental del sistema de justicia y de la institucionalidad democrática en general.

Y cuenta con las atribuciones para hacerlo. Algunas que podrían ser utilizadas son (artículo 2 de la LOJNJ):

- Crear comisiones especiales de comunicaciones, con participación ciudadana, entre otras.
- Aprovechar la atribución de la iniciativa legislativa para introducir mejoras en la JNJ y en general en la JNJ.
- “Elaborar y actualizar el perfil de los jueces y fiscales de todos los niveles y especialidades, en coordinación con el Poder Judicial, el Ministerio Público” (artículo 2.n).
- Recoger la opinión de diferentes instituciones de todo el país.
- “Aprobar la posición institucional respecto de algún asunto trascendente para los fines de la Junta Nacional de Justicia o cuando el Congreso solicita una opinión institucional sobre un proyecto de ley” (Artículo 10 del Reglamento del Pleno de la JNJ). Solo esta atribución permitiría tener una presencia pública en el debate nacional público sobre justicia.
- Aprobar el informe anual al Congreso de la República. Aprovechar para campaña mediática.
- Aprobar trimestralmente un informe de gestión para ser remitido al Congreso de la República.
- Creo que hay una autolimitación que habría que modificar, sobre que la misma JNJ haya establecido que el presidente ejerce la representación oficial de la JNJ y es el funcionario autorizado para efectuar declaraciones públicas sobre cualquiera de las materias de competencia de la institución, salvo delegación expresa. Es muy importante que todos los miembros de la JNJ tengan rostro y voz para la ciudadanía.

X. Conclusiones

1. Debe entenderse la participación ciudadana como una garantía esencial que forma parte de un “modelo democrático”, que se ha diseñado en relación con la JNJ y la CE. El mismo que ha sido constitucionalizado y en el que se enmarca la LOJNJ y los diversos reglamentos, en mayor o menor medida.
2. Son varios los niveles de participación ciudadana, puesto que hay muchos involucrados: la CE, la JNJ y sus integrantes, los que participan de sus convocatorias, los que podrían participar y no lo hacen por diversas razones, los sectores que desde afuera fiscalizan, entre otros.
3. Para ver qué tan participativo es un sistema como el de la JNJ y la CE, no basta restringirse a ver si contienen los clásicos mecanismos de participación, sino que es fundamental analizar los procedimientos y acciones en general: características de los concursos, quiénes y cómo se toman las decisiones, posibilidades de plantear reconsideraciones, entre otros.
4. También es fundamental tener un balance sobre si los concursos de la CE y la JNJ están logrando atraer a un número significativo de buenos postulantes.
5. En las normas analizadas, se aprecia que siempre han intentado enmarcarse en el modelo previsto en la Constitución, aunque en todos se ha encontrado puntos a favor, en contra y tensiones. Sin embargo, es importante considerar que estas tensiones deben resolverse a la luz de la Constitución, en la que prima claramente un modelo democrático.
6. El reglamento que, por lo menos a nivel normativo, no encaja en un esquema democrático de participación ciudadana, es el referente a los procesos disciplinarios. Si bien debe preservarse totalmente las garantías del debido procedimiento, no se ha buscado un equilibrio con los derechos y libertades que dichos procedimientos generan en la ciudadanía al haber de por medio faltas graves relacionadas con la administración de justicia.
7. La falta de posicionamiento de la JNJ frene a la población, si bien solo se ha enunciado y no se ha investigado como corresponde, puede plantearse como una tarea, por lo menos, importante para hurgar.
8. Si bien el balance del marco legal relacionado con la JNJ y la CE es positivo en cuanto al aspecto de la participación ciudadana dentro de un modelo democrático, dicho balance dependerá en los hechos del tipo de interpretación que se asuma y, a pesar de todo, se puede mejorar cualitativamente si se está dispuesto a revisar todo, comenzando por la fórmula misma de elección de los miembros de la JNJ o el tipo de concurso establecido en cada caso, en la línea planteada en el texto.
9. Un aporte muy importante de la JNJ sería tener la voluntad de revisar absolutamente todo a raíz de la experiencia peruana y comparada: desde el sistema de elección hasta la posibilidad de diversificar concursos, según la categoría.
10. Reiteramos que queda pendiente el análisis sistemático de los cerca de 3 años de la aplicación del marco normativo de la JNJ, a partir de data empírica.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas*. Washington D.C: CIDH.
- Constitución política del Perú. (Reformada mediante Ley N° 30904, de fecha 9 de enero de 2019)
- De la Jara, E. (2021). Recomendaciones sobre modificaciones para introducir en la ley orgánica sobre la junta nacional de justicia y comisión especial (LEY N° 30916). En: Lovatón, D. (coordinador). *Junta Nacional de Justicia (JNJ): nueva oportunidad para la justicia en el Perú* (pp. 241-272). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ).
- Justicia Viva. (2019a). Recomendaciones para el proceso de elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia y su funcionamiento. 15 de marzo de 2019.
- Justicia Viva. (2019b). Posición y recomendaciones del IDL – Instituto de Defensa Legal sobre el reglamento interno de la Comisión Especial. 22 de abril de 2019.
- Ley orgánica de la Junta Nacional de Justicia. Ley n.º 30916, de fecha 18 de febrero de 2019.
- Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales – Ascenso. Resolución N° 140-2021-JNJ, Lima, 26 de febrero del 2021.
- Reglamento de Concursos para selección y nombramiento de jueces y fiscales - Acceso Abierto. Resolución N° 047-2021-JNJ Lima, 28 de enero de 2021.
- Reglamento Interno de la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia. Resolución N° 002-2019-CE, publicado en El Peruano el 12 de abril de 2019.
- Reglamento del Pleno de la Junta Nacional de Justicia. Resolución N° 005-2020-JNJ de fecha 10 de enero de 2020.
- Reglamento de Procedimientos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia. Resolución N° 008-2020-JNJ, de fecha 22 de enero de 2020).
- Villadiego Burbano, C. (2016). La multitemática y diversa reforma a la justicia en América Latina. En: Niño Guarnizo, C. (coordinadora). *La reforma a la justicia en américa latina: las lecciones aprendidas* (pp. 17-46). Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung.

ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IDONEIDAD MORAL EN EL PERFIL DE LOS MIEMBROS DE LA JNJ¹

Fernando Del Mastro Puccio²
Cindy Quispe Valencia³

I. Introducción

En julio de 2018, gracias a una investigación periodística que accedió a conversaciones telefónicas registradas por un grupo policial que investigaba bandas dedicadas a la extorsión y al narcotráfico en el Callao, se puso al descubierto una red de corrupción, conformada por miembros de las más altas esferas del sistema de justicia. Ante la conmoción política y social, y como parte de un histórico proceso de reforma del sistema de justicia, el 9 de enero de 2019 se promulgó la Ley n.º 30904, Ley de Reforma Constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia⁴.

La crisis desatada por los CNM Audios tuvo en su centro la falta de idoneidad moral de sus integrantes, quienes, a pesar de tener el rol de garantes de la justicia, hacían uso del poder a cambio de favores y dádivas, y sin preocupación o remordimiento por las negativas consecuencias sociales de sus acciones.

La reforma constitucional sobre la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia (JNJ) apunala el perfil de los magistrados de esta institución indicando que estos requieren, entre otros requisitos, “Tener reconocida trayectoria profesional, solvencia e idoneidad moral” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 156, num. 6).

Sin embargo, como se evidencia en la presente investigación, existe un riesgo de ineficacia en la puesta en práctica de la actual regulación. Los límites y requisitos establecidos guardan coherencia con el fin de garantizar que los miembros de la JNJ sean moralmente idóneos para

1 Algunas ideas ya se han desarrollado en Del Mastro (2021a y 2022).

2 Director de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor asociado en la Facultad de Derecho de la PUCP, donde dirige el Área de Ética y Responsabilidad Profesional y coordina el curso de Derecho & Psicología. Su investigación se centra en la formación ética de estudiantes y profesionales del Derecho, desde una perspectiva psicoanalítica. Es magíster en Derecho por Duke University, como becario Fulbright, y también tiene un máster en Estudios Teóricos en Psicoanálisis por la PUCP. Actualmente, sigue el doctorado en Estudios Interdisciplinarios en Psicoanálisis, en la PUCP, con una investigación que busca comprender el modo en que estudiantes de derecho, a través de sus relatos, dan sentido a las situaciones de abuso y vulneración que viven con sus docentes.

3 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta con una maestría en Políticas Públicas en la especialidad de Gestión y Asuntos Públicos del Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po Paris. Además, cuenta con más de siete años de experiencia en entidades públicas. Ha tenido la oportunidad de trabajar en la reforma de educación superior universitaria desde la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria y en la reforma del sistema de justicia desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Actualmente, se desempeña como consultora independiente y conferencista en temas de acceso a la información pública, ética y responsabilidad profesional de abogados.

4 Cabe precisar que esta ley fue aprobada el 4 de octubre de 2018 por el Congreso de la República y fue ratificada mediante referéndum el 9 de diciembre de 2018.

ocupar el cargo; sin embargo, si el enfoque de la evaluación utiliza primordialmente el criterio de descarte —no haber sido sancionado por delitos o faltas administrativas— se incurriría en el error de considerar que todos aquellos que no han recibido sanciones de ningún tipo cuentan, en efecto, con la idoneidad moral que se espera de un miembro de la JNJ.

En este trabajo, sostenemos que la regulación actual permite comprender a la idoneidad moral desde un criterio de correspondencia, bajo el cual se busca identificar a los candidatos que reúnen elementos de una moralidad necesaria para ejercer el cargo de miembro de la JNJ. Como desarrollaremos en este capítulo, proponemos dos elementos: (i) el compromiso con el paradigma del Estado constitucional de derecho (ECD), y (ii) la reflexividad moral en el ejercicio profesional. En ambos casos, resaltamos también la importancia del reconocimiento y seguimiento de los valores y deberes propios de la ética profesional.

Estos elementos han sido elegidos considerando que reúnen ciertas características. En primer lugar, son elementos que se sostienen en teorías bastante desarrolladas y validadas, lo cual es necesario en un contexto de evaluación. En segundo lugar, son elementos que pueden ser evaluados con rigor, de modo que se motiven debidamente las decisiones a tomar a la luz de su evaluación. Aun cuando en esta investigación no nos ocupamos de los instrumentos y modos en que podrían ser evaluados, nuestra elección y descripción de los mismos ha tenido muy presente que se trata de elementos que pueden ser parte de un proceso de selección. Al final del capítulo, sin embargo, brindamos algunos alcances preliminares en torno a los instrumentos y al proceso de evaluación. En tercer lugar, son elementos enfocados en una moralidad propia del ejercicio profesional del derecho, lo que se justifica tanto por las exigencias constitucionales y legales como por el contexto de nuestra profesión, en el que se suele concebir a la abogacía como un oficio desligado de la moral.

Lo dicho no supone eliminar el criterio de descarte, que puede jugar un rol en parte del proceso de evaluación, pero sí sostener enfáticamente que se trata de un enfoque insuficiente y que su implementación requiere reflexionar sobre diversos aspectos, en los que no entramos en el presente trabajo. En la misma línea, no enfocamos otros ámbitos donde la moralidad puede ser evaluada, como el de las relaciones familiares o, en general, aquellos actos externos al ejercicio profesional. Si bien este ámbito puede ser tenido en cuenta, en esta ocasión nos centramos en el ámbito profesional.

En ese contexto, nuestro objetivo es proponer elementos indispensables para determinar la idoneidad moral en el perfil de los postulantes a miembros del JNJ, respondiendo a la pregunta ¿qué elementos se deben considerar en la determinación de la idoneidad moral en el perfil de los integrantes de la JNJ?

Para responder esta pregunta, seguiremos el siguiente esquema:

Tabla 1
Esquema

Acápites de la investigación	Descripción general
Centralidad de la idoneidad moral en la JNJ	Desde una mirada histórica, sostenemos que la idoneidad moral de quienes integren la JNJ es un requisito central en la concepción de dicha entidad que la distingue de modelos pasados. Estos fracasaron, justamente, por la falta de idoneidad moral. En ese sentido, se trata de un requisito que merece una centralidad en el proceso de evaluación y que no puede ser vaciado de contenido, ya que ello desvirtuaría a la JNJ y nos llevaría a un nuevo fracaso.
Idoneidad como correspondencia	Planteamos dos posibles aproximaciones a la idoneidad: como descarte o como correspondencia. A la luz de la regulación actual de la JNJ, pero también de otros ámbitos de nuestro sistema jurídico, sostenemos que el criterio que debe seguirse es el de correspondencia.
Elementos de la idoneidad moral: (I) Compromiso con el paradigma del (ECD)	<p>Sostenemos que quien integre la JNJ debe mostrar que (i) en sus argumentaciones y posiciones jurídicas (ya sea en el ámbito privado o público) opera con una concepción del derecho congruente con el paradigma del ECD, y (ii) en su rol como autoridad (ya sea en el ámbito privado o público) ha actuado a la luz de los principios constitucionales y valores del marco ético de la profesión, propios de un orden democrático, así como promovido mejoras en favor del respeto y la garantía de derechos</p> <p>Ello permitirá, por ejemplo, que resista la inercia del formalismo, que distinga los intereses en juego y priorice aquellos justificados desde una lógica constitucional, que garantice los derechos en los procesos y decisiones, que promueva que la JNJ tenga una cultura institucional sostenida en valores, entre otros.</p>
Elementos de la idoneidad moral: (II) Reflexividad moral en el ejercicio profesional	<p>Sostenemos que quien integre la JNJ debe mostrar que en su que-hacer profesional: (i) ha examinado sus concepciones de la abogacía y el derecho, (ii) reflexiona moralmente antes de tomar una decisión o actuar, (iii) muestra una mirada autocrítica respecto al propio modo de vivir la profesión y (iv) tiene un bajo uso de mecanismos de desconexión moral.</p> <p>La reflexividad moral de quien integra la JNJ le permitirá advertir la normalización de prácticas incorrectas, reconocer aquello que debe hacerse mejor, reconocer aquello que lo conflictúa y pensarlo con profundidad, así como evitar el autoengaño cuando justifica sus acciones.</p>
Consideraciones finales	Compartimos dos consideraciones finales. De un lado, acerca del poco foco que se da a la moral en la abogacía y la enseñanza del derecho, lo que puede llevar a una resistencia a dar centralidad al requisito de idoneidad moral. De otro lado, acerca de los instrumentos y el proceso de evaluación, a fin de mostrar ideas preliminares al respecto.

Fuente: Elaboración propia.

Desde nuestro punto de vista, garantizar la idoneidad moral en el perfil de los integrantes de la JNJ es el principal reto que tiene este nuevo modelo constitucional. Vaciar de contenido a este aspecto del perfil significaría no haber aprendido de los errores pasados al volver sobre el principal problema: la carencia de idoneidad moral de quienes integran los órganos encargados de elegir y sancionar a jueces y fiscales en nuestro país.

II. Centralidad de la Idoneidad Moral en la Idea de la JNJ

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) fue una institución incorporada por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1979 (en adelante, Constitución de 1979). Su creación se da luego de la experiencia vivida en el gobierno de Velasco Alvarado, quien creó una institución similar denominada Consejo Nacional de Justicia. Este consejo asumió, de forma momentánea, la labor de seleccionar magistrados (Zolezzi, 1995). La creación de este consejo implicó un cambio histórico, ya que la labor de selección de magistrados había sido encargada al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, por la Constitución Política de la República de 1933⁵.

La creación del CNM buscó responder a problemas en el funcionamiento del Poder Judicial. De este modo, puede apreciarse, en las discusiones de la Asamblea Constituyente 1978-1979 que existía descontento sobre la labor del Poder Judicial, el cual se reflejaba en denuncias hechas por sus propios integrantes sobre falta de honestidad y competencia de diversos magistrados, y afirmándose que este poder del Estado era indigno de confianza (Cornejo Chavez, 1979). Las denuncias, también, señalaban la existencia de presión ejercida por los magistrados de alta jerarquía hacia los jueces de menor jerarquía al momento de sentenciar, así como la lenidad al sancionar inconductas, debido al espíritu de cuerpo en el Poder Judicial.

El origen de estos problemas era atribuido a que la elección de magistrados recaía en el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, por lo que el procedimiento generaba una politización de la justicia (Delgado Barreto, 1981). Entendiéndose que el poder político elegía a los magistrados y luego, a través de sus decisiones, este cobraba el favor correspondiente (Cornejo Chávez, 1979). Se criticaba que quienes se encontraban a cargo de la elección de magistrados, elegían a quienes le convenían para preservar determinados intereses, en lugar de elegir a los mejores para administrar justicia. También, se identificaba como causante de las falencias del Poder Judicial la concentración de poder en manos de los magistrados de más alta jerarquía y que sea el mismo Poder Judicial el único facultado para sancionar las inconductas disciplinarias de sus miembros (Cornejo Chávez, 1979).

En ese contexto, la Constitución del 1979 establece un modelo en el cual una entidad autónoma a los poderes del Estado y conformada por miembros de otras instituciones relacionadas con la administración de justicia, tiene como función proponer a los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores. Sin embargo, el modelo de la Constitución de 1979

5 “Artículo 223.- Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales, a propuesta, en terna doble, de la respectiva Corte Suprema.

Artículo 224.- Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial” (Constitución de la Republica, 1933)

redujo, sin eliminar, la injerencia del poder político en la elección de magistrados, ya que el presidente de la República nombraba magistrados y el Senado ratificaba los nombramientos de la Corte Suprema (Constitución de 1979, art. 254).

El CNM de la Constitución de 1979 era presidido por el fiscal de la nación y contaba con dos representantes de la Corte Suprema, un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, un representante del Colegio de Abogados de Lima y dos representantes de las facultades de Derecho de la República (art. 246). La Constitución de 1979 no establece bajo qué criterios debía realizarse la proposición de los magistrados, tampoco establecía ningún requisito sobre el perfil de los miembros del CNM.

Catorce años después de la creación del CNM, la politización seguía siendo considerada como un problema para la correcta impartición de justicia en el país, como se constata en las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1992-1993. Mencionándose, por ejemplo, que el copamiento político había producido que el procedimiento de selección de jueces se llevase a cabo sin obedecer criterios lógicos, seleccionando magistrados públicamente cuestionados que fallan en calidad humana y formación moral⁶. Es evidente que el problema de fondo se mantiene: la carencia de idoneidad ética de los seleccionados. Sin embargo, se entiende que la solución al problema de la elección de jueces y fiscales probos se resuelve alejando completamente al poder político del procedimiento de elección, sin cuestionarse sobre qué conocimientos y cualidades deberían tener los magistrados que se encargan de elegir, ratificar y destituir a jueces y fiscales en el país.

En la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución de 1993) se concibe al CNM como una institución independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, dado que el nombramiento de magistrados se hace sin intervención de ninguno de estos poderes. El modelo estaba basado en la representación de sectores del Estado y de la sociedad civil, con el objetivo de evitar que el poder político influencie de forma indebida el nombramiento de magistrados (Presidencia de la República, 2018). Se confía en que los representantes de las instituciones del sistema de justicia y de la sociedad civil elijan miembros del CNM que privilegien los principios y valores del ECD sobre los intereses de ciertos grupos de poder político y económico.

En ese sentido, los integrantes eran elegidos por la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, por los rectores de las universidades nacionales, por los rectores de universidades públicas, por los Colegios de Abogados y los miembros de los demás colegios profesionales del país (Congreso del Perú, 1994, Ley n.º 26397, art. 17). Correspondía a cada una de estas instituciones, en votación secreta, escoger un miembro del CNM, a excepción de la última que elegía dos.

Una novedad en la Constitución de 1993 es que establece los requisitos que deben cumplir los integrantes del CNM. Estos eran ser: (i) peruanos de nacimiento, (ii) ciudadanos en ejercicio y (iii) mayores de 45 años. No se estableció, a nivel constitucional, ninguna exigencia relacionada con su trayectoria profesional o ética. Ello pese a que, como se mencionó en líneas anteriores, existían quejas sobre la inadecuada elección de jueces y fiscales por parte del CNM.

Si bien, como menciona Espinosa-Saldaña (2005), es comprensible que el acceso a un cargo de alta relevancia, como el de juez supremo o integrante del CNM, se consiga bajo el cumplimiento de ciertas condiciones; es preocupante la poca o nula utilidad de los requisitos que se establecieron en la Constitución de 1993.

6 Intervención de los congresistas Flores Nano y Florez Araoz, en el debate de la Asamblea.

Los modelos regulados por la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 se enfocaron en alejar al poder político para garantizar la independencia del Poder Judicial y confiaron la elección a altos funcionarios del sistema de justicia y la sociedad civil. Se modificaron las estructuras de las instituciones, sin concentrarse en los sujetos, descuidando la rigurosidad en la evaluación individual de cada integrante del CNM. No se consideró a la idoneidad moral como factor determinante que salvaguarda la independencia de los magistrados de intereses políticos y económicos particulares.

Diez años después de la Constitución de 1993 y del fin del periodo de la dictadura de Fujimori, el Congreso de la República aprobó la Ley n.º 28083, Ley que Crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus). Esta ley dio origen a la Ceriajus y estableció como objetivo formular el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia.

De manera acertada, la Ceriajus (2004) consideró a la falta de principios éticos y morales como un problema dentro del sistema de administración de justicia. En ese sentido, la comisión incluye en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia propuestas como: (i) la creación de “un acuerdo interinstitucional que facilite el seguimiento intra e interinstitucional del compromiso de las instituciones del Sistema de Justicia para aplicar reglas mínimas por parte de los operadores del sistema de justicia [...] orientado a [...] cimentar una cultura de probidad, transparencia, así como un servicio de calidad al usuario” (Ceriajus, 2004, p. 164), (ii) la implementación de una “[c]ampaña de difusión e internalización de valores” en las entidades que conforman el sistema de justicia (Ceriajus, 2004, p. 151) y (iii) la “[i]ncorporación de cursos de ética en las currícula de las facultades del derecho” (Ceriajus, 2004, p. 245), entre otras medidas (Ceriajus, 2004).

Cabe mencionar que el plan presentado por la Ceriajus (2004) identifica como problema a ser afrontado en el sistema de justicia a la:

[...] ausencia de un clima que promueva una cultura de probidad, derivado de una distorsión de valores por la promoción mediática de anti-valores, que generan condiciones para el desarrollo de prácticas de corrupción dentro de este sistema por parte de usuarios y operadores. (p. 164)

En relación con el CNM, es preciso destacar que dentro de las propuestas presentadas por la Ceriajus se incluyó un proyecto de reforma parcial de la Constitución, el cual proponía, entre otros aspectos, modificar el artículo relacionado con las exigencias para los miembros de la Corte Suprema y del CNM. La propuesta de modificación contemplaba los siguientes requisitos: “(i) ser peruano de nacimiento, (ii) ser ciudadano en ejercicio, (iii) ser mayor de 45 años, (iv) *acreditar una trayectoria democrática de respeto a los derechos fundamentales y una conducta profesional acorde con los principios éticos* [énfasis añadido]; y (v) haber sido juez titular del grado inmediatamente inferior durante 10 años o, alternativamente, haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante 15 años” (Ceriajus, 2004, p. 400). Lamentablemente, y pese a lo aprobado en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia trabajado por la Ceriajus, esta modificación constitucional y muchas otras no se convirtieron en realidad.

Ante la inexistencia de requisitos que apunten el perfil idóneo de los miembros del CNM, no parece ser una sorpresa que luego de 25 años de continuidad del CNM, en julio de

2018, una investigación periodística revelase una red de corrupción en las más altas esferas del sistema de justicia. Los conocidos CNM Audios mostraron la crudeza de una red que negociaba, entre otras cosas, sanciones de acusados por la comisión de delitos, así como también la elección de magistrados en el sistema de justicia. De forma inevitable, la divulgación de estos audios desató una crisis social, política e institucional con repercusiones en distintos niveles dentro del Estado y la sociedad peruana.

Si bien, lamentablemente, la corrupción en el sistema de administración de justicia era un mal conocido, los CNM audios mostraron, sin lugar a duda, las negociaciones y juegos de poder que regalaban impunidad a sujetos despreciables y como sus protagonistas perjudicaban, sin vacilar, incluso a los más débiles. Un claro ejemplo es el audio en el que un magistrado de la Corte Suprema negocia la sanción de un culpable de violación sexual contra una menor de edad. Caso que, probablemente, causó la mayor conmoción e indignación en el país.

Días después de la publicación de los audios, se declaró en emergencia al Distrito Judicial del Callao y se constituyó una comisión de trabajo para evaluar la gestión administrativa de la Corte Superior de dicho distrito (Poder Judicial, 2018). También, se llevó a cabo la detención preliminar del presidente de la Corte Superior del Callao y se ordenó el allanamiento de su domicilio (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018). Los audios también provocaron la declaración de emergencia del CNM y la suspensión de su ley orgánica (Congreso del Perú, 2018b)⁷, así como la destitución, la declaración de haber lugar para la formación de causa penal de un miembro de la Corte Suprema y miembros del CNM (Congreso del Perú, 2018a).

En ese contexto, el Poder Ejecutivo creó una comisión consultiva denominada Comisión de Reforma del Sistema de Justicia, conocida también como la “Comisión Wagner”, la cual tuvo como objetivo el proponer medidas para reformar el sistema de justicia. Dichas medidas fueron presentadas en julio de 2018 en el documento Informe de la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia “Hacia un Sistema de Justicia honesto y eficiente”. Nótese la centralidad que toman los valores al ser la honestidad colocada como característica central del sistema de justicia al que debemos transitar.

El mencionado informe planteó diez recomendaciones para iniciar el camino de la reforma del sistema de justicia, las cuales fueron presentadas como proyectos de ley y propusieron, entre otras medidas: “(i) la modificación de los artículos de la Constitución de 1993 que regulaba al CNM, (ii) la creación de un Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y el Ministerio Público, (iii) un plan de descarga de la Oficina de Normalización Previsional que incluya una evaluación de sus abogados externos, sobre la base de estándares éticos y respetuosos de los derechos de las personas adultas mayores a fin de evitar trámites procesales innecesarios, (iv) promover la probidad en el ejercicio profesional de la abogacía y (v) la creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia” (Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, 2018, pp. 1-2).

⁷ Ley n° 30833, Ley que declara en situación de emergencia al Consejo Nacional de la Magistratura y suspende su Ley Orgánica.

Artículo 1. Declaración de emergencia

Declárese en mediante la presente ley, de naturaleza orgánica, en situación de emergencia al Consejo Nacional de la Magistratura y suspéndase su funcionamiento, dado que sus miembros titulares han sido removidos del cargo por causa grave declarada por el Congreso de la República, con el objeto de someterlos a un proceso de reevaluación y reestructuración de su composición, objeto, funciones y estructura orgánica, hasta por un periodo de 9 meses.

La Comisión Wagner (2018), en la misiva con la cual presentó su informe a la Presidencia de la República, se refiere a las condiciones necesarias para garantizar el éxito de la reforma. Desde el punto de vista de la comisión resulta esencial contar con un cuerpo institucional del más alto nivel que tome decisiones sobre la reforma, el liderazgo del jefe de Estado, la voluntad política de todas las agrupaciones políticas, instituciones públicas y privadas, así como asegurar los recursos técnicos y financieros para llevar adelante la reforma. Adicionalmente, el informe de la comisión menciona enfáticamente:

Sin embargo, aún si esas condiciones estuvieran dadas, como toda construcción hecha por el ser humano, su éxito depende, en definitiva, de las personas que plasmarán y actuarán en el nuevo sistema, en todos sus niveles. Y ello nos lleva necesariamente a relieves la formación y valores éticos de esas personas. (Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, 2018, p. 4)

Para los miembros de la Comisión Wagner, la formación y los valores éticos son el aspecto crucial de la reforma, a los cuales debe darse la mayor atención, de modo que se logre [...] una cultura corporativa donde la honestidad y el servicio a la comunidad sean los valores supremos y la administración de justicia sea percibida por la ciudadanía como una profesión que dignifica a quienes la desempeñan y digna de atraer a los mejores exponentes de nuestra sociedad. (Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, 2018, p. 3)

A finales de julio de 2018, a través de un mensaje a la nación, el presidente de la República acogió las recomendaciones de la Comisión de Reforma, y propuso un referéndum con el objetivo de modificar la Constitución de 1993 en cuatro aspectos⁸, uno de los cuales se refería a la modificación de la regulación constitucional del CNM para que los integrantes de esta institución sean elegidos mediante un concurso público de méritos por una comisión especial.

Adicionalmente, en ese mismo mensaje a la nación, el presidente de la República se manifestó sobre el escándalo de corrupción revelado por los CNM Audios y anunció la presentación de proyectos de ley dirigidos a reformar diferentes aspectos del sistema de justicia y garantizar la idoneidad de sus integrantes (Castañeda, 2020). Entre otros proyectos, se anunciaron los siguientes: (i) el Proyecto de Ley n.º 3160-2018-PE, que crea la Autoridad Nacional de Integridad y Control del Poder Judicial, (ii) el Proyecto de Ley n.º 3161-2018-PE, que crea la Autoridad de Integridad y Control del Ministerio Público, (iii) el Proyecto de Ley n.º 3166-2018-PE que crea el Consejo para la Reforma del Sistema de justicia, así como (iv) el Proyecto de Ley n.º 3164-2018-PE, Ley para incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía (Castañeda, 2020).

En particular sobre el rol de la abogacía, el mensaje a la nación pone en relieve que:

Un abogado tiene una función social la misma que debe contribuir de manera decidida en la lucha contra la corrupción, particularmente en el ámbito del sistema de judicial: transgredir los principios éticos de un abogado mella gravemente la confianza de la sociedad en el Estado y en la justicia. (Vizcarra, 2018, p. 9)

8 Los siguientes aspectos fueron incluidos como materia de referéndum: (i) la reforma del CNM, (ii) el financiamiento transparente de los partidos políticos, (iii) no a la reelección de congresistas y (iv) la bicameralidad.

De esta forma se resalta la importancia de que los abogados cuenten con un perfil moral idóneo para la sostenibilidad del nuestro proyecto como nación.

Meses después, en enero de 2019, se promulgó la Ley n.º 30904, Ley de Reforma Constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia, la cual fue ratificada mediante el referéndum constitucional del 9 de diciembre de 2018. Esta ley establece que el procedimiento para la elección de los miembros de la JNJ será mediante un concurso público de méritos. Asimismo, establece como requisitos para ser miembro del JNJ ser: “(i) peruano de nacimiento, (ii) ciudadano en ejercicio, (iii) mayor de 45 años y menor de 75 años, (iv) abogado con experiencia profesional o de cátedra universitaria por no menos de 25 años o como investigador en materia jurídica por lo menos durante 15 años, (v) no contar con sentencia condenatoria firme por delito doloso, y (vi) tener reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral” (art. Único).

En la misma línea, sobre los requisitos del perfil de los miembros de la JNJ, en febrero de 2019 se aprobó la Ley n.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, la cual establece qué criterios se deben considerar para la evaluación de la trayectoria profesional y de la solvencia e idoneidad moral de los postulantes (art. 10.1.f.). En el caso de la evaluación de la trayectoria se considera la formación académica, experiencia profesional y experiencia en investigación jurídica (arts. 10.3 y 31). Para evaluación de “la solvencia e idoneidad moral se toma en consideración el comportamiento laboral y familiar, el no haber sido sancionado por la comisión de faltas éticas por órgano competente; también por contravenir los principios de igualdad y no discriminación, probidad, imparcialidad, transparencia, comprendidos en el artículo III del Título Preliminar de la presente ley” (Congreso del Perú, 2019a, art. 10.4)⁹.

Indiscutiblemente, la regulación actual es un avance hacia el logro de un sistema de justicia honesto ya que se han incluido, a nivel constitucional y legal, las exigencias sobre la idoneidad profesional y moral de los magistrados de la JNJ. El recuento histórico sobre los modelos constitucionales adoptados para la selección de magistrados evidencia que los problemas de falta de corrección en el sistema de justicia son históricos, así como el fracaso de las soluciones que se han aprobado. En los últimos 80 años hemos pasado de un sistema en el cual existía injerencia directa de parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en la selección de magistrados a un sistema en el cual la elección se realiza por una entidad independiente, pero ninguno de los cambios implementados ha sido suficiente para garantizar que el Poder Judicial imparta realmente justicia y no responda a intereses políticos, personales y económicos.

El modelo del CNM adoptado por la Constitución de 1993 fracasó al no poder garantizar que sus integrantes fueran moralmente idóneos para el cargo. Este modelo no estableció

9 La mencionada ley indica que se entiende por principio de igualdad y no discriminación que “[e]stá proscrita la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole” (Congreso del Perú, 2019a, art. III.a.). Sobre el principio de probidad, la ley indica que conforme a este principio se “[a]ctúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o interpósita persona” (Congreso del Perú, 2019a, art. III.e.). En cuanto a la imparcialidad la ley se refiere a que “[e]l ejercicio de las funciones previstas por la presente ley, debe sustentarse en parámetros objetivos, en el marco de la Constitución y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico” (Congreso del Perú, 2019a, art. III.d.). Sobre la transparencia la ley indica que “[t]oda información que genere, produzca o custodie la Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial, la Secretaría Técnica Especializada tiene carácter público y es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley” (Congreso del Perú, 2019a, art. III.f.).

ningún filtro apropiado, ni en el procedimiento de elección de miembros, ni en los requisitos, para asegurar la calidad moral de los postulantes. La Constitución de 1993 daba por sentado que la elección por voto secreto de miembros del Estado y de la sociedad civil garantizaría la idoneidad profesional y moral de los miembros del CNM. Sin embargo, los hechos nos han demostrado que para encontrar a los magistrados adecuados se requiere mucha más exigencia y esfuerzos que los previstos inicialmente por la mencionada Constitución.

Es necesario un marco normativo exigente y que los funcionarios encargados de la selección de los miembros de la JNJ utilicen criterios e instrumentos de evaluación rigurosos. En nuestro país, no solo el pasado, sino también la actualidad demuestra que el control en la selección de jueces y fiscales resulta atractivo para las diferentes fuerzas políticas. Mientras que los partidos políticos no se encuentren conformados por personas con sólidos valores democráticos, las fuerzas políticas buscaran la concentración del poder y el debilitamiento del sistema de justicia. Una prueba indiscutiblemente de ello es la investigación sumaria iniciada por el Congreso de la República para remover a los actuales integrantes de la JNJ por la presunta comisión de faltas graves (Chirinos, 2023).

Los miembros de la JNJ ejercen sus cargos en una situación de riesgo y requieren contar con una sólida idoneidad moral y compromiso con los valores que fundamentan la República. Estas características son una condición indispensable para que en nuestro país se respete la separación de poderes y para que el Estado cumpla con su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 44).

III. La Idoneidad Moral como Correspondencia

Advertimos que la evaluación de la solvencia e idoneidad moral puede tener diferentes enfoques o aproximaciones. Por un lado, un enfoque que centra la evaluación de la idoneidad moral bajo un criterio de descarte, según el cual todos aquellos que cuenten con una conocida sanción administrativa o penal no cuentan con la idoneidad moral requerida y, por lo tanto, son descartados del procedimiento de evaluación. Sin embargo, pese a que el uso de este criterio es pertinente, su debilidad es que presume que todos aquellos que no han sido sancionados cuentan, en efecto, con la idoneidad moral requerida por el procedimiento de selección.

Como se indicó en el primer apartado de este capítulo, la modificación de la Constitución de 1993 requiere, actualmente, que los miembros de la JNJ cuenten con una reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral (Congreso del Perú, 2019a, art. 156, num. 6).

Asimismo, la Ley Orgánica de la JNJ establece criterios generales para la evaluación de la trayectoria profesional y de la solvencia e idoneidad moral de los postulantes. En el caso de:

“la solvencia e idoneidad moral se toma en consideración el comportamiento laboral [énfasis añadido] y familiar, el no haber sido sancionado por la comisión de faltas éticas por órgano competente; también por contravenir los principios de igualdad y no discriminación, probidad, imparcialidad, transparencia, comprendidos en el artículo III del Título Preliminar de la presente ley”. (Congreso del Perú, 2018, art. 10.4)

Adicionalmente, en el artículo 11 de dicha ley orgánica se establece una lista de impedimentos para ser elegido miembro de la JNJ. Esta lista, es un claro ejemplo del uso del criterio de descarte. Los impedimentos buscan limitar la influencia política de otros poderes del

Estado en la labor de la JNJ y guardan congruencia con el requisito de contar con solvencia e idoneidad moral para formar parte de la institución.

Por ejemplo, se establece como impedimento haber “sido sancionados con suspensión por falta grave, separados definitivamente o expulsados de un colegio profesional de abogados” (Congreso del Perú, 2018, art. 11.c), “los que han sido cesados de la administración pública, empresas estatales o de la actividad privada por falta grave declarada mediante resolución firme” (Congreso del Perú, 2018, art. 11.g), “los que se encuentren inscritos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional, Registro de Deudores de Reparaciones Civiles, Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles” (Congreso del Perú, 2018, art. 11.n), entre otros.

De manera complementaria a la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la JNJ emitió su reglamento interno¹⁰ y las bases del concurso público de méritos para el cargo de miembro de la Junta Nacional de Justicia¹¹. En dichas normas se desarrollan lineamientos sobre cómo se ejecuta el concurso público de méritos, como, por ejemplo, las etapas de este y criterios de evaluación.

El reglamento señala, en concordancia con la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, que el concurso público de méritos cuenta con seis etapas: “(i) la convocatoria de postulantes, (ii) la evaluación de conocimientos, (iii) la evaluación curricular, (iv) las pruebas de confianza, (v) la entrevista personal y (vi) la publicación de resultados. En la calificación se aplican los siguientes valores: (i) evaluación de conocimientos 30 %, (ii) evaluación curricular 30 %, y (iii) evaluación de entrevista personal 40 %” (Comisión Especial, 2019a, art. 19).

Además, se establece que la probidad, idoneidad y trayectoria democrática son elementos gravitantes y definitorios en la calificación del postulante, que serán apreciados en la evaluación de la entrevista personal (Comisión Especial, 2019a, art. 20). El reglamento determina exactamente en qué momento del concurso público se evalúa la idoneidad moral de los postulantes; ello, no obstante, no ha establecido de forma concreta qué elementos se toman en cuenta en esta parte de la evaluación. De este modo, en el Anexo N° III de las bases del concurso público se señala de manera general que en la entrevista se evalúan “valores y principios que guían su vida, integridad entre otros” (Comisión Especial, 2019b).

A nivel constitucional y legal se establece que la evaluación considerará el comportamiento laboral; sin embargo, a nivel reglamentario no se incluye ningún elemento concreto que, efectivamente, permita evidenciar que la trayectoria profesional de los postulantes refleja la probidad e idoneidad moral buscada.

Al no incluirse ningún elemento concreto a nivel reglamentario relacionado a la evaluación de la idoneidad moral en la trayectoria profesional se evalúa, con mayor énfasis, que los postulantes no cuenten con sanciones. Es decir, la evaluación presupone que todos aquellos que no cuentan con ninguna sanción son personas que efectivamente poseen la solvencia e idoneidad ética necesaria para el ejercicio del cargo.

10 Este reglamento se aprobó mediante la Resolución de la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia n°002-2019-CE del 1 de abril de 2019.

11 Las bases del concurso se aprobaron mediante la Resolución de la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia n°003-2019-CE del 23 de abril de 2019.

Como ya se ha mencionado, evaluar la idoneidad moral a través del prisma del descarte resulta pertinente, pero es insuficiente. La inexistencia de sanciones entendida como credenciales éticas no es efectiva si, por ejemplo, tomamos en cuenta que uno de los magistrados protagonistas de los CNM Audios, César Hinostroza, antes de la publicación de los audios no contaba con antecedentes disciplinarios, ni sentencias penales en su contra¹².

Existe un segundo enfoque que tiene por objetivo verificar qué candidatos muestran un perfil acorde con aquello que se espera de un integrante de la JNJ. Este criterio de correspondencia permite incluir diferentes elementos de evaluación en relación con la moral de los postulantes, teniendo como parámetro aquello que se espera de un profesional del derecho que integre la JNJ.

Este segundo enfoque está recogido en la Constitución cuando el actual artículo 156 cuando establece que para ser miembro de la JNJ se requiere tener reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral. La norma constitucional no establece, únicamente, que los miembros de la JNJ no deben tener condenas por delitos dolosos (Congreso del Perú, 2019a, art. 156, num.5) sino que simultáneamente exige que los integrantes cuenten con solvencia e idoneidad moral (Congreso del Perú, 2019a, art. 156, num.6). De este modo, se advierte que, si bien se acoge el criterio de descarte, también se acoge el criterio de correspondencia.

En el mismo sentido, a nivel legal en la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, en el artículo 10 indica que para la evaluación de la solvencia e idoneidad moral se considera: “el comportamiento laboral y familiar, el no haber sido sancionado por la comisión de faltas éticas por órgano competente; también por contravenir los principios de igualdad y no discriminación, probidad, imparcialidad, transparencia, comprendidos en el artículo III del Título Preliminar de la presente ley” (Congreso del Perú, 2018, art. 10.4). Aquí se aprecia que, a nivel legal, se desarrolla diferentes componentes que se consideran en la evaluación de la solvencia e idoneidad moral. Nótese que estos componentes son enumerados y separados con comas; se deben considerar de manera conjunta y no de forma alternativa. Del mismo modo que en la Constitución, a nivel legal no solo se tiene en cuenta el criterio de descarte.

Tanto a nivel constitucional, como a nivel legal las exigencias no son únicamente demostrar no contar con sentencia por comisión de delitos o no tener sanciones administrativas. A pesar de ello, a nivel reglamentario no se ha establecido con claridad qué elementos se evaluarán en cada postulante para demostrar la idoneidad y solvencia moral, más allá de probar que no ha sido sancionado.

El uso del criterio de descarte y el criterio de correspondencia no tiene que ser excluyente. Ambos criterios utilizados de formar simultánea se complementan por lo que tienen el valor de reforzar la evaluación. Como indicado, la actual regulación constitucional y legal del proceso de selección de magistrados de la JNJ contempla esta posibilidad, situación que no ha sido adecuadamente desarrollada a nivel reglamentario. Ello, a pesar de que a nivel reglamentario se espera encontrar aquellas normas que permiten operacionalizar los fines establecidos

12 El exmagistrado César Hinostroza declaró en el Congreso de la República que: “Durante 35 años de carrera judicial, desde juez de paz letrado: ¡Nunca! Nunca he sido materia de denuncias por corrupción. [...] Nunca he tenido denuncias por torcer la Constitución, ni la ley, ni los derechos humanos de los ciudadanos. Ahí está mi foja de servicios, transparente. Todos los cargos que he logrado, durante los 35 años, es por concurso público de méritos” (TV Perú Noticias, 04 de octubre de 2018). Adicionalmente, cabe indicar que existía una investigación policial contra César Hinostroza por no haber declarado que posee una propiedad en Estados Unidos, sin embargo, esta investigación fue archivada por el Ministerio Público.

por la Constitución y la ley. Esta ausencia en el reglamento si bien no contradice directamente a lo establecido por normas de rango superior, debilita la selección de magistrados.

A continuación, se detallan ejemplos en los cuales se utilizan de forma integrada ambos criterios para la determinación de idoneidad en diferentes ámbitos del sistema jurídico. Para ello se desarrollan: (i) el ejemplo de la idoneidad y el fin ulterior del consumidor a través de la transacción comercial, (ii) la idoneidad moral y el impacto en la confianza, reputación e integridad en el sistema financiero y (iii) la idoneidad moral de la familia adoptante.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor define a la idoneidad de los productos y servicios como: “[...] la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe [...]” (Congreso del Perú, 2010, art. 18). El código también señala que la evaluación de esta correspondencia se realiza “en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso” (Congreso del Perú, 2010, art. 18).

La determinación de la idoneidad del producto, es decir de la existencia de correspondencia entre lo que efectivamente recibió el consumidor y lo que este esperaba, también incluye la evaluación de las garantías que el proveedor brindó. El mencionado código establece la existencia de tres garantías:

- Garantía legal: se refiere a las garantías que por ley y otras regulaciones vigentes debe cumplir el proveedor para comercializar determinados bienes o servicios. Esta garantía no puede ser desplazada por ninguna de las otras garantías.
- Garantía explícita: se refiere a todas aquellas que derivan de los términos y condiciones pactados de forma expresa, por ejemplo, en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad o en cualquier medio que demuestre lo ofrecido al consumidor. Esta garantía no puede ser desplazada por la garantía implícita.
- Garantía implícita: la cual se aplica en los casos en los que existe silencio por parte del proveedor o en el contrato. En estos casos se entiende que el producto o servicio cumple con los fines y usos previsibles para los que ha sido adquirido, considerándose aspectos como los usos y costumbres del mercado (Congreso del Perú, 2010, art. 20).

Conforme a la clasificación que venimos sosteniendo en esta investigación, la garantía legal en este caso corresponde con el uso del criterio de descarte. Es decir, no será idóneo en la prestación de un bien o servicio todo aquello que no cumple con lo legalmente establecido. Sin embargo, la evaluación no se detiene en la legalidad, sino que adiciona la evaluación de garantías —explícita e implícita— para verificar si, en efecto, el bien o servicio concuerda con lo pactado por las partes y con los fines para los que se adquirió.

Es pertinente destacar que la evaluación de la idoneidad de bienes y servicios parte del supuesto de que la transacción comercial entre el proveedor y el consumidor no es un fin en sí mismo, sino que posee un fin ulterior. Los consumidores adquieren un bien o servicio proyectando un objetivo; los consumidores adquieren para o por algo. Este fin ulterior puede haber sido específicamente pactado por las partes bajo determinadas condiciones o puede haber sido pactado de forma implícita conforme a expectativas sociales y del mercado. La idoneidad apunta a verificar si este pacto y/o expectativas fueron cumplidos; la idoneidad en este caso busca proteger un interés particular, el del consumidor en cada transacción de bienes y servicios que se realiza en el mercado (Congreso del Perú, 2010, art. 18).

En segundo lugar, tenemos el ejemplo de la idoneidad moral y el impacto en la confianza, reputación e integridad del sistema de banca y seguros.

Como lo dispone el Reglamento de autorización de empresas y representantes de los Sistemas Financieros y de Seguros, en el caso de la autorización de organización, la Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS) realiza una evaluación integral de la idoneidad moral “de los organizadores, accionistas, beneficiarios finales, directores, gerentes y principales funcionarios” (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, 2021, considerando 12). En esta evaluación se tiene en cuenta, entre otros factores: (i) la trayectoria profesional “en su relación con la Superintendencia, otros organismos reguladores y/o supervisores y en entidades de la administración pública”; (ii) la “actuación profesional y/o comercial como accionista, beneficiario final, director, gerente o principal funcionario”; (iii) “[l]as resoluciones judiciales condenatorias por la comisión de delitos en el Perú y en el extranjero, así como las resoluciones que imponen sanciones por la comisión de infracciones administrativas”; (iv) “[l]a formalización de investigaciones preparatorias fiscales y procesos judiciales relacionados a la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito en el Perú y en el extranjero”; e, (v) “[i]ndicios razonables de que se está efectuando o intentando efectuar o se han efectuado operaciones vinculadas al lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo” (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, 2021, art. 13, num. 1).

El mencionado reglamento enfatiza que la existencia de los elementos de información, antes mencionados, incluyendo aquella “referida a investigaciones o procesos judiciales, no necesariamente conlleva a la determinación de la falta de idoneidad moral” (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, 2021, art. 13, num. 2). La evaluación integral de idoneidad moral verifica el impacto que los elementos de información puedan tener “en la confianza, reputación e integridad de los sistemas supervisados” (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, 2021, art. 13, num. 4).

La evaluación que realiza la SBS no busca únicamente descartar a aquellos que cuentan con sanciones penales o administrativas, sino que incluye en el análisis elementos de información adicionales que dan cuenta de la idoneidad moral “de los organizadores, accionistas, beneficiarios finales, directores, gerentes y principales funcionarios” (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, 2021, considerando 12). A diferencia de la evaluación de idoneidad que se realiza en el sistema de protección del consumidor, esta evaluación no tiene como objetivo solo calificar el pasado, sino que mira hacia el futuro buscando que la continuidad de hechos —pasados y actuales— genere una predicción confiable sobre la conducta de los funcionarios en el futuro. La evaluación se vale de hechos que verifican la correspondencia entre la idoneidad de los evaluados y el perfil requerido para los funcionarios del sistema financiero y de seguros, de tal modo que sea predecible que estos funcionarios favorecerán a que el sistema sea competitivo, sólido, confiables y que contribuirá con el desarrollo nacional¹³.

Finalmente, tenemos el ejemplo de la idoneidad como criterio que permite el desarrollo integral de los menores en desprotección.

13 Sobre las características deseables en el sistema financiero y de seguros ver el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros-Ley n.º 26702.

El Decreto Legislativo n.º 1297, Decreto Legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo a perderlos indica que el procedimiento de adopción se sustenta, entre otros principios, en el principio de idoneidad de la familia adoptante. Este principio requiere “garantizar que la familia elegida sea la más apropiada para satisfacer sus necesidades específicas, circunstancias e interés superior”¹⁴ (Poder Ejecutivo, 2016, art. 123).

Así, el Decreto Supremo n.º 001-2018-MIMP, mediante el cual se aprueba el reglamento del decreto legislativo citado en el párrafo anterior, indica que la autoridad a cargo de la evaluación realiza una “evaluación de los solicitantes de adopción” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 175), la cual comprende: (i) la “[p]reparación sobre las implicancias y sentido de la adopción a las familias solicitantes de una adopción nacional”, (ii) “[v]erificar el cumplimiento de los requisitos legales de las familias solicitantes” y (iii) “una evaluación psicosocial de los solicitantes de adopción nacional” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 172). Esta última evaluación “se orienta a determinar la capacidad para la adopción verificando las cualidades personales y las competencias para asumir las obligaciones parentales” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 172).

Asimismo, el reglamento determina los criterios de evaluación y valoración de la capacidad para adoptar, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, “[l]a ética e integridad moral que fomenta y brinda las condiciones para que las niñas, niños o adolescentes, alcancen un desarrollo integral”, “[l]a estabilidad emocional, capacidad afectiva y de vinculación, tolerancia y habilidades interpersonales” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 173).

Sobre la evaluación legal, el mencionado decreto supremo establece que los solicitantes de adopción no deben “contar con sentencia condenatoria por violencia familiar” ni “estar inscrito en el registro de deudores alimentarios morosos” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 176). Además, se debe verificar “[s]u situación respecto a antecedentes penales y policiales que puedan registrar, desde un análisis de competencias parentales y ejercicio de la patria potestad” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 176). Es decir, se verifica que no bastaría con que los solicitantes contaran con antecedentes penales y policiales, sino que estos deben pasar por un análisis a la luz de su futuro rol como padres o madres.

En cuanto a la evaluación psicológica y social, se indica que “está orientada a determinar el perfil de las personas solicitantes [...] Para ello, se aplican diferentes instrumentos de evaluación tales como pruebas psicológicas, técnicas de observación, entrevistas y/o visitas domiciliarias” (Poder Ejecutivo, 2018c, art. 178). Ello con el objetivo de evaluar la idoneidad de los solicitantes de la adopción; en otras palabras, verificar si sus capacidades se corresponden con aquellas que permitirán ejercer el rol de padre o madre y lograr el desarrollo integral de menores de edad a su cargo.

De una manera similar a los anteriores ejemplos de idoneidad comentados en este trabajo, la idoneidad en el procedimiento de adopción de menores utiliza el criterio de descarte para retirar del procedimiento a aquellas personas que cuenten con sentencias condenatorias relacionadas con hechos que afectarían el desarrollo de los menores que se quiere proteger a través de la adopción. Sin embargo, la evaluación no se detiene allí, sino que considera también otros elementos legales como antecedentes penales y policiales, elementos psicológicos y sociales de

14 Cabe indicar que, si bien es cierto, el artículo 123.a fue modificado por el artículo 2 de la Ley 30690, esta modificación no cambia la redacción del artículo sobre el Principio de idoneidad de la familia adoptante, sino que incorpora que este principio debe interpretarse de conformidad con los artículos 5, 7 y 8 del Decreto Legislativo n.º 1257.

los solicitantes de adopción para verificar si estos cuentan con competencias que concuerden con el adecuado desempeño del rol de padres y madres.

Los tres ejemplos citados evalúan la idoneidad desde diferentes aspectos con el objetivo de identificar si el objeto de evaluación —hechos y conductas pasadas y actuales— pusieron o podrían en riesgo los valores que los sistemas se encargan de custodiar. En el caso del Indecopi, se trata de verificar si el hecho ocurrido afectó o no los derechos de los consumidores. Mientras que en el caso del sistema financiero y de seguros y en el procedimiento de adopción, se verifica si es que los solicitantes demuestran de manera confiable y objetiva que serían adecuados custodios.

Adicionalmente, se evidencia que la inclusión de hechos como denuncias penales formalizadas o antecedentes judiciales o penales y otros elementos de información no son utilizados para descartar a quienes se evalúa, sino que se usan para analizar cómo estos hechos afectarían los bienes que se buscan proteger, por un lado, la confianza y la reputación e integridad del sistema bancario y, por otro, el desarrollo de los menores, así como el interés superior.

En ambos casos, son los postulantes y solicitantes quienes tienen el rol activo de demostrar, a través de hechos actuales y pasados, que, efectivamente, comparten los valores que rigen el desempeño del rol al que aspiran, sea este de funcionario en el sistema bancario y de seguros o de padres o madres. Es esta información la que permitirá evaluar la correspondencia y que logra que se les dé un voto de confianza facultándoseles a ejercer un rol determinado.

Como se mencionó en líneas anteriores, la regulación del procedimiento de selección de magistrados de la JNJ se encuentra mayoritariamente enfocada al uso del criterio de descarte; sin embargo, también incluye el uso del criterio de correspondencia en la evaluación de la idoneidad moral, al hacer referencia a que se considerará el comportamiento laboral y familiar.

IV. Elementos para Determinar la Idoneidad Moral de Postulantes a la JNJ

Desde la lógica del criterio de correspondencia, debemos elegir elementos de idoneidad moral teniendo en mente aquello que se espera de un integrante de la JNJ.

En primer lugar, partimos de reconocer que se trata de cargos de vital importancia para el sistema de justicia, ya que la JNJ elige, ratifica y sanciona a jueces y fiscales. Históricamente, como hemos mostrado, quienes han cumplido ese rol han respondido a intereses distintos de aquellos que debían justificar sus decisiones y, en esa medida, intereses contrarios a la finalidad constitucional del sistema de justicia.

En segundo lugar, se trata del ejercicio de un rol difícil. En efecto, elegir, ratificar y sancionar a profesionales para cargos de tanta importancia son actividades de alto riesgo moral, ya que quienes los ejercen están sujetos a presiones, malas prácticas normalizadas, formalismos excesivos y tensiones éticas propias de decisiones difíciles de tomar en las que, por lo demás, pueden estar en juego diversos prejuicios e intereses.

Hay que anotar que el rol de quienes integran la JNJ es también reglamentar los procesos a través de los cuales, por ejemplo, se ratifica a los jueces. El rol de regulador es también muy exigente, toda vez que existen instituciones (Poder Judicial y el Ministerio Público) que tienen la posición de regulados, pero que tienen un papel fundamental en el Estado y operan bajo diversos principios constitucionales.

Asimismo, hay que advertir que estamos ante un órgano colegiado en una institución que tiene una vida organizacional propia, marcada por quienes integran la JNJ.

Estas consideraciones son relevantes cuando pensamos en la idoneidad moral, ya que los profesionales del derecho que integren la JNJ deberán ejercer esos roles y hacer frente a sus retos teniendo la moral como centro, lo que permitirá que mantengan la finalidad constitucional de la JNJ como eje de sus decisiones y acciones.

Teniendo en mente estas consideraciones, planteamos dos elementos para determinar la idoneidad moral de los postulantes a la JNJ: (i) el compromiso con el ECD y (ii) la reflexividad moral en el ejercicio profesional.

1. Compromiso con el Paradigma del ECD

Quien integre la JNJ debe ser un profesional que muestre compromiso con el paradigma del ECD a lo largo de su carrera. Para ello, debe dar cuenta de que opera, en el ejercicio profesional, bajo la lógica de dicho paradigma y, en esa línea, que (i) en sus argumentaciones y posiciones jurídicas (ya sea en el ámbito privado o público) opera con una concepción del derecho congruente con el paradigma en cuestión, es decir, que tiene como eje de su quehacer jurídico a los principios del ECD, y (ii) en su rol como autoridad (ya sea en el ámbito privado o público) ha tenido actitudes que corresponden a los principios constitucionales propios de un orden democrático, así como ha promovido mejoras en favor al respeto y la garantía de derechos.

Ello permitirá, por ejemplo, que resista la inercia del formalismo, que distinga los intereses en juego y priorice aquellos justificados desde una lógica constitucional, que garantice los derechos en los procesos y decisiones, que promueva que la JNJ tenga una cultura institucional sostenida en valores, entre otros.

Vivir en un ECD, si bien requiere del respeto de las disposiciones establecidas en las leyes —principio de legalidad—, exige que estas y su aplicación en casos concretos sean conformes a lo establecido en la Constitución —principio de constitucionalidad (García-Pelayo, 1991). Asimismo, Atienza (2013) señala que en el derecho interno se ha vivido una progresiva constitucionalización de los derechos, a partir de la cual las constituciones ya no poseen un valor simplemente programático, sino que ahora estas son consideradas como normas jurídicamente obligatorias, las cuales, además, ocupan la máxima jerarquía del ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico se ubica en el paradigma del ECD. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que:

[...] la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) pueden vulnerarla válidamente. (Tribunal Constitucional, 2005, f.j. 6)

Quienes ejercen la profesión, en esa línea, deben mostrar que han operado, en sus diversos roles a lo largo de su trayectoria, con una concepción del derecho congruente con el ECD, es decir, que hayan argumentado y tomado posturas jurídicas tomando los principios constitucionales como eje central. En una investigación acerca del paso del Estado de derecho al ECD, Sotomayor plantea qué concepciones del derecho son propias de uno y otro. En el caso del Estado de derecho, tenemos al “positivismo jurídico, entendido como ciencia de la legislación positiva. También existe una tendencia hacia el formalismo jurídico” (2020, p. 202), mientras que en el caso del ECD tenemos al “constitucionalismo, neoconstitucionalismo,

pospositivismo, neoiusnaturalismo, positivismo débil, positivismo incluyente, entre otros” (2020, p. 202).

Un rasgo común de las concepciones congruentes con el paradigma es la centralidad de los principios constitucionales en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo, sobre el particular, lo encontramos en Atienza (2013), cuando señala:

[...] los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende simplemente ser la moral social de un grupo determinado. La moral ha migrado, pues, al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales, incorporados por el Derecho. (p. 125)

La constitucionalización del derecho trae consigo la relegación de ciertas concepciones del derecho, como la del formalismo. Ello nos lleva a esperar, por ejemplo, que el juez no deba sentirse únicamente vinculado a una aplicación mecánica del texto de la ley, sino a las razones en las que esta se fundamenta a la luz de la Constitución (Atienza, 2011). Esta búsqueda de los fundamentos de la ley que se aplica, del sentido de aplicación de derecho en cada caso, requiere comprender que el derecho no es neutro, sino que busca la concretización de determinados valores que hacen parte del ordenamiento.

Un juez no solo debe sentirse vinculado con las normas que aplica, sino que debe vincular la aplicación de esas normas con principios como, por ejemplo, la igualdad y no discriminación. Ello, a su vez, requiere que la fundamentación de su decisión no se encuentre solo en la ley en sí misma; el juez no debe solo demostrar cómo los hechos se subsumen en la norma, sino que debe desarrollar una argumentación jurídica congruente con el paradigma del Estado constitucional. Sobre la argumentación en un Estado constitucional, Atienza (2002) explica:

con frecuencia [...] los jueces tienen que enfrentarse con casos para los que el sistema jurídico de referencia no provee reglas, o provee reglas contradictorias, o reglas que no pueden considerarse justificadas de acuerdo con los principios y valores del sistema. Naturalmente, esto no quiere decir que en tales supuestos el juez pueda prescindir de las reglas, sino que tiene que llevar a cabo un proceso de deliberación práctica (de ponderación) para transformar ciertos principios en reglas. (p. 154)

Si, por el contrario, se defendiese una concepción formalista del derecho, ello implicaría aceptar la validez de normas injustas, como, por ejemplo, la Ley n.º 26479, conocida como la “Ley de Amnistía” promulgada durante el gobierno de Fujimori, por medio de la cual se concedió

amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo. (Congreso Constituyente Democrático, 1998, art. 1)

Sin embargo, también es necesario tomar en consideración que el formalismo es una concepción del derecho que, a pesar de no ser congruente con el ECD, aún se practica y que no

ha sido completamente superada. De este modo, es posible encontrar operadores jurídicos que privilegien la aplicación de la norma en sí misma, de modo mecánico, sin atender al contexto y sin considerar las afectaciones que esta podría acarrear en algunos casos. Atienza (2011), por ejemplo, menciona que el formalismo es una dolencia perniciosa que aqueja a quienes tienen la función de interpretar y aplicar el derecho, dolencia que es incluso más perniciosa en los países latinos.

Específicamente sobre nuestro país, podemos decir que el formalismo no solo está presente entre los operadores jurídicos, sino que este se reproduce a través de la enseñanza en facultades de Derecho. Esto sucede, como lo mencionan Ancí et al. (2017), cuando en el proceso de aprendizaje se enseña al derecho solo como un sistema de normas cuya función única es la regulación de comportamiento, pensando que la norma o la ley ya lo contiene todo y que en esta se encuentran todas las soluciones.

Se evidencia la concepción formalista del derecho en decisiones en las cuales no se respetaron derechos y, como menciona Villanueva (2021) citando a Atienza (2014), basando decisiones en meras preferencias personales, sin respetar criterios objetivos que dan carácter racional a la práctica del derecho, como lo son los criterios objetivos de universalidad, coherencia, consistencia y razonabilidad. En ese sentido, como bien lo identifica la autora Villanueva (2021), en un Estado constitucional no pueden utilizarse argumentos basados en estereotipos sexuales, o, como ella también los denomina, argumentos estereotipados, para fundamentar decisiones. Ello en tanto que estas decisiones no son coherentes con los principios constitucionales, con los criterios sustantivos de corrección.

Para evidenciar la incoherencia y la falta de corrección en los argumentos estereotipados, Villanueva (2021) cita a la resolución del Recurso de Nulidad n.º 269-2017-Junín del 23 de abril de 2018, en la cual la Corte Suprema absuelve a un profesor “acusado de violar a su alumna, a quien habría llevado a un salón de clases mientras se llevaba a cabo la formación escolar en el patio de la institución educativa” (p. 384). Este extracto de la resolución indica:

“desde el plano de la logicidad, el relato de la presunta agraviada, linda con lo fantasioso, toda vez que por máximas de la experiencia, el delito de violación sexual siempre es clandestino, y el agresor evitará dejar huellas o vestigios del hecho punible; por lo que no es verosímil, que el sexo oral denunciado por la víctima, se haya cometido en horas de la mañana, en un salón de clases dentro de un centro educativo, cuando los alumnos y profesores están reunidos para iniciar las clases del día; tal como lo ha denunciado dicha agraviada”. (Villanueva, 2021, como se cita en la R. N. n.º 269-2017-Junín, 2017, f.j.18, p. 385)

Como lo pone en relieve la autora, si la violación sexual se realiza normalmente de forma clandestina, es completamente plausible que el acusado haya aprovechado la formación escolar para llamar a la alumna a un salón de clases en donde no habría testigos; pese a ello, por unanimidad, todos los magistrados sostienen lo contrario (Villanueva, 2021). Asimismo, el argumento de la Corte Suprema refuerza el estereotipo de que las víctimas de violación sexual mienten frecuentemente (Villanueva, 2021). Cabe mencionar, además, que Villanueva (2021) no solo indica que los argumentos estereotipados son incoherentes con los principios constitucionales, sino que el cinismo con el que estos se aplican por unanimidad, en un contexto de severa corrupción judicial, nos tendrían que llevar a la sospecha de que este tipo de decisiones obedecen a favores recíprocos entre jueces y que vulneran el principio de independencia judicial.

Comprender la aplicación de la ley como la concretización de valores constitucionales implica también que no solo los jueces se encuentran sujetos a la Constitución, sino también otras autoridades, como las del Poder Ejecutivo central, regional y local. Sostener lo contrario nos llevaría a convalidar, por ejemplo, que, en la práctica, las autoridades del Poder Ejecutivo supriman el derecho a la educación de poblaciones especialmente vulnerables. Ello solo por el hecho de que la forma en la que requieren acceder al servicio de educación, en sus casos específicos, no se encuentra contemplada literalmente en los supuestos prescritos por las normas. Como sucedió en el caso de las hermanas Cieza Fernández, de 18 y 19 años de edad, a quienes la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (en adelante, UGEL Utcubamba) les negó la posibilidad de continuar sus estudios secundarios en un centro educativo de educación básica regular debido a que eran mayores de edad, ya que la Ley n.º 28044, Ley General de Educación, contempla que los adultos deben seguir sus estudios de educación básica en un centro de educación básica alternativa (CEBA).

Como lo menciona el Tribunal Constitucional al resolver este caso, la UGEL Utcubamba tomó la decisión sin considerar que las hermanas Cieza Fernández vivían en un caserío en el que no existía un CEBA y que el “más cercano se [encontraba] aproximadamente a cuatro horas de distancia (dos horas caminando y dos horas en movilidad)” (Tribunal Constitucional, 2017, f.j. 49). Tampoco se valoró la falta de cobertura educativa que se encuentra concentrada en ciertas zonas del país afectando en mayor proporción a las poblaciones que viven en zonas rurales, con mayor énfasis en las mujeres.

Sobre la decisión adoptada por la UGEL Utcubamba, el Tribunal Constitucional señala, en la sentencia que recae en el expediente. n.º 00853- 2015-PA/TC, que esta entidad pública:

[...] desconoce que el Estado no ha logrado facilitar la cobertura educativa o el acceso a la educación para todos en la zona donde radican las recurrentes, según lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución, en atención a la cual “el Estado promueve la creación de centros de educación donde la población lo requiera”. Pero, además, lo decidido por la UGEL emplazada ha afectado el acceso en sentido estricto a la educación de las demandantes, toda vez que el criterio para no admitirlas, a la luz del caso concreto, en el que se advierte claramente un déficit de cobertura —cuya superación es tarea del propio Estado—, resultaba contrario a los principios y valores que consagra la Norma Fundamental. (Tribunal Constitucional, 2017, f.j. 58).

En este caso, los profesionales del derecho que opinaron que al ser mayores de edad debían matricularse en un CEBA realizan una lectura literal de la norma y muestran, en su modo de abordar el asunto, que operan con una concepción formalista del derecho, ya que deciden de modo mecánico, sin interpretar y dando total peso a las formas establecidas. Lejos de ello, operar bajo el paradigma del Estado constitucional exigía advertir el efecto de su postura jurídica en el derecho a la educación y dar prioridad a este.

Vemos, entonces, que no solo los jueces deben respetar los principios constitucionales en cada caso que resuelven, sino que las autoridades del Poder Ejecutivo también se encuentran sujetas a su mandato y no pueden anteponer la aplicación formalista de la ley (de modo mecánico, sin atender al contexto y al efecto en los derechos) en la provisión de servicios públicos, si esta aplicación vulnera derechos fundamentales.

La Constitución permea a todas las normas del ordenamiento jurídico y, también, a todos sus operadores como, por ejemplo, los abogados que representan a clientes. Debemos entender,

como lo señala Atienza (s.f.), que el Derecho “no es solo un fenómeno autoritativo, sino que es una empresa con la que se trata de obtener ciertos fines y principios” (p. 21), lo que nos lleva a comprender que la abogacía, que es el ejercicio profesional del Derecho, no puede ser una profesión intrínsecamente inmoral o amoral, sino una profesión de riesgo moral (Atienza, s.f.). Con ello, el autor indica que un profesional del Derecho que ejerce la defensa elige, entre interpretaciones posibles, cuál es la que estima mejor y, al hacerlo, toma una decisión moral. En esa línea, no basta decir que el abogado defiende el interés del cliente, como desplazando a este la agencia moral, ni señalar que mientras no se haga algo ilegal todas las interpretaciones son igualmente válidas. Con esas opiniones, lo que se muestra es una negación de un hecho central: el profesional del derecho decide qué posturas e interpretaciones tomar y, en un ECD, no todas son igualmente correctas. En cualquier caso, existirán interpretaciones y posturas que den cuenta de una mayor idoneidad moral, al ser más congruentes con el paradigma en que se encuentra y en el que se fundamenta la JNJ.

Nótese que, si bien en el Código de Ética del Abogado no existe, por ejemplo, una sanción para quien interprete la norma de modo formalista, sí podemos indicar que establece que lo deseable es que el quehacer jurídico busque la justicia. En efecto, el artículo 2 del referido Código indica que “La Abogacía [...] cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia” (2012).

La idoneidad moral supone un estándar alto de moralidad en el quehacer jurídico y, en esa línea, exige que el profesional del derecho muestre que en su práctica profesional opera bajo la lógica del ECD y, que cumple y es ejemplo de la misión de la abogacía en la sociedad.

Sumado a lo dicho, un profesional del derecho no tendrá idoneidad moral cuando actúa de modo contrario a la ética profesional, que está alineada al paradigma del ECD. Un claro ejemplo de que las acciones en favor del cliente solo pueden ser aceptadas en un ECD si estas cumplen con determinados parámetros, se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente. n.º 5561-2007-PA/TC en la cual el mencionado tribunal se pronuncia sobre el uso del recurso de amparo de forma manifiestamente infundada que realizan abogados representantes de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). El mencionado tribunal señala:

[...] No debe perderse de vista, por lo demás, que el criterio invocado por la instancia judicial emplazada en el presente proceso tiene un amplio respaldo jurisprudencial, notificado en múltiples ocasiones a la propia ONP, como resultado de procesos anteriores seguidos contra dicho organismo. De manera que el estudio de abogados encargado de la defensa de la ONP no pudo desconocerlos, sin incurrir en temeridad, y al margen de las responsabilidades contractuales que se generen como consecuencia de ello [...]

[...] En consecuencia, el ejercicio de los abogados contratados por la ONP y de los funcionarios que la avalan en el presente proceso, constituye un acto de temeridad procesal que debe ser sancionado en el marco de las competencias de este Colegiado, conforme a la jurisprudencia al respecto y en el marco de lo establecido en el artículo 56° del Código Procesal Constitucional [...]

[...] En tal sentido, este Colegiado considera que las situaciones descritas, relativas a la gestión de la ONP en los últimos años y, en especial, su accionar en los procesos judiciales frente a reclamaciones de pensionistas y jubilados de los diferentes regímenes pensionarios, merecen ser investigadas en las instancias correspondientes, ya sea por parte del propio

Congreso de la República [...] o por los órganos de Control de la Contraloría General de la República [...], de manera de controlar el uso de los recursos públicos en el pago de honorarios de abogados particulares y estudios que, en la mayoría de casos, convierten el ejercicio de la abogacía y la defensa letrada en una suerte de fábrica de recursos y excepciones procesales que presentan a los despachos judiciales sin ningún escrúpulo ni control, pese a conocer de su evidente falta de sustento.

Tales comportamientos irresponsables y contrarios a la ética profesional de la abogacía, resultan doblemente perniciosos. Por un lado, generan frustración y desasosiego en los pensionistas que no cuentan con los recursos para hacer frente a las “estrategias legales” del propio Estado, y por otro, abarrotan los despachos judiciales, distrayendo la atención que merecen casos que realmente requieren de actuación inmediata y oportuna de los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional, 2010, f.j. 23, 26 y 27)

Sustentar la aplicación del derecho sin ningún parámetro y suprimiendo los derechos de la contraparte resulta en un accionar constitucionalmente reprochable. Este tipo acciones conllevan a situaciones injustas y absurdas que no permiten la concretización de la justicia ni del bienestar. Asimismo, producen en los ciudadanos indignación y rechazo. En palabras de Atienza (2013), “la ley no se cumple, o no se cumple siempre, simplemente porque sea ley, sino porque se entiende justa. Y de ahí que cuando se percibe su carácter injusto (o particularmente injusto) surjan movimientos sociales para acabar con esta situación” (p. 103). Un ejemplo de cómo las situaciones de injusticia en el derecho conllevan movimientos que buscan modificar estas se aprecia en las acciones tomadas a partir de la crisis social, política e institucional generada por los CNM Audios que llevó al cierre del CNM y al inicio de la reforma del sistema de justicia.

Las características mencionadas sobre cómo se concibe y se aplica el derecho en un ECD nos permiten notar que los ciudadanos, desde los diferentes roles (abogado en la práctica privada de la profesión, juez o funcionario público), deben no solo no actuar en contra de la Constitución, sino que tienen el deber de concretarla en cada una de sus posturas e interpretaciones.

Vale resaltar, asimismo, que la congruencia con el paradigma del ECD se debe mostrar a nivel de la trayectoria. Con ello, nos referimos a que existen profesionales del derecho que pueden migrar de una concepción a otra según convenga a diversos intereses. En ese sentido, pueden tener un día una aproximación formalista y el otro, una sostenida en principios. Como elemento de la idoneidad moral, entonces, se debe mostrar un compromiso con el ECD de modo consistente y no con ejemplos aislados.

Finalmente, los profesionales del derecho toman el rol de autoridades ya sea en el ejercicio privado o público de la profesión. En efecto, por ejemplo, puede que se ejerza como juez o fiscal, pero en ambos casos se está a cargo de un equipo y se pueden tomar roles a nivel institucional. En el ámbito privado, se puede ser socio en un estudio de abogados, director en una organización no gubernamental, gerente legal en una empresa, entre otros. En dichos cargos, una autoridad congruente con el paradigma y con los valores del marco ético de la profesión no debe tener prácticas autoritarias ni contrarias a derechos. Lo que ocurriría si, por ejemplo, se tratase de una autoridad cerrada, que no tenga capacidad de dialogar, que no justifique sus decisiones, que sea hostil ante las críticas, que maltrate, que no cumpla con sus deberes, entre otros. Asimismo, ocurrirá cuando no respete derechos, por ejemplo, haciendo

que los trabajadores o practicantes laboren más allá del tiempo permitido. Lo mismo aplica para profesionales del derecho que ejercen la docencia en facultades de derecho. En su rol, deberán mostrar que han cumplido sus deberes (dando cuenta de que no toman su posición de autoridad como un privilegio) y que han sostenido vínculos con sus estudiantes basados en el respeto: sin humillar o maltratar, sin ser arbitrarios ni incongruentes (exigir a los estudiantes aquello que ellos/as como docentes no cumplen).

Al contrario, se mostrará compromiso con el ECD, en el rol de autoridad, cuando esta se ejerza con apertura al diálogo, transparencia, autocrítica, respeto a la dignidad de los trabajadores, igualdad en el trato, entre otros. Asimismo, cuando se muestre haber conducido mejoras institucionales en favor de los derechos y la legalidad dentro de la organización.

Dado que la idoneidad moral de los postulantes a la JNJ está constitucionalmente regulada, esta debe de comprenderse en concordancia con las demás disposiciones, valores y principios constitucionales. Se entiende, entonces, que la idoneidad moral de los magistrados de la JNJ permitirá que se concreten estos principios y valores en cada una de las decisiones de selección, ratificación y destitución de jueces y fiscales, permitiendo que el Poder Judicial y el Ministerio Público se encaminen su labor hacia una lucha contra la injusticia (Atienza, 2013).

2. Reflexividad Moral en el Ejercicio Profesional

Sostenemos que la idoneidad moral tiene como uno de sus elementos a la reflexividad moral, es decir, la práctica de pensarse a uno mismo, a los propios actos y decisiones, en términos morales.

La reflexividad moral de quien integra la JNJ le permitirá advertir la normalización de prácticas incorrectas, reconocer aquello que debe hacerse mejor, reconocer aquello que lo conflictúa y pensarlo con profundidad, así como evitar el autoengaño cuando justifica sus acciones.

A continuación, presentamos dos aproximaciones a la reflexividad moral. La primera se enfoca en el examen que la persona conduce acerca de su modo de vivir la profesión y de las razones de sus decisiones y acciones, mientras que la segunda estudia las vías por las que las personas se desconectan moralmente en su quehacer profesional.

a) La Reflexividad Socrática. Podemos partir mencionando que la reflexividad moral se evidencia desde una lógica socrática (Arendt, 2010; Foucault, 2014), en la práctica de examinarse a uno mismo. Ello, al menos, en dos ámbitos.

De un lado, el examen socrático recae en las propias concepciones. Sócrates buscaba que sus interlocutores se detuvieran y pusieran en cuestión las concepciones que sostienen sus modos de vivir. Un ejemplo lo encontramos en el diálogo Gorgias (2010), en el que Sócrates pregunta qué es la retórica. Cuando se le responde que es el arte de la persuasión, Sócrates interroga: ¿de qué persuade esa persuasión? En ese sentido, lleva a oradores profesionales a cuestionar su quehacer y el modo en que viven su profesión, a través del examen de sus concepciones.

Así, Foucault (2014) resalta que no se trata de examinar un saber en el registro de la *téchne*, desligado de la vida, sino del orden del *bios*, de la forma que le damos a nuestra vida y las concepciones que le son funcionales. Al respecto, hemos resaltado en otra ocasión (Del Mastro, 2020), lo que dice Laques respecto del examen de uno mismo:

No se trata de competencia, no se trata de técnica, no se trata de maestros ni de obra. ¿Por dónde pasa la cuestión? La cuestión pasa [...] por la manera como se vive [...] de qué manera vives hoy, y también de qué manera has vivido tu vida pasada. (Foucault, 2014, p. 136)

En el mismo diálogo socrático, Nicias lo advierte al decir que:

[...] uno está obligado, sea cual fuere el tema que se aborde en principio, a dejar que el hilo de la conversación lo lleve a recibir explicaciones sobre sí mismo, sobre su propio género de vida y sobre toda su existencia anterior. (Foucault, 2014, p. 135)

El propósito del examen no es solo saber más de uno mismo, sino que, sobre todo, apunta a que la persona se ocupe de sí misma. Como resalta Foucault, la persona revela la verdad de su vocación y su modo de vivir, con miras a ocuparse del mismo, es decir, a buscar la congruencia en el pensamiento y entre este y la acción. Desde esa óptica, la reflexividad es un examen ético en el que reconocemos lo bueno y malo en nuestras acciones y modos de vivir.

De otro lado, aunque asociado a lo recién dicho, resaltamos el examen socrático como un modo de pensar indesligable de la acción. Como indica Arendt (2010), Sócrates no fue un pensador profesional, en el sentido de que no buscaba llegar a respuestas definitivas, sino que ante cada suceso o situación abría la reflexión moral con respecto a qué curso de acción seguir. Un ejemplo lo tenemos en su diálogo con Critón, discípulo que le propone escapar de prisión luego de que fuera sentenciado a muerte. La propuesta la sustenta en que su reputación, como sus discípulos, quedaría muy dañada porque la gente creería que no intentaron hasta lo último por salvar a su maestro “por cierta debilidad o cobardía” (2017, p. 144). Frente a ello, responde Sócrates que:

[...] es menester examinar si esto debe hacerse o no; porque yo, no solo ahora, sino siempre, he sido tal que no he cedido a ninguno de mis amigos, sino a aquella razón que después de haber reflexionado me haya parecido la mejor [...] (2017, p. 145)

Aun cuando el sentido común y la inercia apunten a escapar, y pese a que su discípulo da razones funcionales a ese camino, Sócrates razona antes de actuar y su acción es congruente con sus razones.

Lo contrario a la reflexividad es el operar con “pensamientos congelados” (Arendt, 2010, p. 198), esto es, doctrinas, frases, ideas que no han sido puestas en cuestión en la propia mente, que no han sido exploradas, pero que sostienen las acciones y maneras de vivir. Se trata en rigor de una ausencia de pensamiento, si entendemos por este el “diálogo de uno consigo mismo”, mediante el cual el sujeto analiza y contrasta posiciones en el fuero interno, a modo de un debate genuino de dos-en-uno. Nótese que lo caracteriza a un pensamiento congelado no es que no tenga ningún sentido, sino que no ha habido un proceso de puesta en cuestión en el que un mismo sujeto examina la idea del modo más imparcial posible (y no, por ejemplo, encontrando únicamente razones a favor de la idea que a uno le conviene).

En el ámbito del derecho y la abogacía, podríamos pensar que la reflexividad, en términos socráticos, se evidenciaría en las opiniones de los profesionales del derecho, así como en los modos en que pensaron (o no) en situaciones determinadas de su quehacer profesional. Así, por ejemplo, se evidenciaría reflexividad en la medida en que:

- (i) La persona haya puesto en cuestión sus concepciones acerca del derecho, sus posturas en torno a dilemas éticos en la abogacía y su propio modo de ejercer el derecho. No se mostraría reflexividad si se dan respuestas vagas, con un nivel de reflexividad limitado

en tanto se estanca en pensamientos congelados o si se sostiene un punto sin mostrar consideración y contraposición con otras miradas. Debería tratarse de concepciones que son fruto de un pensamiento que ha puesto genuinamente el asunto en cuestión y que, por ello, puede ser expresado con profundidad y con posturas. Estas concepciones, por lo demás, tendrían que tener un correlato con las maneras en que se ha ejercido la profesión. En esa línea, como hemos sostenido recientemente (Del Mastro, 2020), la concepción es un tipo especial de saber, al ser una postura y no una definición. Siendo ello así, como hemos sostenido en otra ocasión (Del Mastro y Anzola, 2023), existen diversas resistencias para que un profesional del Derecho ponga en cuestión cuál es la propia concepción del Derecho.

- (ii) La persona evidencie que, en diversas situaciones, reflexionó en términos morales antes de tomar una decisión o acción. Estas reflexiones pueden haber surgido ante eventos del ejercicio profesional, ante dilemas éticos, decisiones importantes, posiciones y situaciones problemáticas a nivel institucional, entre otros. La profundidad de las reflexiones exige que estas no se cierren rápidamente en lugares comunes (con frases hechas o pensamientos congelados, que cierren la interrogación) y que, dentro del conjunto de razones que justifiquen la acción, haya razones morales. La reflexividad se mostrará con claridad en escenarios donde se decida, por ejemplo, no actuar conforme a prácticas normalizadas que uno estima incorrectas.
- (iii) La persona da cuenta de una mirada autocrítica a su pasado y presente como profesional. La trayectoria profesional puede ser idealizada o, en todo caso, puede que no se reconozca lo negativo en las propias acciones y actitudes. Ello puede ocurrir con mayor intensidad en ámbitos donde la imagen y la opinión del otro juega un rol importante como parte de la identidad profesional. La reflexividad lleva en este caso a reconocer aquello en que se puede mejorar como profesional y, en general, a tener una actitud autocrítica respecto a los modos en que vivimos y ejercemos la profesión.

b) Desconexión Moral. Un marco teórico que permite mostrar la falta de reflexividad moral es el de la desconexión moral, de Bandura et al. (1996). Además de ser un marco congruente con la aproximación socrática, tiene como rasgo positivo el haber sido estudiado a nivel empírico, con métodos tanto cuantitativos como cualitativos, que permiten evidenciar niveles de desconexión moral en diversos sujetos, así como el nexo entre esta desconexión y decisiones poco éticas (Deter et al., 2008).

Para Bandura et al., el sujeto elude evaluar y regular moralmente sus actos a través de diversos mecanismos y, así, evita reconocer las propias incorrecciones y presenta sus acciones como siempre justificadas (1996).

La desconexión se logra por cuatro mecanismos por los que el sujeto deja de regularse moralmente: (i) reconstrucción cognitiva de la realidad, (ii) desplazamiento y difusión de la responsabilidad del acto, (iii) no reconocer las consecuencias del acto, y (iv) deshumanizar a la víctima (Bandura et al., 1996). A continuación, describimos cada uno de estos mecanismos y los submecanismos que los componen.

En primer lugar, la reconstrucción cognitiva de la realidad se da cuando el sujeto presenta su modo de actuar como siempre justificado. Mediante este mecanismo, el sujeto se presenta a sí mismo una representación de la realidad que es funcional a su curso de acción, es decir, que le permite considerar su acción como moralmente aceptable sin preguntarse genuinamente si

lo que hace es correcto. Se trata de una reestructuración cognitiva de lo ocurrido, por la cual la realidad construida no es puesta en cuestión y no parte de una reflexión moral, sino de la necesidad de justificar lo hecho (Bandura et al., 1996). Con ello, se elude la autocondena por los propios actos:

Cognitive transformation of harmful conduct into good conduct through moral justifications and palliative characterizations by euphemistic labeling and behavioral contrasts is the most effective psychological mechanism for disengagement of self-sanctions. (Bandura et al. 1996, p. 365)

Bandura et al. presentan tres submecanismos por los que se logra justificar la propia acción. A continuación, describimos cada una de ellas, mostrando algunos ejemplos tomados de diversas investigaciones.

- a) Justificación moral. A través de este mecanismo, una conducta incorrecta se torna en correcta al asociarla a una finalidad mayor y con propósitos elevados, que generan una representación de la realidad donde el sujeto es superior y sus actos son siempre justificados (Martínez-González et al., 2020). Así, por ejemplo, dicen Bandura et. al.: “In the transactions of everyday life, a lot of aggressive behavior gets justified in the name of protecting honor and reputation” (1996, p. 365). En el caso del *bullying*, podríamos pensar como un ejemplo el decir que “el *bullying* es parte del aprendizaje de los niños”. Otro ejemplo, planteado por Deter et al., es el siguiente:

[...] hiring young children overseas may be justified by stating that without such work the children would have to engage in other more dangerous or degrading forms of employment to help their desperate families. (2008, p. 375)

En un caso, la justificación de la conducta dañina se da por la finalidad de aprender. La falta de evaluación moral es clara, ya que podríamos preguntarnos rápidamente ¿qué es lo que se aprende con el *bullying*? En el segundo caso, la justificación se da por las necesidades económicas, sin advertir, por ejemplo, que existen caminos alternativos, que no implican infringir la ley y dañar a los niños, para ayudarlos.

- b) Lenguaje eufemístico. A través del uso del lenguaje se presenta el propio acto como correcto o justificado: “[...] thus provides a convenient tool for masking reprehensible activities or even conferring a respectable status upon them” (Bandura et al., 1996, p. 365). Para Martínez-González et. al. (2020), un ejemplo es la voz pasiva sin agente (el arma se disparó) o palabras positivas o neutrales para actos negativos (favor, daño colateral). Asimismo, mentir al competidor se puede presentar como una presentación estratégica de lo ocurrido (Deter et al., 2008).
- c) Comparación ventajosa. El sujeto puede presentar su acto como correcto o justificable al compararlo con otros actos peores. Al hacerlo, no advierte que la existencia de actos más graves no justifica la moralidad de otros actos también reprochables. Sobre el particular, señalan Bandura et. al.:

By exploiting advantageous comparison with more reprehensible activities, injurious conduct can be rendered benign or made to appear to be of little consequence. The more flagrant the contrasted activities, the more likely it is that one's own injurious conduct will appear trifling or even benevolent. (1996, p. 365)

Martínez-González et al. dan como ejemplo “[...] cuando las personas justifican el castigo físico con palmadas a los niños afirmando que hay quienes usan correas” (2020, p. 352). Otro ejemplo sería el justificar haber visto, como estudiante, solo una parte de un examen que se filtró, cuando otros alumnos vieron todo (Deter et al., 2008).

Desde el psicoanálisis, encontramos un escenario en que puede tener lugar este tipo de desconexión: la escisión que opera en escenarios de conflicto, donde todo lo bueno es asignado a nuestra posición y todo lo malo a quien nos enfrenta. En ese caso, el sujeto no advierte las ambivalencias de ambas posiciones y termina justificando sus actos y posturas bajo la idea de que en sí mismo reside el bien que enfrenta al mal.

En una investigación con practicantes de derecho (Del Mastro, 2022), se advierte, por ejemplo, la idea de que se debe trabajar más allá de lo que manda la ley porque “el sacrificio es necesario para sobresalir y para aprender” o que se debe tolerar el maltrato de un jefe porque “así trata a todos”. En otra investigación en curso, con estudiantes de derecho, frente a comentarios racistas de un docente a todo el salón, los estudiantes dicen que nadie dijo nada porque, de hacerlo, se les bajaría la nota. Estos serían ejemplos de justificación moral, ya que se presenta una finalidad superior que justifica el acto, sin que se examine si este es moralmente correcto o no. En un caso, la finalidad es sobresalir y aprender, mientras que en el otro es la nota. No se examina si es que estas finalidades justifican que se incumpla la ley y se tolere el racismo en el aula.

Podemos pensar en ejemplos de profesionales que ponen su carrera como justificación de actos sobre los que no han reflexionado moralmente. Algunos ejemplos podrían encontrarse en justificaciones de actos (o inacciones) necesarios para mantenerse en el puesto o ascender (justificación moral), dado que, por lo demás, se trata de actuar según *como son las cosas* (lenguaje eufemístico). En materia de ética profesional, conductas cuestionables, como la dilación de los procesos o las gestiones privadas fuera de los supuestos permitidos, pueden justificarse en que “otros hacen cosas peores” o en que son acciones “sin las cuales no se pueden lograr/no avanzan las cosas” (comparación ventajosa).

En segundo lugar, tenemos el mecanismo del desplazamiento y difusión de la responsabilidad del acto, por el cual el sujeto no reconoce su rol de agente en un acto incorrecto. Sobre este mecanismo, dicen Deter et al. que es:

[...] particularly applicable in work organizations where individuals feel compelled to follow the orders of authority figures (e.g., to change the numbers in a report) and where responsibility for harmful outcomes is often diffused to organizational teams or units. (2008, p. 376)

El desplazamiento de la responsabilidad se da al colocarla en una figura de autoridad, en las presiones sociales o en el sistema, mientras que la difusión opera cuando el sujeto es parte de un grupo y encuentra vías para eludir su rol de agente.

- a) Responsabilidad de la autoridad, la presión social, el sistema. En este caso, la responsabilidad se coloca en una autoridad y, con ello, se elude preguntarse por el propio rol. Un ejemplo en un estudio acerca del *bullying* (Hymel et al., 2005, p. 4) sería que un alumno diga que la responsabilidad de frenar el *bullying* es de los docentes. Así, se elude examinar si uno mismo, como estudiante, debería o no decir algo. En una investigación acerca del uso de drogas en deportistas de élite, se da el siguiente ejemplo, obtenido de una entrevista: “It’s like all the top sprinters are on them [...] all the big ones, I just kinda thought to be up there you need to get on it” (Boardley y Crix, 2014, p. 704).

En este ejemplo, se muestra a los deportistas de élite que usan drogas como una vía para justificar la propia acción.

- b) Difusión en el grupo. Bandura et. al. muestran diversas maneras en las que el grupo permite a la persona eludir el rol de agente de sus propios actos. Brindan así tres escenarios:

By division of labor for a venture with different members performing subdivided aspects that seem harmless in themselves but harmful in its totality.

Group decision making is another common practice, one that enables otherwise considerate people to behave inhumanely. When everyone is responsible, no one really feels responsible.

Group action is still another expedient for weakening moral control. Any harm done by a group can always be attributed largely to the behavior of others. People behave more cruelly under group responsibility than when they hold themselves personally accountable for their actions. (1996, p. 365)

Desde la pedagogía de Paulo Freire (1968) y el psicoanálisis (Bettelheim, 2012), se puede pensar en la fatalidad como una vía para evitar examinar la propia acción o inacción y asumir la agencia. Al decir, por ejemplo, que así funcionan las cosas y no pueden cambiar o que no es posible resistir a lo que manda un jefe, el sujeto se convence de que no ha tomado una decisión de actuar o no actuar, sino que ello es responsabilidad de una fuerza (el sistema, la realidad) que lo lleva irremediablemente a ello.

En el caso del derecho, la responsabilidad en el grupo se puede advertir en la frase de Pedro Chávarry, en respuesta al caso que se abrió en el Colegio de Abogados, respecto a que todos los abogados mentirían (Chuquicallata Reategui, 2018). Podemos pensar también en ejemplos de la división de la labor: “Yo solo redacté el escrito”, o del desplazamiento de responsabilidad a las autoridades o el sistema: “lo firmarán los socios”, “el sistema funciona así”. Un ejemplo en esa línea podría ser el decir “es parte de ser litigante”, “de ser fiscal”, “de ser penalista”, entre otros.

En estudiantes de derecho, se puede evidenciar este mecanismo cuando narran situaciones problemáticas con sus docentes en las que, por ejemplo, estos hacen comentarios racistas, actúan de modo arbitrario, incumplen deberes propios de su función, entre otros. Los estudiantes narran algunos sucesos en tercera persona, al decir, por ejemplo “todo el mundo” se quedó pasmado y “nadie” dijo nada. Esto mostraría que no se piensa la situación como una en la que tengan agencia respecto a su propio no decir ya que este se presenta como un silencio grupal.

En tercer lugar, una persona se desconecta moralmente cuando no reconoce las consecuencias dañinas. Conforme a Bandura et al. (1996), las personas pueden “ignorar, minimizar, distorsionar o no creer” (p. 365) las consecuencias dañinas de los propios actos. Señala al respecto lo siguiente:

When people pursue activities harmful to others for personal gain, or because of social inducements, they avoid facing the harm they cause, or they minimize it. They readily recall prior information given them about the potential benefits of the behavior but are less able to remember its harmful effects. (1996, p. 365)

Además de tener foco en los beneficios, Bandura et al. indican que se pueden negar las consecuencias negativas. Un ejemplo de esto lo dan Deter et al.: “[...] customers may tell

themselves that no one will be harmed by not reporting an error in their favor because “this little bit of money doesn’t affect anything in a huge company like X” (2008, p. 376).

Desde el plano de la ética profesional, un ejemplo podría ser el aludir al beneficio potencial o real de una actividad del cliente, para justificar ciertas posturas y estrategias, sin medir también el daño que genera o los derechos que afecta. Ello podría ocurrir, por ejemplo, al restar gravedad a la presentación de alegatos sostenidos en estereotipos de género en contra de una mujer en un caso de tenencia, sin pruebas y sin que tengan relevancia. Otro ejemplo podría ser el uso de estrategias dilatorias o gestiones privadas no permitidas.

Finalmente, el *detrimento de la víctima* es un mecanismo por el cual se genera daño deshumanizando o culpando a quien lo sufre.

- Deshumanizar. Consiste en restar atributos humanos, de modo que las personas sean vistas como seres sin identidad, sin sentimientos, esperanzas, preocupaciones, historias. Bandura et al. señalan que las personas a las que se da poder punitivo tienden a deshumanizar a quienes lo sufren. Asimismo, indica lo siguiente: “People enlist moral justifications for punitive conduct directed toward individuals who have been deprived of humanness, but they disavow punitive actions and condemn them on moral grounds toward individuals depicted in humanized terms” (1996, p. 366).
- Culpar. La persona que daña se presenta como la víctima que se defiende de la verdadera víctima y presenta a esta como la culpable. Así, brinda el siguiente ejemplo: “Children who are ready aggressors are quick to ascribe hostile intent to others, which provides justification for preemptive retaliatory acts” (p. 336). De otro lado, puede que la persona culpe a la víctima de su situación. Otro ejemplo sería afirmar lo siguiente: “To forget to declare a financial error in our favor is not serious, since it is the responsibility of the receiving person or institution to check for error” (Fida et al., 2009). En ese caso no se admite la propia culpa al asignarla a quien es afectado por la conducta.

Desde el derecho, podemos pensar cómo se defienden y juzgan delitos como la violación, atribuyendo la culpa a la víctima por el tipo de ropa interior o al hecho de que le guste la vida social. Podemos pensar, también, cómo roles de juzgar, defender, acusar, que se dan en un contexto de conflictos jurídicos pueden llevar a restar humanidad a quienes intervienen. Asimismo, desde el rol de regulador se puede concebir al regulado como un punto en la estadística o que le atribuye una serie de factores de identidad, cayendo en generalizaciones. Estas representaciones del otro pueden llevar a culparlo, a silenciar su verdad y no ser consciente del impacto de nuestras acciones.

Como vemos, estos mecanismos pueden ser utilizados por profesionales del derecho en múltiples situaciones vividas, incluyendo aquellas evaluables desde un foco de ética profesional. Un buen nivel de idoneidad moral se mostraría con un bajo uso de estos mecanismos de desconexión, lo que daría cuenta de una actitud de considerar los propios actos desde un foco moral.

V. Consideraciones Finales

Como se ha sustentado en el presente trabajo, los elementos que consideramos indispensable incorporar en la determinación de la idoneidad moral en el perfil de los postulantes son los siguientes: (i) el compromiso sostenido durante su trayectoria profesional con el paradigma del ECD y (ii) la reflexividad moral en el ejercicio de la profesión. Ambos elementos permitirán

determinar la correspondencia entre la moral de los candidatos y la idoneidad moral exigible a un miembro de la JNJ.

Adicionalmente al análisis de estos elementos consideramos relevante mencionar, por un lado, algunas de las dificultades que existen de cara a la evaluación de la idoneidad moral. Ello debido al poco interés que ha existido y existe por la moral en el derecho de parte de diferentes instituciones involucradas, como lo son las facultades de derecho y los colegios de abogados del país. Por otro lado, queremos enfocar los riesgos que existen en la regulación actual sobre la evaluación, así como los instrumentos a utilizar en la evaluación de los postulantes de la JNJ.

1. Sobre la Abogacía y la Enseñanza del Derecho

En nuestro país, no hay mucho espacio para la moral en el mundo del derecho. En el ejercicio profesional, se suele operar con formalismo o con una mirada estratégica (sostener lo que convenga), tolerándose posturas sin sustento que lindan con faltas éticas. Esto sin perjuicio del avance del constitucionalismo y de sus nexos con la filosofía del derecho, que ha sido significativo y permea múltiples ámbitos del ejercicio profesional. Al mismo tiempo, se critica la enseñanza del derecho por formar un entendimiento formalista del derecho y del quehacer profesional.

A la par, la ética profesional se encuentra en situación de abandono, tanto por los colegios de abogados como por las facultades de derecho. Los primeros están lejos de tener la ética profesional como parte de sus prioridades. Hay colegios que no tienen siquiera comisión de ética o que resuelven muy pocos casos al año. No existe, por ejemplo, jurisprudencia o resoluciones que fijen parámetros o líneas de interpretación del Código de Ética. En el caso de las facultades de derecho, muchas de ellas no tienen un curso de ética profesional. Lejos de ello, en una reciente investigación, hemos mostrado cómo, de diversas vivencias de los estudiantes de derecho con sus docentes, emana una concepción autoritaria del derecho (Del Mastro, 2020), pese a que los perfiles de egreso incorporan valores propios de nuestro régimen constitucional. En similar línea, un grupo de facultades de derecho indicaron en un pronunciamiento, que:

Existen diversas investigaciones y declaraciones [...] que muestran que las facultades de derecho en nuestro país no están formando a sus estudiantes en ética y responsabilidad profesional. Por el contrario, en muchos casos, existen prácticas que forman en antivalores y proyectan una imagen del éxito profesional que no incluye a la ética como elemento central. (Facultades de Derecho, 2019, p. 1)

Siendo ello así, hablar de idoneidad moral no resulta fácil porque es un tema al que no se le presta atención y en el que hay muy poco trabajo. En contraste, existen múltiples pensamientos congelados, malas prácticas normalizadas y modos de actuar que han sido examinados moralmente. Asimismo, ciertas características de la profesión, como la presión, la complejidad anímica de la labor, la competitividad y visión de éxito, las jerarquías y la imagen, entre muchas otras, son potencialmente contrarias a la reflexividad.

Por esto, hablar de idoneidad moral sin caer en el criterio de descarte, puede generar resistencias.

Por otro lado, es relevante considerar que, si bien existe un discurso políticamente aceptado y un requerimiento ciudadano sobre la necesidad de asegurar que la formación de los

abogados y su ejercicio profesional se ajusten a valores como la probidad, honestidad y diligencia (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021) las acciones de ciertos sectores políticos demuestran un actuar opuesto en momentos decisivos para el cambio.

Un ejemplo de ello es el proceso de discusión en el Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley n.º 3164/2018 para incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía, presentado por el Poder Ejecutivo como parte de las medidas para reformar el sistema de justicia. El mencionado proyecto de ley proponía adoptar medidas como incluir “contenido ético mínimo en los programas de Derecho de pre y posgrado” (Poder Ejecutivo 2018a, art. 5), “[p]romoción de la investigación en materia de ética y responsabilidad del abogado” (Poder Ejecutivo, 2018a, art. 13), “[p]romoción de la integridad en los concursos de méritos y evaluación de jueces y fiscales” (Poder Ejecutivo, 2018a, art. 7), la inclusión de un “[c]ontenido ético mínimo en la admisión al colegio de abogados” (Poder Ejecutivo, 2018a, art. 10), entre otras (Castañeda, 2020).

Sin embargo, la aprobación de estas medidas, que pudieron haber influido de forma positiva en nuestro sistema de justicia, fueron rechazadas. El Congreso de la República aprobó un texto en el cual se excluyó la incorporación de contenidos mínimos de ética en los programas de derecho de las universidades del país y en los programas de la Academia de la Magistratura (Castañeda, 2021). Tampoco incluyó la obligación de los colegios de abogados de facilitar el acceso al público de información sobre distintos aspectos sobre la ética en la abogacía para fomentar la investigación, ni se incorporó la ética como un aspecto del proceso de ratificación de jueces (Castañeda, 2021).

En tanto, la autógrafa aprobada por el Congreso de República era contraria al sentido de la reforma, seis facultades de derecho de reconocidas universidades del país, incluyendo sus autoridades y docentes¹⁵ solicitaron al presidente de la República la observación de la ley aprobada, emitiendo un pronunciamiento en el cual enfatizaron que:

Las facultades de derecho constituyen un eslabón central en el sistema de justicia. En sus aulas y pasillos, los y las estudiantes interiorizan qué significa ser un profesional del Derecho, qué valores animan nuestra profesión y qué límites tendrán al ejercerlas. En esa medida, los miembros de esta comunidad tenemos la responsabilidad en estado ético de la abogacía y contamos con la voluntad de asumirla. Por lo dicho, consideramos que el Congreso ha aprobado una autógrafa contraria a los esfuerzos por reformar el sistema de justicia, que parte de dos errores: entender que no hay necesidad de regular la materia y que la obligatoriedad vulnera la autonomía universitaria. (Facultades de Derecho, 2018, p. 1)

La Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia y la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (2019), apoyarán la solicitud de las mencionadas facultades de derecho; asimismo, se expresaron señalando que apoyan el pedido de observación de la ley debido a que:

[...] en una sociedad como la nuestra en la que cotidianamente sufrimos las consecuencias de la crisis de valores y la corrupción, es necesario reivindicar, vivir, y defender la ética como

15 Las universidades que se pronunciaron en contra del texto aprobado por el Congreso de la República fueron: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Universidad Nacional de Cajamarca y Universidad del Pacífico.

fundamento central de los derechos humanos y de una sociedad democrática con un sistema de justicia independiente, prestigioso y eficiente. (p. 1)

Pese a las observaciones presentadas por el Poder Ejecutivo, así como al desacuerdo manifestado por facultades de derecho del país, la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia y la Asociación Peruana de Mujeres Juezas, la Comisión de Justicia del Congreso de la República emitió un dictamen en insistencia, el cual, además, no fue programado en la agenda del Pleno del Congreso de la República, perdiéndose la oportunidad de regular aspectos determinantes para el éxito de la reforma (Castañeda, 2020).

Sin perjuicio de lo dicho, gracias a la solicitud del Consorcio para el Ejercicio Ético del Derecho (CEED), que integran diversas facultades y escuelas de derecho a nivel nacional, el SINEACE ha regulado un estándar de formación ética en su Modelo de Calidad para la Acreditación de Programas de Derecho (2022). El estándar n.º 4 establece, en esa línea, que:

La formación del estudiante brinda especial atención a la práctica de la ética orientando el logro de un comportamiento ético del egresado. Con este fin, se desarrolla y/o profundiza conocimientos teóricos sobre la ética desarrollando actividades vivenciales que permita a los estudiantes evidenciar en la práctica el comportamiento ético. (p. 17)

Tanto las facultades de derecho como las instituciones del sistema de justicia deben abrir sus reflexiones a la naturaleza moral del ejercicio profesional, de modo que sea más factible pensar en vías para formar y evaluar la idoneidad moral en nuestra profesión.

2. Sobre los Instrumentos y el Proceso de Evaluación

Actualmente, la Constitución regula que la elección de los miembros de la JNJ se realice por medio de un concurso público que incluya la evaluación de la idoneidad y solvencia moral de los postulantes. Como hemos visto, este parámetro constitucional es el resultado de un proceso social, político e institucional que tiene en su centro la exigencia efectiva de estándares morales en la administración de justicia del país. Ello, en tanto que el proceso de reforma constitucional se hace viable luego de la revelación pública e innegable de cómo, en las más altas esferas del sistema de administración de justicia, se hace uso del poder de forma cínica, privilegiando intereses particulares y sin ningún criterio moral.

El procedimiento de selección tiene por objetivo elegir como miembros de la JNJ a los postulantes que cuenten con idoneidad y solvencia moral. Sin embargo, identificamos que la Constitución Política y la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia no establecen un único criterio o enfoque de evaluación, sin embargo, al operativizar las normas constitucionales y legales en el reglamento se hace énfasis en el uso del criterio de descarte para determinar la idoneidad moral de los candidatos. Al respecto, reiteramos que el uso exclusivo o preponderante de este criterio, en el proceso de evaluación, resulta riesgoso ya que no asegura que los postulantes que superen los criterios de exclusión cuenten efectivamente con el estándar moral necesario para elegir, ratificar y destituir jueces y fiscales en nuestra actual realidad social y política.

Si bien el criterio de descarte es útil como primer filtro en el procedimiento para excluir a quienes, evidentemente, no cuentan con idoneidad moral, este criterio no debe distraer la atención de la evaluación sobre la correspondencia de la idoneidad moral. Es necesario que

la Comisión Especial de la JNJ enfoque la evaluación en elementos claves que le permitan verificar la correspondencia entre la moral de los postulantes y la idoneidad moral con la que debe contar un miembro de la JNJ. En ese sentido, también, corresponde a los postulantes la carga de demostrar que, indiscutiblemente, cuentan con el estándar de idoneidad moral para el cargo al que aspiran.

La evaluación de la correspondencia es el desafío más grande del nuevo procedimiento de elección de los miembros de la JNJ. Este es un tipo de evaluación que no se ha realizado antes para la elección de funcionarios de este nivel, por lo que no se cuenta un precedente que permita a la Comisión Especial de la JNJ servirse de experiencias pasadas. El reto exige que se identifiquen los elementos efectivos e innovadores para que las evaluaciones se lleven a cabo con éxito.

Otro riesgo identificado es que la evaluación de idoneidad moral —según el Reglamento de la Comisión Especial JNJ y las Bases del Concurso Público de Méritos— se limita a la entrevista personal. Sin embargo, consideramos que esta disposición reglamentaria restringe de manera inadecuada la posibilidad de realizar una evaluación transversal de la idoneidad moral en distintos momentos del procedimiento de selección, como en la evaluación curricular o de conocimientos.

Una evaluación transversal permitiría examinar la idoneidad moral de los participantes a profundidad. En esta, se podría requerir, por ejemplo, que los postulantes presenten un ensayo documentado en el cual evidencien su compromiso con el paradigma del ECD o que se realice una entrevista adicional en la que se evalúe la reflexividad moral de los candidatos preguntando por sucesos específicos. Las evaluaciones podrían seguir métodos rigurosos, incluso por especialistas independientes, y derivar en decisiones motivadas.

REFERENCIAS

- Arendt, H. (2010). *La vida del espíritu*. Paidós.
- Ancí, N., Del Mastro, F., Piazza, W., Saldaña, J., Sotero, M. y Gonzáles, G. (2017). Mesa Redonda: "Enseñanza del Derecho: Perspectiva y Propuestas." *Derecho & Sociedad*, 48, 287-312.
- Asamblea Constituyente. (1979). Constitución Política del Perú.
- Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia y la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (2018). *Comunicado n.º017-CD-JUSDEM-2019*. <https://www.jusdem.org.pe/pronunciamientos/PRONUNCIAMIENTO%20N172019.pdf>
- Atienza, M. (2002). Argumentación jurídica y Estado Constitucional. *Ideas & Derecho*, 2, 153-162.
- Atienza, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. *Isonomía*, 34, 199-201. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n34/n34a10.pdf>
- Atienza, M. (2013). *El sentido del Derecho*. (3ª ed.). Planeta.
- Atienza, M. (s.f.) *Sobre la ética de los abogados*. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/sobre-la-etica-de-los-abogados.pdf?noCache=1422624251985>
- Bandura, A., Barbaranelli, C., Caprara, G. V., y Pastorelli, C (1996). Mechanisms of moral disengagement in the exercise of moral agency. *Journal of Personality and Social Psychology*, 2, 364-374.
- Bettelheim, B. [1988] (2011). *No hay padres perfectos. El arte de educar a los hijos sin angustias ni complejos*. Barcelona: Crítica
- Boardley, I., y Crix, J. (2014). Doping in team and individual sports: a qualitative investigation of moral disengagement and associated processes. *Qualitative research in sport* 7 (5), 1-20.
- Castañeda, F. (2020). Una propuesta de reforma de la abogacía frente a la crisis del sistema de justicia. En *Reflexiones sobre la enseñanza y regulación de la ética y la responsabilidad profesional en la abogacía*, (pp. 51-61). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Chirinos, P. (2023). Moción del Orden del Día n.º 7565, 23 de agosto de 2023. <https://wb2server.congreso.gob.pe/smociones-portal-service/archivo/MjQ4ZTNmNDQtYzJhOC00MDExLTg5MjAtYzc4NGFmMDQ1YWFl/pdf>
- Chuquicallata Reategui, F. (7 de noviembre de 2018). Chávarry: «Si por mentir me van a inhabilitar, todos los abogados tendríamos que dejar el Colegio de Abogados». *LP*. <https://lpderecho.pe/pedro-chavarry-mentir-inhabilitar-abogados-tendriamos-dejar-colegio-abogados>
- Comisión para la Reforma Integral de la Administración de Justicia [Ceriajus]. (2004). Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/archivos/plan.pdf>
- Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia (2018), Hacia un Sistema de Justicia honesto y eficiente. Informe de la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia. (Resolución Suprema N° 142-2018-PCM) https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/176814/INFORME_COMISION_CONSULTIVA_REFORMA_DE_LA_JUSTICIA.pdf

- Comisión Especial (2019a). Resolución de la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia n.º 002-2019-CE, 1 de abril de 2019.
- Comisión Especial (2019b). Resolución de la Comisión Especial a cargo del concurso público de méritos para la elección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia n.º 003-2019-CE, 23 de abril de 2019.
- Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. (2021). *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia. La Reforma del Sistema de Justicia de Carta al Bicentenario*. Bicentenario Perú 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso Constituyente Democrático. (1994). Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Congreso Constituyente Democrático. (1998). Ley n.º 26479, Ley que conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos.
- Congreso del Perú. (2003). Ley n.º 28083, Ley que crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia.
- Congreso del Perú. (2010). Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Congreso del Perú. (2018a). Resolución Legislativa del Congreso que aprueba la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, 20 de julio de 2018.
- Congreso del Perú. (2018b). Ley n.º 30833, Ley que declara en situación de emergencia al Consejo Nacional de la Magistratura y suspende su Ley Orgánica.
- Congreso del Perú. (2019a). Ley n.º 30904, Ley de reforma constitucional y funciones de la Junta Nacional de Justicia.
- Congreso del Perú. (2019b). Ley Orgánica n.º 30916, Ley Orgánica del Junta Nacional de Justicia
- Cornejo Chavez, H. (1979). Diario de debates de la Asamblea Constituyente (1978-1979). (Tomo VII, 55a sesión). <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoVII.pdf>
- Delgado Barreto, C. (1981). Consejo Nacional de la Magistratura. *Derecho PUCP*, (35), 53-58. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198101.004>
- Del Mastro, F. (2020). Contradicciones entre lo declarado, lo enseñado y lo vivido en la enseñanza del Derecho. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho*, (36), 119-150.
- Del Mastro, F. (2021a). Introducción. En *Reflexiones sobre la enseñanza y regulación de la ética y la responsabilidad profesional en la abogacía*, (pp. 8-9). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Del Mastro, F. (2021b). ¿Cómo pueden las facultades de derecho impactar en la ética de sus estudiantes? En *Reflexiones sobre la enseñanza y regulación de la ética y la responsabilidad profesional en la abogacía*, (pp. 37-50). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Del Mastro, F. (2022). Pensar y sentir de estudiantes de derecho en su contacto con el mundo profesional. *THEMIS Revista de Derecho*, (81), 135-148.

- Del Mastro, F. y Anzola, S. (2023). The truth about conceptions of law in Latin America legal education. En L. Siliquini-Cinelli y T. Giddens (Eds.) *Biopolitics and structure in legal education* (pp. 118-133). Routledge.
- Deter, J, Klebe, L y Sweitzer, V. (2008). Moral disengagement in ethical decision making: a study of antecedents and outcomes. *Journal of applied psychology*, 93 (2), 374-391.
- Espinosa-Saldaña, E. (2005). Sobre la constitucionalización de elementos de la carrera judicial: qué incluir y bajo qué consideraciones. *Derecho PUCP*, 58, 361-394. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200501.013>
- Facultades de Derecho. [Facultad de Derecho- Pontificia Universidad Católica del Perú]- (2018). Pronunciamiento de Facultades de Derecho: El Presidente de la República debe observar la Ley de Probidad en la Abogacía aprobada por el Congreso. [Publicación de estado]. Facebook. <https://www.facebook.com/FacultaddeDerechoPUCP/posts/pfbid02Vk6bqAXzcvKkpQnGKebHWtCidTJNyMFo66Ad881Ni7JRpfv3tgAvzjGL54dhuseEl>
- Freire, P. (1968). *Pedagogy of the oppressed*. Nueva York: Herder.
- Fida, R., Caprara G.V., Vecchione, M., Tramontano, C., y Barbaranelli, C. (2009). Assessing civic moral disengagement: dimensionality and construct validity. *Personality and individual differences*, 47, 504-509.
- Foucault, M. (2014). *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros* (Tomo II). Akal.
- García-Pelayo, M. (1991). Estado legal y Estado constitucional de derecho. *Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, (82), 32-45.
- Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, Colegio de Abogados. (2012). Resolución de Presidencia de Junta de Decanos n.° 001-2012-JDCAP-P, Código de ética del abogado. https://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf
- Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2018). Resolución n.° 09.2018.01, 15 de julio de 2018.
- Hymel, S., Henderson, N., y Bonanno, R. (2005). Moral disengagement: a framework for understanding bullying among adolescents. *Journal of Social Sciences*, 8(1), 1-11.
- Martínez-González, M., Robles-Haydar, C., y Alfaro, J. (2020). Concepto de desconexión moral y sus manifestaciones contemporáneas. *Revista internacional de filosofía y teoría social*, 11, 249-361.
- Poder Ejecutivo. (2016). Decreto Legislativo n.° 1297 Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, 2016.
- Poder Ejecutivo. (2018a). Proyecto de Ley n.° 3164-2018-PE. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/PL_3164_20180802_INCENTIVAR-LA-PROBIDAD-EN-EL-EJERCICIO-DE-LA-ABOGACIA.pdf
- Poder Ejecutivo. (2018b). Proyecto de Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/252163/proyecto_Junta_Nacional_de_Justicia.pdf?v=1545177643
- Poder Ejecutivo. (2018c). Decreto Supremo n.° 001-2018-MIMP Reglamento del Decreto Legislativo n°1297.

- Poder Judicial. (2018). Resolución Administrativa n.º 199-2018-CE-PJ, del 10 de julio de 2018.
- Superintendencia Nacional de Banca y Seguros. (2022). Resolución S.B.S, Resolución n.º 211-2021, 21 de enero de 2022.
- TV Perú Noticias. (4 de octubre de 2018). *César Hinostroza: “Niego ser el juez más corrupto como me tilda muchísima gente”*. [Archivo de Vídeo] <https://www.youtube.com/watch?v=jrwJ-VKlfdg&t=347s>
- Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia recaída en el expediente n.º 5854-2005-PA-TC; 18 de noviembre de 2005. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia recaída en el expediente n.º 005561-2007-PA/TC. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05561-2007-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2017). Sentencia recaída en el expediente. n.º 00853-2015-PA/TC Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>
- Sotomayor, E. (2020). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. *Pensamiento constitucional*, 24, 297-231.
- Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, 86, 365-394. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>
- Vizcarra, M. (2018). Mensaje a la Nación del 28 de julio de 2018. <https://www.presidencia.gob.pe/docs/mensajes/MENSAJE-NACION-28-07-2018.pdf>
- Zolezzi, L. (1995). Consejo Nacional de la Magistratura. *Derecho PUCP* (49), 123-135. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199501.006>

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RELEVANTES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA DEL PERÚ¹

Úrsula Indacochea Prevost²

I. Introducción

Con fecha 10 de enero de 2019 se publicó la Ley n.º 30904, “Ley de Reforma Constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia”, en el Diario Oficial *El Peruano*, que modificó, entre otros, el artículo 154 de la Constitución Política de 1993, relativo a las facultades de la Junta Nacional de Justicia (JNJ).

La norma constitucional, en su redacción original, únicamente permitía aplicar la sanción de destitución a jueces, juezas y fiscales de todos los niveles, a solicitud previa de la Corte Suprema de Justicia, o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente. Su nuevo texto le permite a la JNJ actuar de oficio. Asimismo, se ha agregado la facultad de aplicar otras dos sanciones a los jueces, juezas y fiscales supremos: la amonestación, y la suspensión de hasta 120 días calendario. La ampliación constitucional de las facultades sancionatorias de la JNJ eleva la importancia de garantizar que su ejercicio se realice de forma legítima, en concordancia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos asumidos por el Estado peruano.

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha desarrollado una serie de estándares para garantizar que la potestad sancionatoria sobre operadores de justicia no vulnere las garantías que conforman el principio de independencia judicial. Debe notarse que, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de funcionarios o servidores públicos, el principio de independencia judicial otorga a los jueces, juezas y fiscales una *protección reforzada*, con el objetivo de evitar que poderes externos o internos —incluyendo a las autoridades competentes en materia disciplinaria, como la JNJ— puedan perturbar o influenciar indebidamente el ejercicio de sus funciones. Estas “garantías reforzadas” de independencia judicial —en los términos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)—, modulan y otorgan un contenido específico a algunas de las garantías judiciales aplicables a la potestad disciplinaria estatal. Sin embargo, el derecho internacional también reconoce que, en el marco de un sistema democrático, los operadores de justicia deben estar sujetos a mecanismos de rendición de cuentas, que constituyen el complemento de su independencia.

En esa línea, el presente informe tiene por objeto exponer y desarrollar los estándares internacionales aplicables a la potestad administrativa sancionatoria de la JNJ, incluyendo aquellos que sustentan la existencia de mecanismos de rendición de cuentas de los funcionarios del sistema de justicia como elemento necesario para la construcción de una justicia democrática.

1 Algunas ideas ya se han desarrollado en Indacochea (2021 y 2022) y DPLF (2020, 2021, 2022 y 2023).

2 Fundación para el debido proceso (DPLF).

II. Antecedentes Relevantes de Derecho Interno

El artículo 154 de la Constitución Política del Perú describe, en su inciso 3, la facultad sancionatoria de la JNJ, en los términos siguientes:

Artículo 154.- Son funciones de la Junta Nacional de Justicia: [...]

3. Aplicar la sanción de destitución a los jueces de la Corte Suprema y fiscales supremos; y, de oficio o a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el caso de los jueces supremos y fiscales supremos también será posible la aplicación de amonestación o suspensión de hasta ciento veinte (120) días calendario, aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La resolución final debe ser motivada y con previa audiencia del interesado. Tiene naturaleza de inimpugnable [...]

La Ley N.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (LOJNJ) también recoge estas facultades, en los incisos f) y g) de su artículo 2:

Artículo 2.- Competencias de la Junta Nacional de Justicia: [...]

f) Aplicar la sanción de destitución a los jueces y fiscales, titulares y provisionales de todos los niveles. Así como al jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC);

g) Aplicar la sanción de amonestación o suspensión a los jueces de la Corte Suprema y fiscales supremos hasta ciento veinte (120) días calendario, aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Esta misma norma, en su título preliminar, artículo III, enuncia una serie de principios que deben orientar el ejercicio de las competencias de la JNJ. Para los propósitos del presente documento, destacan el principio de *legalidad* (literal b), el principio de *imparcialidad* (literal d), el principio de *transparencia* (literal f), el principio de *participación ciudadana* (literal h), el principio de *debido procedimiento* (literal i), y el principio de *verdad material* (literal j).

El capítulo IV de la LOJNJ (“De la potestad de destitución, de amonestación y de suspensión) desarrolla aspectos relevantes de estas facultades. El artículo 41 enumera las causales por las que procede aplicar la sanción de destitución³ a jueces, juezas y fiscales de todos los niveles,

3 “a. Tener sentencia firme por la comisión de delito doloso;
b. La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público;
c. Reincidencia en un hecho que configure causal de suspensión, conforme a lo establecido en la ley de la materia;
d. Intervenir en procesos o actuaciones estando incurso en prohibición o impedimento legal;
e. Llevar a cabo o propiciar reuniones o comunicaciones con los postulantes a juez o fiscal, de cualquier nivel, durante el concurso público de méritos o el de ascenso, así como con juez o fiscal sometido a ratificación, evaluación parcial de desempeño o procedimiento disciplinario, con el objeto de obtener algún tipo de beneficio para sí o para terceros;
f. Llevar a cabo o propiciar reuniones o comunicaciones con los postulantes a jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), durante la etapa de nombramiento, evaluación parcial de desempeño, o procedimiento disciplinario, con el objeto de obtener algún tipo de beneficio para sí o para terceros, así como de quienes ejercen estos cargos durante los procedimientos de ratificación;

incorporando la facultad del Pleno de la JNJ, de suspender temporalmente y por mayoría calificada, a los jueces o fiscales procesados cuando las causales imputadas puedan “comprometer la función del cargo”, y por un máximo de 90 días calendario.

El artículo 42 delega en una norma reglamentaria la precisión de las infracciones que pueden dar lugar a las sanciones de amonestación y suspensión, mientras que el artículo 43 establece los lineamientos generales de la actuación de la JNJ en la tramitación del procedimiento de destitución —también aplicable a las sanciones de amonestación y suspensión—. Destaca, en este punto, la facultad de la JNJ de realizar una investigación preliminar, antes de determinar si corresponde la apertura de un proceso disciplinario (arts.43.1 y 43.2), lo que, en caso de ser procedente, determina la realización de una investigación exhaustiva (art. 43.3).

Por su parte, el capítulo V de la LOJNJ (“De la potestad de investigación y disciplinaria”) desarrolla, en su artículo 44, la facultad de investigación de la JNJ para los fines de la imposición de sanciones disciplinarias, mientras que el artículo 45 describe, de manera general, el procedimiento disciplinario y reconoce algunas de las garantías del debido proceso que se aplican. Por ejemplo, el inciso a) reconoce el derecho a la “previa audiencia del interesado” y su derecho a “efectuar los descargos correspondientes”; los incisos b) y c) se refieren a la debida motivación de la resolución disciplinaria, y a la obligación de la JNJ de resolver tomando en cuenta todos los antecedentes que se hayan acumulado y le hayan sido proporcionados; el inciso d) se refiere a la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración contra la resolución que pone fin al procedimiento. Los numerales 45.2 y 45.3 y 45.4 se refieren a la medida de suspensión provisional, reconociendo igualmente el derecho a la “previa audiencia del interesado”, la “debida motivación”, y la posibilidad de impugnar la suspensión mediante un recurso de reconsideración.

III. Cuestión Previa: El Adecuado Equilibrio Entre la Protección de la Independencia Judicial, y la Aplicación de Mecanismos de Rendición de Cuentas de Jueces y Fiscales

Como cuestión previa a desarrollar la forma en que el DIDH ha abordado el tema de la potestad sancionatoria sobre operadores de justicia, es importante llamar la atención sobre que, a la par de la protección del principio de independencia judicial, diversos instrumentos y documentos internacionales mencionan la necesidad de mecanismos de rendición de cuentas *democráticos* sobre los sistemas de justicia, tanto a nivel institucional como a nivel individual. El Secretario General de Naciones Unidas, en su informe ante el Consejo de Seguridad de dicha organización sobre Estado de derecho, justicia transicional y sociedades postconflicto, ha resaltado que los mecanismos de responsabilidad y rendición de cuentas son consustanciales

g. Incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo;

h. Violar la reserva propia de la función;

i. No reincorporarse en sus funciones dentro de los cuatro días siguientes del vencimiento de la licencia a que se refiere el artículo 20 de la presente ley, sin la debida justificación;

j. No haber cumplido con informar de encontrarse incurso en un supuesto de conflicto de interés e inhibirse;

k. Incapacidad moral sustentada en la comisión de faltas éticas que, sin ser delito, comprometa el ejercicio de la función;

l. Incurrir en actos de nepotismo” (Congreso del Perú, 2019, cap. IV).

al Estado de derecho (Consejo Seguridad de las Naciones Unidas y Asamblea General, 2004, párr. 6).

Por su parte, instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción, establecen como medida de prevención de este fenómeno, la existencia de “normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” (Organización de Estados Americanos [OEA], 1996, art. III.1), y de “mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta” (OEA, 1996, art. III, num. 1 y 2). La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, por su parte, declara como una de sus finalidades, la de “promover la integridad, la rendición de cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003, art. 1. c), y establece la obligación de formular y aplicar políticas coordinadas y eficaces que promuevan la rendición de cuentas, y de garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003, arts. 5 y 6).

El necesario equilibrio entre la protección de la independencia judicial y al principio de rendición de cuentas ha sido resaltado por la entonces Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Gabriela Knaul, en su informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos de 2014, de la siguiente manera:

[T]anto la independencia como la rendición de cuentas son elementos esenciales de un poder judicial eficiente y, por ello, deben funcionar conjuntamente. Así pues, la cuestión fundamental es determinar la manera de enfocar las exigencias de una mayor rendición de cuentas judicial sin dejar de salvaguardar el principio fundamental de la independencia judicial.

Con frecuencia, los llamamientos para que se rindan cuentas se interpretan erróneamente como una amenaza a la independencia judicial, pero, en los sistemas democráticos se ha de adoptar un enfoque menos absoluto y más matizado y dejar margen para la creación de mecanismos de rendición de cuentas para el sistema judicial. (Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012, parr. 24)

En esa misma línea, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción también contiene disposiciones específicas relativas al poder judicial y al ministerio público, que resaltan la necesidad de adoptar medidas para promover la integridad y combatir la corrupción judicial, salvaguardando la protección de la independencia judicial⁴. Desde una perspectiva de derechos humanos, el informe “Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en diciembre de 2019, incorpora a la rendición de cuentas entre los principios para luchar contra la corrupción (CIDH, 2019, párr. 120. c).

4 “[T]eniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del poder judicial, pero goce de independencia análoga” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003, art. 11).

Al igual que el principio de independencia judicial, también es posible distinguir los mecanismos de rendición de cuentas en el ámbito del sistema de justicia desde una perspectiva *institucional*, y desde una perspectiva *individual* (Naciones Unidas, 2012, párr. 56). La primera se refiere a toda la estructura organizacional de la justicia, como el Poder Judicial o el Ministerio Público, en tanto instituciones; mientras que la segunda abarcaría los sistemas de responsabilidad aplicables a los jueces y fiscales como funcionarios públicos. Dentro de este segundo grupo, se encuentran los regímenes de responsabilidad administrativa de naturaleza disciplinaria, como los que tiene a su cargo la JNJ.

IV. Las “Garantías Reforzadas” que se Derivan del Principio de Independencia Judicial y que Condicionan la Potestad Sancionatoria de la JNJ

Ahora bien, la responsabilidad administrativa de los jueces y fiscales se distingue de otros regímenes disciplinarios aplicables a funcionarios públicos, precisamente porque quienes se desempeñan en el sistema de justicia gozan de una serie de garantías e inmunidades que les brindan una especial protección en razón de la función que desempeñan, y que se derivan del principio de independencia judicial.

Los instrumentos y tratados internacionales reconocen el principio de la independencia judicial como un *derecho humano*: el derecho de toda persona a acceder a tribunales independientes para obtener la determinación y protección de sus derechos cuando los consideren violados⁵. Además de ser un derecho de las personas o de los justiciables, la jurisprudencia de los órganos internacionales también ha establecido que algunos de sus componentes constituyen auténticos derechos de los jueces y fiscales⁶.

La Corte IDH ha identificado las garantías que se reconocen a los operadores de justicia para proteger su capacidad de ejercer sus funciones de manera independiente (Reverón Trujillo vs. Venezuela, 2009), y se ha referido a ellas como “garantías reforzadas”, ya que estas no son las mismas que se aplican a “cualquier servidor público”, pues los operadores de justicia son servidores públicos que tienen como misión resguardar la democracia y asegurar el respeto a los derechos (Chocrón Chocrón vs. Venezuela, 2011, párr. 98).

Tales garantías incluyen principalmente: (i) La garantía de un adecuado proceso de nombramiento, (ii) la garantía de inamovilidad en el cargo, y (iii) la garantía contra presiones externas (Tribunal Constitucional vs. Perú, 2011, párr. 73-75)⁷. Dada su pertinencia para el objeto del presente memorial, nos referiremos únicamente a las dos últimas, dado que constituyen un límite a las potestades sancionatorias de la JNJ sobre los jueces y fiscales peruanos.

5 El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Derecho de justicia”) y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Garantías judiciales” y “Protección judicial”, respectivamente) establecen el derecho de todas personas a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un tribunal competente*, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados (OEA, 1948, 1969 y, Naciones Unidas, 1996, res. 2200 A (XXI) art. 14.1).

6 Así lo estableció la Corte IDH, por ejemplo, respecto del derecho a la estabilidad en el cargo: “[L]a garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un *derecho del juez* de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo” (López Lone y otros vs. Honduras, 2015, párr. 193).

7 Véase también Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011, párr. 98).

1. La Garantía de la Inamovilidad en el Cargo

La garantía de inamovilidad de los jueces consiste en un derecho a la permanencia en sus cargos “hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin a su mandato” (Reverón Trujillo vs. Venezuela, 2009, párr. 116) y, a su vez, está compuesta de otras garantías de estabilidad, que protegen su independencia frente a presiones indebidas⁸. La Corte IDH ha establecido que, como consecuencia de la garantía de la inamovilidad, se configura la estabilidad como un auténtico *derecho* del juez:

[L]a garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo. (López Lone y otros vs. Honduras, 2015, párr. 193)

La garantía de la inamovilidad constituye un verdadero límite a la potestad sancionatoria sobre los jueces y fiscales, ya que *proscribe la libre remoción*, así como la *remoción arbitraria*. Así lo estableció desde 2009 la Corte IDH, en el Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, en el que definió los componentes de la inamovilidad judicial:

[L]a inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y *no despedido injustificado o libre remoción* [énfasis añadido]. Quiere decir esto que, si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial⁹. (Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 79 y 116)

Respecto de la protección frente a la libre remoción, la Corte sostuvo que dicha práctica “fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias” (Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párr. 44). Dado que la libre remoción en la región ha sido frecuentemente asociada a la existencia de operadores de justicia que ejercen sus cargos en situación de provisionalidad o temporalidad, la Corte IDH ha sido enfática en múltiples sentencias al señalar que la inamovilidad no solo protege a los jueces y fiscales titulares, sino también provisionales, mientras que se encuentren ejerciendo sus funciones (Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párr. 42)¹⁰. Esto es congruente con la posición de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados, que establece que la inamovilidad debe ser reconocida y garantizada a todos los jueces durante el periodo de su nombramiento, sin importar si el periodo de su mandato es limitado o ilimitado¹¹.

8 De acuerdo con los *Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura*, “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos” (Principio 11) y “[s]e 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” (Principio 12). (Naciones Unidas, 1985).

9 Véase también, Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011, párr. 99).

10 Véase también al respecto Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009, párr. 114) y Casa Nina vs. Perú (2020, párr. 72).

11 “[I]ndependientemente de que el nombramiento de un juez sea para toda la carrera o por un período limitado, es fundamental que la permanencia en el cargo se garantice mediante la inamovilidad del juez durante el período para

La Corte ha profundizado en el concepto de remoción arbitraria, en la sentencia del Caso López Lone y Otros vs. Honduras, indicando que la garantía de la inamovilidad exigía que la remoción “obedezca exclusivamente a las causales permitidas o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato”; que los jueces “solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia”, y que “todo proceso disciplinario de jueces y juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley”(López Lone vs. Honduras, 2015, párr. 200).

La estabilidad reforzada en el cargo no solo protege a los jueces, sino también a los fiscales. Al respecto, la CIDH ha establecido que “al igual que en el caso de los jueces, los Estados los deben dotar de cierta estabilidad en sus cargos como consecuencia del rol fundamental que desempeñan en el acceso a la justicia” (CIDH, 2009, párr. 189). En su informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” de 2009, indicó que la estabilidad de los fiscales “es indispensable para garantizar su independencia frente a los cambios políticos o de gobierno” (CIDH, 2009, párr. 229) y que ello debe reflejarse en un nombramiento adecuado y en un régimen disciplinario con todas las garantías, a fin de que “no se separe arbitrariamente a un fiscal de su cargo por el hecho de haber tomado una decisión que no goce de popularidad”(CIDH, 2013, párr. 189.). A nivel universal, las Directrices de Naciones Unidas sobre la función de los fiscales disponen que las leyes les garanticen condiciones razonables de servicio, una remuneración “y, cuando corresponda, seguridad en el cargo, pensión y edad de jubilación” (Organización de las Naciones Unidas, 1990, principio 6); mientras que, a nivel europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado a los Estados que garanticen que todos los fiscales gocen de condiciones de servicio razonables, entre las que se incluye la permanencia en el cargo (Consejo de Europa, 2000, párr. 5.d).

2. La Garantía Frente a Presiones Externas

Otra de las “garantías reforzadas” es la garantía frente a presiones externas, reconocida por los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura cuando establecen que “[l]os 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 cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (Organización de las Naciones Unidas, 1985, principio 18).

De la multitud de acciones ejercidas como “presiones externas” contra operadores de justicia —además de actos de violencia y amenazas contra ellos o sus familias, en violación del derecho a la integridad personal, el derecho a la vida y otros derechos fundamentales— el derecho internacional ha identificado la utilización de los procesos judiciales y de control (penales, administrativos y disciplinarios) como una forma de presión externa que se empuña contra operadores de justicia para hostigarlos, o para influenciar u obstaculizar su trabajo.

Las presiones externas ejercidas contra los operadores de justicia pueden adoptar una multiplicidad de formas, pero no todas ellas están vinculadas al principio de inamovilidad. Los operadores de justicia son frecuentemente sometidos a una amplia gama de

el que ha nombrado. La inamovilidad de los jueces es uno de los pilares fundamentales de la independencia del poder judicial” (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2009, párr. 57).

amenazas y obstáculos destinados a intimidarlos y evitar que ejerzan sus funciones de manera independiente.

Sin embargo, es importante mencionar que una de sus formas más usuales es la utilización de procesos judiciales y mecanismos de control disciplinario como forma de presión, hostigamiento, intimidación o criminalización. Así lo ha advertido la Comisión Interamericana en sus informes, donde da cuenta del uso indebido del derecho penal, a través de cargos y procesos penales injustificados y sin fundamento, de manera frecuente y sistemática para criminalizar y desacreditar a los operadores de justicia con el fin de hostigar e impedir su labor (CIDH, 2015, párr. 40-41).

En este punto, es pertinente referirnos al concepto de “sanciones encubiertas” que ha sido desarrollado recientemente por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados, Diego García-Sayán, y cuyo reconocimiento se ha producido a través de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

Según el Relator, para que una medida pueda ser considerada una “sanción encubierta” debe contener dos elementos, uno subjetivo y uno objetivo. El primero se refiere a la *finalidad ilegítima* de la medida, que consiste en “intimidar, hostigar, o interferir de algún otro modo en la actividad profesional de los magistrados” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 56). El Relator distingue este tipo de acciones, por ejemplo, de los procesos disciplinarios que persiguen la finalidad legítima de sancionar por la comisión de una falta en ejercicio de las funciones. El segundo elemento —el objetivo— se refiere al *efecto negativo* de la medida sobre la carrera o la vida profesional del juez o fiscal afectado.

Si bien las “sanciones encubiertas” adoptan múltiples formas, el relator menciona, entre ellas, algunos supuestos de procesos disciplinarios:

[u]na sanción por una opinión expresada o por una decisión adoptada en el ejercicio de la profesión, incluso si la conducta sancionada es conforme a la legislación nacional y normas pertinentes que regulan la conducta profesional. Los tribunales regionales de derechos humanos han considerado varios casos en que se han aplicado a los jueces procedimientos disciplinarios o se los ha separado de sus cargos por haber expresado opiniones críticas hacia el poder judicial o la reforma del sistema de justicia. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 58)

Menciona también, como modalidades de hostigamiento judicial,

el uso malicioso y a menudo simultáneo de procedimientos disciplinarios, procedimientos civiles, y/o enjuiciamientos, como táctica para imponer una represalia o ejercer coacción para obligar a un juez a rechazar la consideración de un caso, trasladarlo a otro juzgado o tribunal, o forzar su dimisión. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 60)

Finalmente, el Relator incluye, dentro de las medidas encubiertas que afectan la estabilidad en el cargo, (i) la separación del cargo fuera de los casos o sin que se siga el procedimiento establecido en la ley, y (ii) la suspensión temporal a la espera del resultado de un proceso civil o penal. Respecto de este último supuesto, señala lo siguiente:

[L]a suspensión temporal en el cargo a la espera de que concluyan los procesos judiciales o administrativos instaurados contra el magistrado puede justificarse como necesaria para mantener la confianza pública en el poder judicial, en particular en los casos en que se han

formulado alegaciones creíbles contra un magistrado de que ha cometido faltas graves de conducta. Sin embargo, ha habido varios casos en que la suspensión temporal se ha utilizado como forma indirecta de intimidar o castigar a un juez independiente o evitar que resuelva un caso sometido a su consideración. En casos extremos, la suspensión puede durar por un tiempo muy prolongado y equivaler en la práctica a una separación del cargo. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 64)

A nivel interamericano, un caso reciente y relevante que podría ejemplificar un supuesto de sanción encubierta, violatorio de la garantía contra presiones externas, es el Caso Urrutia Labreaux vs. Chile, resuelto en 2020. En dicha sentencia, la Corte IDH comprobó la utilización del proceso disciplinario de forma abusiva o arbitraria, por parte de la Corte Suprema de Justicia, con el objetivo de acallar la crítica realizada por este juez al rol que la máxima corte había desempeñado en la época de la dictadura (Urrutia Labreaux vs. Chile, 2020). En este caso, la Corte IDH amplió el ámbito de análisis de la violación de la garantía contra presiones externas, para incluir dentro de este ámbito también a las presiones *internas*.

Frente a este tipo de presiones, los estándares internacionales establecen la obligación del Estado de proteger a los operadores de justicia frente al uso ilegítimo de los procesos y procedimientos en su contra, reconociendo su efecto sobre su capacidad de ejercer sus cargos de manera independiente. La CIDH ha indicado, en ese sentido, la obligación estatal de “proteger a las y los operadores de justicia frente a ataques, actos de intimidación, amenazas y hostigamientos” (CIDH, 2013, párr. 147), lo cual comprende la protección contra procesos jurídicos espurios y sin fundamento, o con la intención de obstaculizar, o castigarlos por el ejercicio de su función jurisdiccional.

En esta misma línea lo indican los estándares relativos a la protección de personas defensoras de derechos humanos —categoría que incluye a los operadores de justicia—, al señalar que los Estados deben adoptar:

[t]odas las medidas necesarias para evitar que mediante investigaciones estatales se someta a juicios injustos o infundados a las personas que de manera legítima reclaman el respeto y protección de los derechos humanos. (CIDH, 2006, recomendación 11)

Tanto la Comisión como la Corte IDH y otros procedimientos especiales de protección de derechos humanos han profundizado en la definición de esas “medidas necesarias”, articulando las garantías específicas que deben observarse al someter a un operador de justicia a un procedimiento sancionatorio en la vía disciplinaria, asegurando que este procedimiento no constituye una presión externa ni lesiona la garantía de estabilidad reforzada; en otras palabras, para garantizar que la acción disciplinaria, en tanto mecanismo de rendición de cuentas, no constituye una vulneración de su independencia judicial.

V. Estándares Relevantes Para el Ejercicio de la Potestad Sancionatoria Sobre Jueces, Juezas y Fiscales

1. Las Garantías del Debido Proceso

Los estándares internacionales sobre independencia judicial coinciden en señalar que los procedimientos disciplinarios contra operadores de justicia “deben llevarse a cabo de conformidad con las garantías del debido proceso” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr.

35). El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados resalta que estos deben tramitarse “con agilidad e imparcialidad con arreglo a un proceso adecuado” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 34). En el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, la Corte IDH destacó la obligación de los Estados de asegurar que se cumplan las garantías del debido proceso en los procesos disciplinarios contra jueces:

[L]os procesos disciplinarios y sancionatorios de jueces deben necesariamente respetar las *garantías del debido proceso* [énfasis añadido] y debe ofrecerse a los perjudicados un recurso efectivo. (*Reverón Trujillo vs. Venezuela*, 2009, párr. 147)¹²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca que tal aplicación de las garantías del debido proceso no solo se deriva de los estándares internacionales sobre independencia judicial, sino también de la naturaleza sancionatoria de los procedimientos disciplinarios. Por su parte, la Corte estableció claramente que las protecciones y garantías del debido proceso —contenidos en el citado artículo 8.1 de la Convención— aplican no solamente a los procesos penales y juicios civiles, sino también a todo proceso de determinación de derechos, incluyendo aquellos que no tienen naturaleza penal, indicando que

[S]i bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente *ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos* [énfasis añadido]. (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 69)

Posteriormente, en el caso *Quintana Coello y Otros Vs. Ecuador*, la Corte IDH señaló que el principio de legalidad y debido proceso exigibles en materia penal, eran también aplicables a los procedimientos de naturaleza sancionatoria (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 70). Por lo anterior, es claro que todo operador de justicia que sea sometido a un procedimiento en el que se determinen sus derechos, como es el caso de los procesos disciplinarios de carácter sancionatorio, debe gozar de todas las garantías de un debido proceso. En las siguientes líneas, se desarrollan los contenidos principales de estas garantías.

a) Derecho a ser Oído.

Todo operador de justicia que sea sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho a ser escuchado por la autoridad competente que decidirá sobre la determinación de los hechos, la configuración de la infracción y la aplicación de la sanción. De acuerdo con los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura:

[T]oda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. *El juez tendrá derecho a ser oído* [énfasis añadido] imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario. (Organización de las Naciones Unidas, 1985, principio 17)

¹² Ver también: *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008, párr. 147).

La Corte IDH ha definido este derecho como “el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones” (Apitez Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párr. 72). Por tanto, la imposición de una sanción disciplinaria sin haber escuchado al juez o fiscal involucrado para otorgarle la posibilidad de responder a los cargos que se le imputan, violaría este derecho.

b) Autoridad Disciplinaria Competente, Independiente e Imparcial.

En su informe “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia”, la Comisión Interamericana ha señalado que

[l]as garantías de competencia, independencia e imparcialidad deben ser satisfechas por las autoridades que tengan a su conocimiento los procedimientos disciplinarios, al constituir una función materialmente jurisdiccional y un presupuesto esencial del debido proceso, con independencia que la autoridad disciplinaria no sea formalmente un tribunal. (CIDH, 2013, párr. 194)

El primer atributo de la *competencia* de la autoridad disciplinaria exige que dicha atribución se encuentre establecida en la ley de manera previa, pues “[e]l nombramiento de un órgano disciplinario *ad hoc*, cuya integración se decida caso por caso, no puede considerarse compatible con la independencia del poder judicial” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr., 23). La CIDH ha señalado que esta garantía “[i]mplica el derecho a ser juzgado por las autoridades respectivas con arreglo a procedimientos previamente establecidos, de tal manera que el Estado no cree autoridades que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponde normalmente” (CIDH, 2013, párr. 196).

En lo que respecta a la independencia de la autoridad disciplinaria, esta debe ser garantizada con un adecuado proceso de nombramiento de quienes la integran, con garantías de estabilidad en sus cargos, y garantías para resistir presiones externas. Otras garantías incluyen, por ejemplo, “la duración de su mandato, [...] y la percepción de que el órgano es una entidad independiente” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 25); la previsión normativa de la independencia institucional “de tal manera que no tenga adscripción ni dependencia jerárquica, funcional o presupuestaria de ninguna otra autoridad” (CIDH, 2013, párr. 197); o la inexistencia de “injerencias por parte de otros poderes u órganos del poder público en los procesos disciplinarios” (CIDH, 2013, párr. 197).

Finalmente, la imparcialidad de la autoridad disciplinaria:

[e]xige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. (Apitez Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párr. 56)

Según los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de Naciones Unidas:

[t]oda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e *imparcialidad* [énfasis añadido] con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a *ser oído imparcialmente* [énfasis añadido]. (Organización de las Naciones Unidas, 1985, principio 17)

A nivel interamericano, existen tres casos resueltos por la Corte IDH relativos a la vulneración de esta garantía en el marco de procedimientos sancionatorios contra jueces.

Primero, en el caso *Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, la Corte IDH advirtió que el régimen disciplinario aplicado a las víctimas no admitía la posibilidad de recusar a los miembros de la autoridad disciplinaria, sino solo su inhibición voluntaria del caso, concluyendo que el Estado debía garantizar la regulación de un recurso de recusación (*Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 2008, párr. 53).

En segundo lugar, en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte evaluó el procedimiento de destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano por parte del Congreso de la República, a la luz de las garantías consagradas en artículo 8.1 de la Convención y aplicando la definición de imparcialidad mencionada anteriormente. En su sentencia, la Corte señaló que “[l]a autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez *debe conducirse imparcialmente* [énfasis añadido] en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa” (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 74).

Reiterando que:

[t]oda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza [énfasis añadido] ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, *independiente e imparcial* [énfasis añadido] y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 77)

Para determinar si se vulneró o no la garantía de imparcialidad en dicho caso, la Corte IDH consideró varias situaciones que se presentaron en el proceso de destitución de los magistrados, que en dicho caso se realizó mediante un mecanismo político. Es importante resaltar que el tipo de situaciones que la Corte consideró para evaluar este aspecto incluyen la identidad entre las personas que acusaron a los magistrados, y quienes resolvieron sobre su destitución:

c) que 40 congresistas enviaron una carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o no de la Ley N.º 26.657, relativa a la reelección presidencial; b) que algunos de los congresistas que enviaron dicha comunicación luego participaron en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso en estudio; c) que la “segunda sentencia” emitida por los magistrados García Marcelo y Acosta Sánchez, de 16 de enero de 1997, no fue objeto de análisis, pese a que fue publicada irregularmente como un pronunciamiento aparte del emitido por el Tribunal; y d) que pese a la prohibición expresa del artículo 88 j) del Reglamento del Congreso algunos miembros de la Comisión Permanente participaron en la votación sobre la destitución constitucional. (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 78)

Como resultado, la Corte declaró la violación del derecho a ser juzgado por una autoridad imparcial, declarando que “el Congreso, en el procedimiento del juicio político, no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana” (*Tribunal Constitucional vs. Perú*, 2001, párr. 78).

Finalmente, en el caso *Urrutia Laubreaux vs. Chile*, la Corte IDH analizó específicamente el derecho de los jueces a contar con una autoridad disciplinaria imparcial. En dicho caso, el juez, la presunta víctima fue sancionado por la Corte de Apelaciones de La Serena por el

contenido de un trabajo académico que había remitido a la Corte Suprema de Justicia y que esa Corte Suprema reenvió a la Corte de Apelaciones con la indicación de que le inicie un procedimiento disciplinario.

Cuando el juez apeló la sanción, dicho recurso de apelación fue resuelto por la misma Corte Suprema de Justicia que había solicitado la remisión del trabajo a la Corte de Apelación. La Corte IDH declaró que, aunque no fue constatado

[e]n el expediente si los ministros de la Corte de Suprema que solicitaron la remisión del trabajo académico a la Corte de Apelación de la Serena e indicaron [los problemas del contenido que merecían ser sancionados] son los mismos que conocieron del recurso de apelación [...] este hecho no fue controvertido por el Estado. Por el contrario, en sus alegatos el Estado implícitamente aceptó que esto ocurrió. Por lo tanto [la Corte IDH tomó] como un hecho que *al menos algunos de los ministros que conocieron de la apelación previamente había considerado que el trabajo académico contenía apreciaciones inadecuadas e inaceptables* [énfasis añadido]. (Urrutia Labreaux vs. Chile, 2020, párr. 122)

La Corte IDH consideró, que “en virtud de lo expuesto previamente, no [era] posible afirmar que la Corte Suprema de Justicia se aproximó a los hechos sin haber emitido una opinión previa sobre lo ocurrido” (Urrutia Labreaux vs. Chile, 2020, párr. 123), y por eso, determinaron lo siguiente:

[l]os ministros de la Corte Suprema que conocieron de la apelación no reunían elementos objetivos de imparcialidad para resolver sobre la misma. Por lo tanto, el Estado violó la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención. (Urrutia Labreaux vs. Chile, 2020, párr. 124)

Dado todo lo anterior, queda claro que, para cumplir con la garantía de *autoridad imparcial*, en los parámetros de la Corte IDH, una autoridad que solicite el inicio de un proceso disciplinario no puede ser involucrado en la resolución de dicho proceso. En otras palabras, para ser imparcial conforme a los estándares interamericanos, la entidad acusadora no puede ser la misma autoridad que determina la responsabilidad disciplinaria o sanciones a aplicar, y debe garantizarse la posibilidad de recusar a quienes integran la autoridad disciplinaria.

c) Motivación de la Sanción.

El deber de motivación constituye una de las garantías judiciales protegidas en el Artículo 8.1 de la Convención Americana, y “constituye un derecho a que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos o intereses de las personas, estén debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias” (CIDH, 2013, párr. 224) La Corte IDH ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” que da credibilidad a la acción procesal en cuestión dentro del marco del debido proceso en una sociedad democrática (Apitz Barbera, 2008, párr. 77). La Comisión ha explicado, además, que

[l]a motivación en los procesos de carácter sancionatorio tiene dos efectos: demostrar a la partes [*sic*] que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, proporcionar la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante instancias superiores. (CIDH, 2013, párr. 225)

Y agrega que

[L]a exigencia de un nivel adecuado de motivación es sumamente relevante ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño de un funcionario público, y por ende, es en la propia motivación donde corresponde analizar la gravedad de la conducta imputada y la proporcionalidad de la sanción. (CIDH, 2015, párr. 225)

Algunos ordenamientos jurídicos recogen como infracciones disciplinarias, fórmulas como la del “error judicial inexcusable”, que implica una revisión del contenido de la decisión adoptada por el operador de justicia. Como se verá más adelante, el principio de independencia judicial prohíbe de manera estricta la imposición de sanciones disciplinarias (o de cualquier otro tipo) a operadores de justicia por el contenido de sus decisiones, con la única excepción de los casos de dolo o negligencia grave, que es el ámbito donde este tipo de fórmulas debe ubicarse. En estos casos, la Comisión Interamericana ha destacado la importancia de una debida motivación, que analice la gravedad de la conducta imputada y justifique adecuadamente la proporcionalidad de la sanción (CIDH, 2013, párr. 225-226). Este organismo señala la necesidad de que este tipo de análisis tenga una “motivación autónoma”, que justifique que el error cometido “comprometa la idoneidad del operador de justicia para ejercer su función” (CIDH, 2013, párr. 225-226).

d) Plazo Razonable.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable también se deriva del artículo 8.1 de la Convención y ha sido vinculado por la Corte IDH con el derecho de acceso a la justicia, al considerar que una demora prolongada puede llegar a constituir, en sí misma, una violación de las garantías judiciales (*Helidoro Portugal vs. Panamá*, 2008, párr. 148).

Su evaluación debe realizarse caso por caso, pues no existe un estándar objetivo a nivel interamericano que determine cuándo un plazo es razonable; sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, que a su vez ha seguido los parámetros de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuatro elementos deben ser considerados al evaluar la razonabilidad de un plazo: (a) la complejidad del asunto, (b) la actividad procesal del interesado, (c) la conducta de las autoridades judiciales, y (d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (*López Mendoza vs. Venezuela*, 2011, párr. 162).

Respecto de este último punto, la Comisión Interamericana también ha reconocido que la duración extrema de los procesos “tiene repercusiones en materia de corrupción judicial; dado que la demora de los procesos puede ser un fin en sí mismo o, bien, estar vinculada con la consecución de una situación de impunidad” (CIDH, 2019, párr. 314). De esta forma, la CIDH reconoce que la duración indeterminada de un proceso o procedimiento sancionatorio puede generar que tales actos nunca lleguen a ser sancionados, lo que podría ser evitado si se exige que tales procesos tengan una duración razonable:

[U]na autoridad judicial comprometida ilícitamente con una de las partes del juicio, interesado en demorar un proceso o generar situaciones de impunidad, tiene en el cumplimiento del plazo razonable un límite que puede ser reclamado por los intervinientes como una garantía del debido proceso. (CIDH, 2019, párr. 316)

Uno de los elementos que puede tomarse en cuenta para evaluar la razonable duración de un procedimiento, es la conducta procesal del investigado, específicamente, la interposición

de excesivos pedidos de nulidad o recursos con la única finalidad de complicar indebidamente su tramitación y alargar su duración. La CIDH se ha referido a esta situación particular, en la que instituciones que están previstas para la protección del debido proceso, como los recursos y las nulidades, pueden ser utilizadas para fines ilegítimos, como el entorpecimiento de investigaciones y obtener beneficios procesales, entre los que menciona expresamente la prescripción:

[L]os recursos judiciales y nulidades en los procesos, son instituciones procesales que garantizan las legislaciones para el resguardo de los derechos de los investigados por la justicia y la legitimidad de las medidas que toma la autoridad. Estos recursos no pueden ser utilizados para entorpecer las investigaciones o *dilatar indefinidamente los casos en búsqueda de beneficios procesales, por ejemplo, la prescripción* [énfasis añadido]. (CIDH, 2019, párr. 360)

Una de las medidas que busca proteger este derecho es la regulación de plazos máximos, tanto para el inicio de la persecución —penal o administrativo— (plazo de prescripción *de la acción*), como para la duración del procedimiento (plazo de prescripción del procedimiento). No obstante, al regular estos plazos es preciso tener en cuenta la complejidad de los asuntos, y todos los intentos de precipitar la prescripción mediante la interposición de recursos maliciosos debe ser sancionada.

2. Principio de Legalidad

Además de las garantías derivadas del debido proceso, el principio de legalidad es un límite fundamental a la potestad sancionatoria del Estado, especialmente relevante cuando esta se ejerce respecto de jueces y fiscales. Este principio aparece reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³, y exige que la calificación de una determinada conducta como un hecho ilícito —en este caso, como una infracción administrativa—, y de la sanción que le corresponde, sean preexistentes al comportamiento imputado.

El principio de legalidad contiene una exigencia de claridad en la definición de la infracción, y en la fijación de todos sus elementos, de modo que sea posible distinguir una conducta ilícita de la que no lo es. La Corte IDH ha analizado los alcances de este principio en diversos casos contenciosos que involucran el ejercicio de la potestad sancionatoria, algunos de ellos respecto de operadores de justicia, señalando que el marco legislativo debe tener como definidas “con términos estrictos e inequívocos [...] las conductas punibles” (Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009, párr. 55), pues deben existir “reglas claras en cuando a las causales y procedimiento de separación del cargo de jueces y juezas” (Quintana Coello y otros vs. Ecuador, 2013, párr. 95).

Es importante mencionar que, para la Corte, el alcance del principio de legalidad en materia disciplinaria —en general— no tiene que ser el mismo que la Convención exige en materia penal, pues “la precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de

13 “[N]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, art. 9).

los conflictos que cada una está llamada a resolver” (López Lone y otros vs. Honduras, 2015, párr. 257). Sin embargo, la Comisión Interamericana ha puntualizado que, en el caso de los jueces y fiscales, la necesidad de proteger su independencia e imparcialidad eleva las exigencias del principio de legalidad en el ámbito disciplinario, especialmente cuando se trata de infracciones que pueden dar lugar a su remoción:

[L]as disposiciones legales que establecen sanciones administrativas como la destitución deben ser sometidas al más estricto juicio de legalidad. Tales normas no solo aparejan una sanción de extraordinaria gravedad, y limitan el ejercicio de derechos, sino que, dado que constituyen una excepción a la estabilidad judicial, pueden comprometer los principios de independencia y autonomía judicial. (CIDH, 2013, párr. 211)

Por lo tanto, el principio de legalidad proscribire la regulación de infracciones en términos vagos, amplios, y ambiguos, dado que otorgan un margen de discrecionalidad a la autoridad disciplinaria, que resulta incompatible con la protección reforzada que el derecho internacional otorga a la estabilidad en el cargo y a la garantía frente a presiones externas, derivadas del principio de independencia judicial. La Comisión Interamericana se ha referido, de manera específica, a causales como “atentar contra la dignidad del poder judicial”, “proferir expresiones irrespetuosas” “observar mal comportamiento o mala conducta” “conducta profesional o personal inapropiada”, “ejecutar graves actos de inmoralidad”, “realizar actos indecorosos”, “ofender a los superiores jerárquicos” como ejemplos de infracciones que vulnerarían el principio de legalidad (CIDH, 2013, párr. 214).

Sin perjuicio de lo anterior, la observancia del principio de legalidad en materia disciplinaria relativa a operadores de justicia debe ser analizada tomando en consideración dos exigencias o restricciones adicionales, derivadas de las “garantías reforzadas” que integran el principio de independencia judicial.

- (i) La primera, es que las infracciones disciplinarias que pueden generar la remoción de un juez o fiscal, aun cuando estén previstas y descritas claramente en la ley, no pueden sino corresponder a conductas verdaderamente graves que justifiquen esta consecuencia jurídica de máxima gravedad. Así lo ha establecido la Corte Interamericana, en la sentencia del caso López Lone y Otros vs. Honduras:

[E]ste Tribunal reitera que la garantía de estabilidad en el cargo de jueces y juezas requieren que estos no sean destituidos o removidos de sus cargos, salvo por conductas claramente reprochables, es decir, razones verdaderamente graves de mala conducta o incompetencia [...] [L]a posibilidad de destitución debe obedecer al *principio de máxima gravedad* [énfasis añadido] expuesto previamente. En efecto, la protección de la independencia judicial exige que la destitución de jueces y juezas sea considerada como la última ratio en materia disciplinaria judicial. (López Lone y otros vs. Honduras, 2015, párr. 259)

En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana (“la sanción de suspensión o destitución debe corresponder solo a faltas objetivamente muy graves”, que resalta la necesidad de que el régimen disciplinario aplicable a los jueces y fiscales se estructure en torno al principio de gradualidad de las sanciones (CIDH, 2013, párr. 217).

- (ii) La segunda, que no puede imponerse a los jueces y fiscales, ninguna sanción como consecuencia del contenido de sus decisiones, las diferencias de interpretación de la ley, o la comisión de errores judiciales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020, párr. 21), las cuales deben plantearse a través del sistema de recursos. El Estatuto Universal del Juez, en su artículo 7-1 señala:

[S]alvo en caso de malicia o negligencia grave, constatada en una sentencia definitiva, no se puede entablar acción disciplinaria contra un juez como consecuencia de una interpretación de la ley o de la valoración de hechos o de la ponderación de pruebas, realizada por él / ella para determinar casos. (Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, 1999)

Y su artículo 7-2 agrega que “[E]l recurso para los errores judiciales debe encontrarse en un sistema apropiado de apelaciones)” (Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, 1999). Por su parte, en su Recomendación CM/Rec(2010)12, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indica que:

[L]a interpretación de la ley, la valoración de los hechos y la ponderación de la evidencia realizada por los jueces no debe dar lugar a responsabilidad civil o disciplinaria, salvo en casos de dolo o negligencia graves. (Consejo de Europa, 2010, párr. 66)

Como es posible apreciar, el único supuesto excepcional que admitiría la imposición de sanciones bajo el fundamento del contenido de las decisiones, son aquellos donde dichas decisiones han sido producto de la intención deliberada de decidir de forma contraria al derecho, o de la negligencia grave. En tales casos, la motivación de la decisión disciplinaria resulta fundamental; ya ha sido mencionado anteriormente.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (2020). *Informe del Relator Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados, Diego García-Sayán*. (A/75/172).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, aprobada por Resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1985). 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 en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.
- Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 182. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008).
- Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2020).
- Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 227. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 01 de julio de 2011).
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 186. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de agosto de 2008).
- Caso López Lone y otros vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 302. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 05 de octubre de 2015).
- Caso Quintana Coello y Otros vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 266. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2013).
- Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 197. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de junio de 2009).
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 71. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2001).
- Caso Urrutia Labreaux vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n ° 409. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de agosto de 2020).

- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C, n.º 207. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2009).
- Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia). (2010). *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II – el Ministerio Público*. Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85ª reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010), Estrasburgo, 3 de enero de 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2019). *Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos*, (OEA/Ser.L/V/II).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. (OEA/Ser.L/V/II Doc. 49/15).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia. Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en Las Américas*. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Democracia y derechos humanos en Venezuela* (OEA/ Ser.L./V/II. Doc. 54).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. (OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1).
- Congreso del Perú (2019). Ley n.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia.
- Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados. (1999). *Estatuto Universal del Juez*, adoptado por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en la ciudad de Taiwán, el 17 de noviembre de 1999.
- Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (2012). *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul*. (A/HRC/26/32).
- Consejo de Europa (2000). Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del ministerio público en el sistema de justicia penal (Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to Members States on the role of public prosecution in the criminal justice system), adoptada por el Comité de Ministros el 6 de octubre de 2000.
- Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (2004). *Informe del Secretario General sobre estado de derecho y justicia transicional en sociedades en conflicto y post conflicto* (A/HRC/26/32).
- Constitución Política del Perú (1993). Artículo 154.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969.
- Fundación para el Debido Proceso (DPLF). (2020). Carta y amicus curiae. “Estándares y obligaciones internacionales relativos a la protección de la independencia judicial, aplicables al procedimiento de antejuicio seguido por la Corte Suprema de Justicia contra la jueza Erika Lorena Aifán Dávila”. https://dplf.org/sites/default/files/amicus_amparo_erika_aifan_guatemala_fv.pdf

- DPLF. (2021). Amicus curiae. “Estándares internacionales y constitucionales relativos a las garantías de inamovilidad y contra presiones externas de las juezas y los jueces agroambientales”. https://www.dplf.org/sites/default/files/amicus_independencia_judicial_jueces_agroambientales.pdf
- DPLF. (2022). Amicus curiae. “Estándares y obligaciones internacionales relativos a la protección de la independencia judicial y al plazo razonable, aplicables al procedimiento de antejuicio seguido por la Corte Suprema de Justicia contra el juez Miguel Ángel Gálvez Aguilar”. https://www.dplf.org/sites/default/files/amicus_-_caso_miguel_angel_galvez.pdf
- DPLF. (2023). Amicus curiae. “Estándares internacionales relativos al respeto y garantía de la independencia judicial en el marco de los juicios políticos contra altas autoridades del Sistema de Justicia” https://www.dplf.org/sites/default/files/amicus_-_caso_gutierrez_navas_y_otros_vs_honduras.pdf
- Indacochea, U. (2021). Informe acerca de los estándares vinculantes para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Junta Nacional de Justicia relativos a la garantía de plazo razonable y lucha contra la corrupción en J.E. Sotomayor Trelles (Coord), *Junta Nacional de Justicia (JNJ): nueva oportunidad para la justicia en el Perú* (pp. 115-125). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ).
- Indacochea, U. (2022). Estándares de derechos humanos y estrategias en el derecho comparado para abordar el problema de la provisionalidad de jueces y fiscales. En: *Después de la reforma constitucional: avances y retos para la Junta Nacional de Justicia*, (pp. 65-93).
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1996). Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.
- Organización de los Estados Americanos (1948). Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, del 30 de abril de 1948.

LA LABOR DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS¹

Yvana Lucía Novoa Curich²

I. Antecedentes

El 11 de octubre de 2022, Liz Patricia Benavides Vargas, fiscal de la Nación, interpuso una denuncia constitucional³ contra el expresidente Pedro Castillo Terrones como presunto autor de los siguientes delitos:

- Organización criminal agravada por su condición de líder, tipificado en el artículo 317 del Código Penal.
- Tráfico de influencias agravado, tipificado en el artículo 400 del Código Penal.

Asimismo, se le denuncia constitucionalmente como cómplice del delito de colusión, tipificado en el artículo 384 del Código Penal.

La denuncia constitucional en mención pone luces sobre la necesidad de cumplir con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) en virtud de la obligación de hacer un control de convencionalidad, la cual es una obligación general en materia de derechos humanos. De esta forma, la Fiscalía de la Nación recurre, por primera vez, al nexo indesligable existente entre corrupción y derechos humanos y a la naturaleza de tratado de derechos humanos que la CNUCC tendría. Esto, con la finalidad de evitar la impunidad en los casos de corrupción en los que estaría involucrado el expresidente Pedro Castillo.

A pesar de que dicha denuncia constitucional pueda constituir un avance claro en el esfuerzo de dejar en claro a la comunidad jurídica que los delitos de corrupción lesionan derechos humanos, queda aún mucho por hacer en la práctica para que el sistema de justicia y, el Ministerio Público, en específico, reconozcan y apliquen en su plenitud los efectos de aquella afirmación.

Por ello, en el presente informe jurídico se desarrollan aquellos aspectos sobre el vínculo de corrupción y derechos humanos que el Ministerio Público debe tomar en cuenta para cumplir a cabalidad con sus funciones y competencias.

1 Véase <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/las-convenciones-anticorrupcion-deben-ser-considerados-tratados-de-derechos-humanos>, así como, <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>

2 Master en Derecho (LLM) por McGill University, Canadá. Título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada por la misma casa de estudios y docente del Departamento de Derecho de la PUCP. Consultora externa de la Organización Internacional del Trabajo y del sector público en materia de trata de personas y violencia de género.

3 Carpeta Fiscal n.º 251-2021.

II. ¿Cuál es el Vínculo entre Corrupción y Derechos Humanos?

Para poder comprender el nexo que pueda existir entre corrupción y derechos humanos, es indispensable, primero, definir el término *corrupción* para efectos de este informe. Según Yván Montoya y otros, es posible identificar tres situaciones problemáticas al momento de intentar definir este fenómeno:

1. Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude y el abuso de poder, entre otros) que son tratados de forma indistinta.
2. Existen diferencias importantes entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan intereses públicos y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico.
3. Existen diferencias entre las distintas sociedades en la utilización de la palabra corrupción. (Montoya et al., 2016, p. 17)

A pesar de estos problemas, según Montoya et al., es posible identificar tres características principales en el fenómeno de la corrupción pública:

- Antinormatividad: los actos de corrupción lesionan normas, las cuales pueden ser penales, administrativas y/o éticas.
- Interés privado: los actos de corrupción buscan obtener un beneficio privado que no necesariamente beneficiará de manera directa a la persona que comete dicho acto. Es decir, dicho beneficio o ventaja puede estar dirigido a una persona cercana al corruptor o a una tercera persona.
- Abuso de una función: los actos de corrupción consisten en el abuso de una función que fue asignada por el Estado, por lo tanto, se trata de una función pública (2016, p. 17).

Hasta aquí, vale precisar que este informe hace referencia a la corrupción pública, es decir, aquella que se comete en el sector público, en el aparato estatal. Sin embargo, las características antes descritas deben ser complementadas por la definición acuñada por la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción. Esta política es el instrumento de gestión más importante en materia de lucha contra la corrupción, ya que contiene los lineamientos, objetivos y estándares que todas las instituciones estatales deben cumplir para promover la integridad, así como para prevenir y sancionar la corrupción. Dicha política fue promulgada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Supremo n.º 092-2017-PCM y define a la corrupción como “el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales” (2017, p. 16).

Como puede apreciarse, la característica o elemento de la antinormatividad incluye no solo la vulneración a normas penales, administrativas y/o éticas, sino también a normas constitucionales y de derecho internacional público, en específico, de derechos humanos. Y es que, como se desarrollará en este informe y como se indica en la Política Nacional, la corrupción también lesiona derechos fundamentales.

Afirmar que la corrupción lesiona derechos fundamentales o derechos humanos se desprende de la propia naturaleza del poder asignado por el Estado y que es justamente mal utilizado a cambio de un beneficio irregular. La naturaleza del poder estatal es prestacional. La

Constitución Política de 1993 establece lo siguiente: “Artículo 39.- [...] Todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación. [...]”.

Este artículo debe ser interpretado en conjunto con los artículos 44 y el 45 de la misma carta fundamental, que establecen lo siguiente:

Artículo 44.- [...] Son deberes primordiales del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...] y promover el bienestar y general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Artículo 45.- [...] El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Entonces, velar por la efectividad de los derechos humanos y garantizar el desarrollo sostenible de la población es la tarea primordial del Estado. Esa función le ha sido otorgada por la misma población que, como diría Hobbes en el Leviatán, necesita un aparato organizado que pueda gestionar la vida en sociedad y garantizar seguridad a quienes habitan en ella. Se trata del otorgamiento de un poder a ese aparato llamado Estado, y es este el que delega o asigna poder en las personas que trabajan en él, representándolo a cualquier nivel. Aquella seguridad y gestión de la vida en sociedad se traduce no solo en prohibir conductas y evitar que los individuos que habitan la sociedad se lesionen entre sí, sino que hace referencia también, y, sobre todo, a garantizar unas condiciones de vida digna para todas las personas en el territorio estatal.

Esas condiciones de vida digna son las que se requieren para poder afirmar que un Estado y su población tienen desarrollo integral y sostenible, que es lo que señala el artículo 44 ya citado. El desarrollo, entendido desde la perspectiva de Amartya Sen, es la posibilidad de elegir en libertad entre diversas opciones a fin de realizar o expandir nuestras capacidades. Por ello, Sen señala que:

el desarrollo requiere de la eliminación de importantes fuentes de la ausencia de libertad como son: pobreza y tiranía, oportunidades económicas escasas y privaciones sociales sistemáticas, falta de servicios públicos, intolerancia y sobre actuación de estados represivos. [...] Lo que la gente puede lograr positivamente resulta influido por las oportunidades económicas, libertades políticas, poderes sociales, condiciones adecuadas para buena salud y educación básica y el fomento y desarrollo de iniciativas. Las medidas institucionales relacionadas con estas oportunidades se ven a su vez influenciadas por el ejercicio de las libertades de la gente a través de la libertad de participar en elección social y en la toma de decisiones públicas que impulsan el progreso de estas oportunidades. (2000, pp. 15-16)

La pobreza y la falta de acceso a educación, salud, nutrición, etc. hacen referencia justamente a los servicios públicos que el Estado debe proveer para todas y todos. Pero los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas⁴ (ODS) no solo miden el acceso a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), sino también otras circunstancias como igualdad de género, paz, justicia e instituciones sólidas, que hacen referencia también a derechos civiles y políticos. Esto se desprende de la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

4 Ver el siguiente enlace: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Pues bien, cuando ocurre un acto de corrupción en el sector público, este va a lesionar alguno o varios de esos derechos, sea que estemos ante Desca o ante derechos civiles y políticos. Y es que, finalmente, todos tienen que ser protegidos por el Estado a través de los diversos servicios que está obligado a garantizar: el acceso a salud pública y a la educación de calidad, la nutrición, la seguridad pública, el trabajo digno, el proteger garantías procesales, etc. La función principal del Estado es, entonces, prestacional. Es por ello que, no en vano, el conjunto de artículos constitucionales citados previamente son los que sustentan el principio general de buen gobierno (también conocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵ como principio de buena administración).

Este principio tiene rango constitucional y contiene un conjunto de otros principios (corrección, transparencia, eficacia, rendición de cuentas y participación). La razón de ser del principio de buen gobierno es establecer parámetros de calidad en la actuación de los poderes públicos y guiarlos hacia un adecuado empleo de la discrecionalidad con la que cuentan. Esto se fundamenta en el Estado social y democrático de derecho que rige a Perú, donde la administración pública es el aparato esencial para garantizar y proveer una calidad de vida adecuada a la población, haciendo valer los derechos e intereses de la ciudadanía (Castro, 2014).

Como puede apreciarse, entonces, el mal uso y abuso del poder estatal encomendado (corrupción) impacta en la función principal del Estado, que es la función prestacional, en tanto que aquel fue creado para garantizar una vida digna a las personas que lo habitan. No existe actuación estatal que no esté destinada a impactar de manera inmediata o indirecta en la vida de la ciudadanía. Por eso, no en vano nuevamente, el correcto funcionamiento de la administración pública (es decir, el principio de buen gobierno) es el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción. Montoya et al. indican que:

el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales. (2016, p. 36)

En la misma línea, Iván Meini (2008) considera que el bien jurídico de los delitos de corrupción hace referencia al adecuado desempeño de las funciones y deberes que los funcionarios, servidores y empleados públicos han recibido por parte del Estado para administrar justamente la vida de la ciudadanía.

Por todo lo mencionado, se debe afirmar que la corrupción es un fenómeno criminal cuya consecuencia característica es la afectación de la función prestacional estatal y, por lo tanto, la afectación o vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Al respecto, las Naciones Unidas afirman que:

La corrupción amenaza el cumplimiento de los ODS. Las grandes sumas que se pierden por causa de la corrupción podrían ser utilizadas para mejorar el nivel de vida, incrementando el acceso a la vivienda, la salud, la educación y el agua. (2019)

A continuación, se explicará de qué manera se puede producir esa afectación a los derechos humanos o fundamentales.

5 Para mayor detalle ver STC n.º 00017-2011-PI/TC.

1. *¿Cómo vulnera la Corrupción los Derechos Humanos?*

A nivel internacional se puede encontrar diversa literatura respecto del vínculo entre corrupción y derechos humanos. A nivel nacional, en particular, Bregaglio y Novoa (2022) consideran que es importante trazar una clasificación respecto de cómo es que puede haber un nexo causal entre un acto de corrupción y la violación de derechos humanos. Estas autoras, citando al Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2009), una organización suiza de sociedad civil, indican que este planteó tres formas en que un acto de corrupción podría afectar derechos:

- a) De forma directa: cuando el acto de corrupción es empleado deliberadamente como un medio para vulnerar un derecho.
- b) De forma indirecta: cuando el acto de corrupción es una circunstancia o condición inevitable o indispensable causalmente para la violación de un derecho.
- c) De forma remota: cuando la corrupción constituye un factor que no guarda conexión directa con la violación de derechos (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2009, como se citó en Bregaglio y Novoa, 2023).

En la misma línea, Bascur y Aguiló (2014) explican, también, la forma en que un acto de corrupción puede lesionar derechos. Así, un acto corrupto lesionará de manera directa un derecho cuando aquel implique de manera inmediata el incumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Por su parte, la lesión indirecta ocurrirá cuando el acto de corrupción constituya un hecho o circunstancia esencial en la sucesión de acontecimientos que llevan a la violación de un derecho. Espinoza Espinoza, en un trabajo realizado para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, también se suma a esta postura indicando que las afectaciones indirectas ocurren cuando “el acto corrupto conduce a una serie de acontecimientos que, finalmente llevan al incumplimiento de la obligación de respetar, proteger y contribuir con la realización de uno o más derechos fundamentales” (2018, p. 21).

Partiendo de esta tipología, solo las formas directa e indirecta pueden mostrar causalidad entre un acto corrupto y la lesión de un derecho. Y es que, en la forma remota, la lesión del derecho no constituye una cuestión previsible o que pueda desprenderse del curso regular de las cosas al cometerse el acto de corrupción (Bregaglio y Novoa, 2022).

Al respecto, Anne Peters considera que para determinar si un derecho ha sido vulnerado o no, debe ser posible identificar cuál o cuáles de las obligaciones generales en materia de derechos se ha transgredido a causa del acto de corrupción:

Todos los tipos de derechos humanos dan origen a tres clases de obligaciones; concretamente: obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de evitar las intromisiones. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. (2015, p. 14)

Dichas obligaciones pueden ser denominadas también obligaciones de respetar y de garantizar derechos humanos. Deberá entenderse por la obligación de respetar a aquella que prohíbe al Estado lesionar derechos ya sea por acción u omisión. En otras palabras, el deber estatal de no obstruir o impedir el acceso al disfrute de aquellos bienes que constituyen el objeto del derecho (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2019). Por lo tanto, se

trata de una obligación que limita o restringe el ejercicio del poder estatal (CIDH, 2019). La obligación de garantía, por su parte, tiene dos dimensiones. Por un lado, la dimensión de prevención, a fin de evitar que se lesionen potencialmente derechos. Por otro, las obligaciones de investigar, sancionar y reparar el daño una vez que algún derecho ha sido efectivamente vulnerado (Nikken, 1994). Peters pone las siguientes situaciones para ejemplificar cómo los actos de corrupción de cohecho pueden lesionar, por ejemplo, derechos a través del quebrantamiento de la obligación de respeto:

Un acto corrupto por parte de un funcionario individual puede potencialmente violar, dependiendo del contexto y el derecho humano en cuestión, cada una de estas dimensiones de la obligación. Si, por ejemplo, en el contexto de la implementación de un plan de uso de la tierra, un funcionario evacúa a la fuerza a la gente que no pague un soborno, entonces esto puede violar el derecho a la vivienda (artículo 11 PIDESC) en la dimensión negativa de la obligación de respetar. En ese mismo tenor, si el empleado de una oficina de registro se niega a entregar un pasaporte sin el soborno adicional, entonces el derecho a dejar el país (Artículo 12.2 PIDCP) puede ser violado en la dimensión positiva de la obligación de facilitar del Estado. (2015, p. 15)

Por otra parte, la vulneración de derechos a causa de actos o delitos de corrupción puede ser comprendida en relación con la calidad o nivel de la víctima. En este sentido, se considerará como víctima de primer orden a una persona determinada o determinable cuya esfera de derechos se ve afectada a causa del acto corrupto, ya sea por acción u omisión, y dicha afectación le otorga el estatuto de agraviada en el derecho penal peruano. Las víctimas de primer orden pueden sufrir la afectación a sus derechos de manera directa o indirecta, según lo explicado en párrafos anteriores. Asimismo, se considerará víctima de segundo orden a una sociedad en conjunto o a una parte significativa de aquella, cuando la corrupción forma parte de un contexto estructural y sistemático. Por ejemplo, si ocurre un peculado en el seno de un ministerio y la cantidad de dinero apropiada indebidamente afecta potencialmente la provisión de un servicio público futuro y no genera un impacto concreto en derechos específicos (Bregaglio y Novoa, 2022).

2. ¿Qué Derechos Fundamentales Pueden ser Vulnerados por la Corrupción?

Habiendo analizado cómo es que un acto de corrupción puede impactar negativamente en derechos humanos, tanto desde una perspectiva causal como desde el nivel o grado de víctima afectada por aquel, corresponde poner algunos ejemplos de derechos que se pueden ver normalmente vulnerados por el delito. Para esto, es importante tomar en cuenta que los delitos contra la administración pública pueden ser un medio facilitador para la comisión de otros delitos graves.

a) La Corrupción y su Impacto en Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Habiendo establecido anteriormente que la función principal del Estado (su razón de existir) es la prestacional, es comprensible afirmar que, al darse un acto de corrupción, este afectará dicha función neurálgica: la prestación de servicios públicos de distinta índole.

Así, la CIDH, en su Resolución 1/17, ha explicado justamente cómo es que actos corruptos afectan el erario nacional y, por lo tanto, la posibilidad monetaria de solventar servicios básicos para la población:

las consecuencias de la corrupción, que afecta no sólo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia. De igual modo, señaló que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva del Estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona. Las consecuencias son particularmente graves para las personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en especial para quienes viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el país. (CIDH, 2017, pp. 2-3)

Así pues, la comisión del delito de peculado⁶ (apropiarse indebidamente de bienes o dinero público que se encuentren bajo custodia estatal) respecto de fondos públicos destinados a brindar acceso al agua a una comunidad afectará el acceso al derecho al agua. En específico, el gobierno regional o municipio en el cual se geste dicho peculado estará quebrantando la obligación de respeto, es decir, la obligación de no transgredir el derecho humano en cuestión. A esto habrá que sumar el hecho de que los derechos fundamentales tienen una naturaleza interdependiente e indivisible, por lo cual se necesitan unos de otros para que las condiciones de vida de una persona sean dignas. Siendo esto así, la falta de acceso a un recurso vital como es el agua impactará también en otras dimensiones de la vida de quienes habitan dicha comunidad: sin agua no pueden lavarse adecuadamente los alimentos ni el cuerpo humano; por lo tanto, el derecho a la salud se encontrará comprometido o en riesgo. Para comprender el nivel de gravedad al que puede llegar esta afectación, basta con pensar en la necesidad de acceder al agua durante la pandemia causada por el COVID-19, durante la cual el aseo personal era indispensable para no transmitir el virus.

De la misma forma, un peculado que desaparezca fondos destinados al presupuesto del sector educación para acortar la brecha de infraestructura educativa, va a afectar el derecho a la educación sin duda. Para mayor claridad sobre el nivel de gravedad en la lesión de derechos fundamentales a causa de la corrupción, cabe resaltar el análisis realizado por la Contraloría General de la República respecto del costo de la corrupción durante el año 2019:

En el caso de sector educación, tenemos que con el 24.5% de lo que se habría perdido por corrupción e inconducta funcional en 2019, se hubiese podido cubrir el 100% de la brecha de infraestructura educativa de largo plazo (5 917 millones de soles). En términos de escolaridad, según el Plan Nacional de Infraestructura Educativa al 2025, aprobado el 6 de marzo del 2017, se requiere infraestructura educativa para albergar a 156 339 nuevos estudiantes de inicial; asimismo, *existe una demanda no atendida de 103 262 nuevos estudiantes de educación secundaria rural* [énfasis añadido]. Considerando que el PNIC 2019 estima que el costo por estudiante nuevo matriculado para el nivel inicial es de 19 336 soles y para secundaria regular, 22 134 soles; y que el perjuicio económico solo del sector educación en el año 2019

6 El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387 del Código Penal peruano de la siguiente manera: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa [...]”.

se estima en 1749 millones de soles, es posible realizar un cálculo simple para valuar que con dichos recursos se hubiese podido escolarizar a 90 456 nuevos alumnos de inicial o 79 021 estudiantes de secundaria. (p. 49)

Como se puede notar, el impacto es altamente grave, porque realmente existen más de 100 mil niñas, niños y adolescentes sin acceder a educación, y el dinero perdido por corrupción realmente les hubiera permitido el goce de este derecho.

Un impacto similar se genera en el goce del derecho a la educación cuando se comete el delito de colusión⁷, por el cual, por ejemplo, se realiza un acuerdo subrepticio entre representantes estatales y una empresa privada que postula a un concurso público para obtener la buena pro. Esta última permitiría a la empresa ganadora reconstruir colegios emblemáticos públicos que se encuentran en mal estado. Si producto del acuerdo subrepticio (colusorio) gana una empresa que no se encuentra capacitada realmente para realizar la obra de manera idónea, la infraestructura de dichas unidades escolares se vería afectada y, por lo tanto, el respeto del derecho de acceso a la educación se vería transgredido. Y es que probablemente las y los estudiantes deban paralizar sus clases por el riesgo que su integridad y vida corren estudiando en un lugar que puede colapsar en cualquier momento⁸. Esto último, nuevamente, muestra la indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

El derecho a la educación también puede verse afectado mediante el cobro de sobornos (delito de cohecho⁹) a madres y padres de familia a cambio de aceptar la inscripción de sus hijas e hijos en un colegio público. Cabe recordar que la educación pública primaria, por lo menos, debe ser gratuita.

7 El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano de la siguiente manera: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierda con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa [...]”.

8 Un caso como este ocurrió en Perú, para más información ver el siguiente enlace: <https://rpp.pe/politica/actualidad/advierten-indicios-de-corrupcion-en-colegios-emblematicos-noticia-438978>

9 Los delitos de cohecho pasivo propio se encuentran tipificados en el artículo 393 del Código Penal peruano de la siguiente manera: “El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa [...]”.

b) **Corrupción y su Impacto en Derechos Civiles y Políticos**

Tal como se indica reiteradamente en este informe, los derechos humanos y/o fundamentales son indivisibles e interdependientes. Al respecto, la Corte Interamericana ha desarrollado que existe definitivamente una relación de interdependencia e indivisibilidad recíproca entre los derechos civiles y políticos y los Desca. Esto implica que no exista jerarquía entre ellos y que deban ser entendidos de manera integral, siendo todos exigibles ante las autoridades competentes. Esto, en tanto todos los derechos se fundamentan en la dignidad humana (*Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, 2018, párr. 85).

De ello se desprende la posibilidad innegable de que un delito de corrupción lesione más de un derecho a la vez. Así, pues, tomando el ejemplo anterior del acuerdo colusorio en una licitación para ejecutar obras públicas de reconstrucción de colegios públicos, no solo el derecho a la educación se verá afectado. El acuerdo colusorio por sí mismo constituye una lesión directa del derecho a la igualdad de armas en el proceso de licitación. Las empresas postoras que compiten en ese procedimiento no lo hacen bajo las mismas reglas regulares y, por lo tanto, no tienen las mismas oportunidades de ganar. La unidad de medida de la idoneidad de la empresa postora no serán las bases del concurso, sino el dinero que se ve involucrado o subsumido dentro del acuerdo colusorio que tiene la finalidad de defraudar al Estado.

Otro derecho que se ve comúnmente vulnerado por la corrupción es la tutela judicial efectiva. La comisión del delito de cohecho en el marco de un proceso judicial a cambio de fallar a favor de una de las partes constituye una vulneración directa del derecho a la igualdad de armas, debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, si el cohecho es solicitado por un operador judicial a una mujer, por ejemplo, y aquel consiste en la solicitud de un favor sexual a cambio de un fallo favorable, se estaría también lesionando el derecho a la libertad sexual.

Por otro lado, los derechos a la libertad de expresión e información pueden verse transgredidos mediante un peculado destinado a pagar a medios de comunicación con la finalidad de dirigir en cierto sentido la difusión de noticias e información¹⁰. Esto, a todas luces, lesiona los pilares democráticos, ya que la población no podrá acceder a información veraz sobre asuntos de interés público. A su vez, esto limitará u obstaculizará otros derechos como el derecho a fiscalizar, exigir rendición de cuentas y participar ciudadanamente.

Otro ejemplo de derecho que puede ser transgredido de modo directo a causa de un cohecho es el derecho a la vida. Esto ocurriría si, por ejemplo, personal del sistema de salud pública decide cobrar sobornos a cambio de acceso a camas UCI para personas que se encuentran en estado grave o crítico de salud y cuya vida, evidentemente, corre peligro si es que no se recibe la atención inmediata.

10 Un ejemplo de esta situación fue el caso denominado “Diarios chicha” por el cual, el ex presidente Alberto Fujimori fue sentenciado. La sentencia condenatoria recayó en el Expediente n.º 63-09 de fecha 8 de enero de 2015.

c) La Corrupción y su Impacto en Poblaciones en Situación de Vulnerabilidad

Como se ha podido apreciar, los delitos de corrupción tienen la capacidad de afectar diversos derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Dependiendo del caso concreto, algunos derechos serán lesionados de modo directo, mientras que otros lo serán de modo indirecto. Es importante mencionar que, en cualquier caso, la conexidad directa o indirecta de la lesión del derecho no está relacionada con su gravedad. Ambos tipos de lesión deben ser tomados en cuenta con la misma seriedad. Todo derecho lesionado merece ser reparado.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que cuando se lesionan derechos sociales como salud, transporte, saneamiento, agua, etc. se impacta en la calidad de vida mínimamente digna de las personas. Son las poblaciones y grupos en condición de vulnerabilidad quienes reciben un impacto diferenciado y más profundo a causa de la corrupción (CIDH, 2018). Por ejemplo, mujeres madres de familia que tienen la carga de los roles de cuidado del hogar; niñas, niños y adolescentes que requieren del derecho a la educación para desarrollar sus capacidades correctamente; pueblos afrodescendientes, indígenas y campesinos, así como población migrante que, en el Perú por lo menos, se encuentran también en situación de desventaja socioeconómica y pobreza. Yamada Fukusaki y Montero de la Piedra muestran que las personas pobres suelen destinar una proporción mayor de sus ingresos al pago de sobornos que les son exigidos por funcionarios públicos a cambio de brindarles acceso a servicios muy importantes para aquellos como lo son la seguridad (servicio policial) y los servicios de salud. Este gasto impacta de manera muy dura en su economía familiar y, por ello, es probable que no logren culminar los trámites para acceder a esos servicios públicos básicos (2011). Así, se puede afirmar que las poblaciones históricamente discriminadas tienden a recibir un impacto mayor (más lesivo) en sus derechos fundamentales. La corrupción termina profundizando y perpetuando desigualdades estructurales (Novoa Curich, 2016a).

Si se atiende, por ejemplo, al impacto de la corrupción en la desigualdad de género, se pueden apreciar vínculos muy estrechos y altamente nocivos. El fenómeno criminal de la trata de personas es un ámbito ejemplificador del nivel de gravedad que puede tener la corrupción: desde el cohecho que permite el transporte sin control de personas (potenciales víctimas de trata que van camino a su explotación), hasta el cohecho donde el cuerpo de una mujer víctima de trata de personas es usado como moneda de cambio para pagar el soborno a efectivos policiales a cambio de que estos avisen cuando un operativo fiscal de rescate está por llegar. Otro ámbito de afectación brutal de la corrupción es el de la venta de sentencias judiciales por parte de jueces donde las víctimas son niñas, adolescentes o mujeres que fueron víctimas de violación sexual y esperan justicia¹¹. En los casos de trata de personas mencionados arriba, se vulneran directamente la dignidad y la libertad y/o indemnidad sexual de las víctimas, respectivamente. Por su parte, en el caso de la venta de sentencias, se lesionaría la tutela judicial efectiva de la víctima.

11 Este fue justamente el caso con el cual se destapó el escándalo denominado “CNM audios”. Para mayor detalle, revisar el siguiente enlace: <https://ojo-publico.com/derechos-humanos/genero/juez-cesar-hinostroza-creo-precedente-para-reducir-pena-violadores-menores>

Asimismo, es importante hacer hincapié en que el Código Penal reconoce la gravedad de la situación cuando un delito de corrupción cometido afecta a poblaciones en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, el artículo 387 referido al delito de peculado establece como circunstancia agravante (con un rango de pena más elevado) lo siguiente:

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo [...]

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando: [...]

2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo [...]

De la misma forma, se agravan las penas por los mismos motivos en el caso del delito de malversación¹² en el inciso 2 cuando “la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias [...]”.

En la misma lógica, el artículo 392 del Código Penal amplía el espectro de personas que pueden ser sancionadas por delitos de corrupción cuando afectan bienes o fondos destinados a programas sociales o fines asistenciales:

Artículo 392.- Extensión del tipo

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Finalmente, el artículo 426 del Código Penal establece inhabilitación perpetua para funcionarios públicos que hayan cometido delitos de corrupción cuando “2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo [...]”.

III. La Importancia de Comprender a las Convenciones de Lucha contra la Corrupción como Tratados de Derechos Humanos

Como se indica al inicio de este informe, la denuncia constitucional presentada por la fiscal de la Nación contra el expresidente Pedro Castillo Terrones recurrió a la CNUCC para sustentar argumentativamente dicha denuncia. Sin embargo, ¿por qué es importante emplear los tratados internacionales en materia de lucha contra la corrupción dentro de los procesos judiciales y de investigación por casos de corrupción? La respuesta se encuentra en

12 El delito de malversación se encuentra tipificado en el artículo 389 del Código Penal de la siguiente forma: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa [...]”.

la naturaleza de estos instrumentos internacionales: son convenciones o tratados de derechos humanos. Por lo tanto, deben ser tomados como parámetro y límite de actuación en virtud de la obligación general de hacer control de convencionalidad. Esta última consiste en verificar que toda decisión estatal (sobre todo las vinculadas al sistema judicial) respete y se adecúe a lo establecido en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú, en este caso, es parte¹³. El control de convencionalidad es análogo al control de constitucionalidad, pero respecto del contenido de normas internacionales en materia de derechos y el desarrollo que sobre estas realice la CIDH.

En este sentido, la Fiscalía de la Nación se adhirió a la postura doctrinal que considera que los tratados de lucha contra la corrupción son tratados internacionales de derechos humanos. Esta postura fue propuesta por Novoa Curich (2016b), quien considera que existen tres características esenciales que hacen que un convenio internacional tenga naturaleza de tratado de derechos humanos.

En primer lugar, el objeto y fin del tratado debe estar orientado a proteger la dignidad humana (Novoa Curich, 2016b). Para determinar esto, habrá que recurrir a los preámbulos de la norma internacional que se tenga en cuestión. Así, el preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) (1996) indica lo siguiente:

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el *desarrollo integral de los pueblos* [énfasis añadido];

CONSIDERANDO que la *democracia representativa* [énfasis añadido], condición indispensable para la estabilidad, la paz y el *desarrollo de la región* [énfasis añadido], por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Como se ha expuesto anteriormente, el desarrollo consiste indefectiblemente en el goce efectivo de derechos humanos y, además, constituye por sí mismo un derecho humano.

Por su parte, el preámbulo del CNUCC establece que:

Recordando también la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en particular su párrafo 19, en el que se declaró que la *corrupción representaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población* [énfasis añadido]

Preocupada por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los *valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible* [énfasis añadido] y el imperio de la ley [...]

Una lectura sistemática del preámbulo de cada convención en conjunto con las disposiciones normativas que se encuentran en el cuerpo de cada una de ellas, permite afirmar que

13 Para mayor detalle, revisar Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile del 26 de septiembre de 2006, y Caso Gelman vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011.

la finalidad principal de las convenciones de lucha contra la corrupción es la protección y garantía de la dignidad humana y desarrollo de la ciudadanía de los Estados parte a través de la prevención y sanción de los actos de corrupción, tal como ocurre con otros convenios internacionales antes citados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por ejemplo. (Novoa Curich, 2016 b, p. 309)

Una segunda característica esencial es la referida al carácter no sinalagmático de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos. El sinalagma contractual hace referencia a las obligaciones recíprocas que se establecen entre los Estados parte que ratifican un tratado. Esto implica que si uno de los Estados parte incumple el tratado, los demás automáticamente se encuentran habilitados a incumplir las obligaciones que el tratado les imponía. No obstante, cuando el convenio internacional es de derechos humanos, este tipo de vínculo recíproco no existe (Novoa Curich, 2016b). La Corte Internacional de Justicia expuso en su Opinión Consultiva de 1951 que:

En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios: solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones¹⁴. (Corte Internacional de Justicia, 1951, como se cita en Novak Talavera y Salmon Garate, 2000, p. 63)

En otras palabras, el objeto y fin de estos tratados (la protección de la dignidad humana y velar por los derechos de las personas que integran el territorio de cada Estado parte) perdería sentido si es que los tratados de derechos humanos tuvieran carácter sinalagmático.

La CNUCC y la CICC establecen obligaciones que no se basan en un equilibrio contractual-sinalagmático. Por ejemplo, si alguno de los Estados parte decidiera no cumplir con su obligación de proteger a denunciantes y testigos de actos de corrupción, o si decidiera no tipificar alguno de los delitos de corrupción que estas convenciones mandan, esto de ninguna forma habilitaría a los demás Estados a incumplir las mismas disposiciones. Los intereses en juego van mucho más allá de los intereses propios estatales; lo que se busca es luchar contra el fenómeno criminal de la corrupción para evitar que esta vulnere derechos humanos.

La tercera característica que, además, se desprende como corolario de las dos anteriores, es el hecho de que las normas internacionales de derechos humanos constituyan un piso o estándar mínimo de cumplimiento para los Estados parte (Novoa, 2016b). Es decir, estos no pueden establecer un estándar de protección menor o retroceder en el nivel de protección de derechos que alcanzaron mediante la ratificación del tratado en concreto. A manera de ejemplo, el artículo 65 de la CNUCC establece textualmente dicho carácter mínimo:

14 Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 sobre la Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

Artículo 65.- Aplicación de la Convención.

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención. 2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.

La primera consecuencia de considerar que los tratados anticorrupción son normas de derechos humanos es reconocerle rango constitucional a nivel doméstico¹⁵. Por ello, es de suma relevancia que los operadores jurídicos y judiciales comprendan las razones por las cuales las convenciones de lucha contra la corrupción sí serían tratados de derechos humanos. En segundo lugar, esta naturaleza activa la obligación de ejercer control de constitucionalidad y de convencionalidad en toda actuación estatal. La Fiscalía de la Nación reconoció que el problema de la corrupción es un problema de derechos humanos. Por ello, en la denuncia constitucional contra Pedro Castillo, pidió al Congreso de la República hacer un control de constitucionalidad que le permitiese a la Fiscalía continuar con la persecución penal de los delitos de corrupción que aquel habría cometido. Sin embargo, aquí no culmina la labor fiscal en materia de lucha contra la corrupción con enfoque de derechos humanos. La persecución fiscal de los delitos de corrupción constituye una de las formas por excelencia de cumplir con la obligación de garantía de derechos. A continuación, se procede a explicar cómo, de manera concreta y específica, se puede efectivizar el vínculo entre corrupción y derechos humanos en el marco de la labor del Ministerio Público.

IV. ¿Cómo se Efectiviza el Vínculo entre Corrupción y Derechos Humanos en la Labor Fiscal?

En el presente acápite se expondrá cómo se efectiviza el vínculo entre corrupción y derechos en la labor de investigación fiscal, la protección de víctimas, testigos y denunciantes, así como en la función de solicitar la pretensión reparatoria civil en un proceso por corrupción.

1. ¿Cuál es la Función del Ministerio Público?

La labor del Ministerio Público se encuentra delimitada, en primer lugar, por lo establecido en la Constitución Política de 1993, la cual establece sus atribuciones en el artículo 159:

Artículo 159.- Atribuciones del Ministerio Público

1. Promover de oficio o a petición de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho [...]
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde el inicio la investigación del delito [...]
5. Ejercitar la acción penal de oficio o de parte.

15 Revisar STC n.º 0047-2004-AI, de fecha 24 de abril de 2006.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público indica, en su artículo 1, lo siguiente:

Artículo 1.- [...] El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales *la defensa* [énfasis añadido] de la legalidad, *los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad* [énfasis añadido] en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; *la persecución del delito y la reparación civil* [énfasis añadido]. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En suma, esta entidad estatal es la titular de la acción penal por la cual se da inicio a las investigaciones fiscales ante la comisión de un delito (con el fin de perseguir el delito, justamente). En el marco de esta función neurálgica, el Ministerio Público, a través de sus fiscales, debe velar por la defensa de la sociedad y de los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos, así como por la defensa del interés público que se vierte dentro de los procesos penales en los que es parte. Finalmente, dentro del proceso judicial, se encarga de velar también por la reparación civil que debe ir destinada a los sujetos agraviados por el delito.

Si se lee con detenimiento, las funciones neurálgicas del Ministerio Público se encuentran estrechamente vinculadas al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos que han sido desarrolladas anteriormente. Esto es: obligación de respeto, obligación de garantía (dentro de la que se encuentra la obligación de investigar, sancionar y reparar), y la obligación de ejercer control de convencionalidad. Esto se ve reafirmado por lo establecido en el artículo 4 de su Ley Orgánica, que establece lo siguiente:

Artículo 4.- [...] En los casos de deficiencia de la Legislación Nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones.

Y es que en el marco del constitucionalismo postpositivista en el que se encuentra el ordenamiento jurídico peruano, la labor penal debe regirse por normas-principio, es decir, por los principios generales del derecho que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, justamente. Y es que la gran tarea del derecho como disciplina y de quienes lo ejercen (incluyendo a fiscales, por supuesto) es la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía (Montoya, 2020, pp. 42-44). Este autor considera que:

[...] en el contexto del constitucionalismo pospositivista, todo el derecho penal está compuesto no solo por las normas jurídicas contenidas, en estricto, en los enunciados penales, sino también por los elementos axiológicos o valorativos que justifican o legitiman normas y que resultan de una valoración de los principios o derechos constitucionales. (2020, p. 45)

Por ello, el ejercicio de la labor fiscal debe realizarse tomando como parámetro de actuación a las normas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, así como con enfoque de derechos humanos, como se expondrá más adelante.

No se puede perder de vista que la función fiscal es también una fusión prestacional, de servicio a la ciudadanía, pues su competencia principal es perseguir el delito (las conductas que más daño social hacen), y representar a la sociedad en dicha persecución y juzgamiento.

Por ello, el Ministerio Público se encuentra sujeto a la obligación de ejercer control de convencionalidad en virtud de lo desarrollado por la Corte IDH:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un *“control de convencionalidad que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial* [énfasis añadido]. (Gelman vs. Uruguay, 2011, párr, 239)

Es decir, esta obligación no solo está destinada a jueces y juezas, sino también a fiscales.

En este sentido, la labor del Ministerio Público se ve impactada por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de diversas formas, como se expondrá a continuación.

2. La Investigación Fiscal y sus Características en el Marco de la Lucha contra la Corrupción

Hasta aquí se han establecido las funciones del Ministerio Público y el vínculo entre los delitos de corrupción y los derechos humanos. Si bien la Fiscalía de la Nación reconoció (en la denuncia constitucional mencionada) que los tratados anticorrupción son normas de derechos humanos, lo cierto es que este reconocimiento debe realizarse no solo cuando sea conveniente coyuntural y políticamente. El nexo entre corrupción y derechos humanos, así como el empleo de las convenciones anticorrupción, debe formar parte del protocolo de operación del Ministerio Público cada vez que investigue un caso de corrupción. En este acápite se procederá a explicar cómo efectivizar dicho nexo (entre corrupción y derechos) en la labor fiscal.

a) La Labor de Investigación

En primer lugar, el Ministerio Público tiene un rol fundamental en el cumplimiento de la obligación general de garantía en materia de derechos humanos. Esta había sido definida como aquella que se activa luego de la vulneración de un derecho y que implica investigar, sancionar y reparar dicha vulneración. Así, pues, al partir de la premisa de que los delitos de corrupción pueden lesionar derechos fundamentales, es parte de la obligación de garantía el investigar y el sancionar dichos delitos generadores de aquella lesión. El Ministerio Público es la entidad llamada a llevar a cabo dicha investigación penal.

Ahora bien, la investigación fiscal no consiste en una mera obligación de hacer o procedimental, es decir, de activarse o iniciarse la investigación simplemente de manera formal. Por el contrario, esta obligación tiene una dimensión sustantiva en tanto establece parámetros de calidad que hacen de aquella una obligación no solo de resultado sino de medios. Es decir, la forma en que se da el proceso de investigación es fundamental. La Corte Interamericana ha

establecido estándares que debe cumplir una investigación fiscal para considerarse idónea, a fin de orientarse a cumplir cabalmente con la obligación general de garantía. Así, en la sentencia del Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, del 25 de noviembre de 2006, la Corte indicó que:

255. El deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados. Ésta [*sic*] debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos.

256. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales. (párr. 255-256)¹⁶

Estos parámetros de diligencia, comprendidos en conjunto con las funciones ya citadas referidas a la defensa de los derechos ciudadanos (establecidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), suponen, entonces, que esta entidad investigue también si es que el delito de corrupción cometido ha lesionado derechos concretos de personas. La búsqueda de información y evidencia en este sentido permitirá, en primer lugar, que el juez o jueza a cargo de sentenciar determine correctamente la pena a imponer a la funcionaria corrupta o el funcionario corrupto. Esto último se establece en el artículo 45 del Código Penal peruano:

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: [...]

c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como *la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad* [énfasis añadido].

En este punto es indispensable precisar que el Código Penal peruano no define el término “víctima”. No obstante, el Código Procesal Penal sí define el término “agraviado/a”. Así, el artículo 94 lo define de la siguiente manera: “1. Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo [...]”.

Al respecto, es menester recordar que el término “agraviado” no es sinónimo de titular del bien jurídico o sujeto pasivo del delito. Doctrinalmente, se ha reafirmado esta posición al indicarse que el término “agraviado” es más amplio que el de sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) (Neyra, 2010, p. 56). En los delitos de corrupción, tal como se explicó al

16 Ver también sentencia de la Corte IDH para el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, de fecha 22 de septiembre de 2006.

inicio de este informe, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública. El titular de dicho bien jurídico es el Estado. Sin embargo, cuando se comete un delito de corrupción, como se ha mencionado previamente, es posible que haya personas individuales que vean sus derechos (civiles, políticos o económicos, sociales y culturales) vulnerados. Aquí, cabe también el trazar la distinción entre bien jurídico y objeto del delito.

En la misma línea, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas (1985) indica en su literal A.1 que:

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Como puede apreciarse, al hacer expresa mención al abuso de poder, comprende a los delitos de corrupción. De igual forma, la CNUCC (2003) hace mención específica a víctimas (personas afectadas) sin equipararlas al titular del bien jurídico (Estado) al establecer en su artículo 32, incisos 4 y 5, disposiciones para la protección de testigos, peritos y víctimas:

4. Las disposiciones del presente artículo se aplican también a las víctimas en la medida en que sean testigos.

5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

A manera de recordatorio, es importante precisar que el bien jurídico protegido por un tipo penal no es equivalente a objeto del delito. En el Código Penal es posible encontrar bienes jurídicos generales y bienes jurídicos específicos. En el caso de los delitos contra la administración pública, como se ha indicado, el bien jurídico general o abstracto (que abraza a todos los delitos de corrupción) es el correcto funcionamiento de aquella (por ello, todos los delitos de corrupción se encuentran contenidos dentro del Título XVIII de dicho Código. Sin embargo, cuando se comete un delito de corrupción específico, no solo se transgrede el bien jurídico general, sino también los intereses o principios concretos de la administración pública. A estos aspectos, intereses y/o principios concretos lesionados inmediatamente por cada delito específico, se les denominará bien jurídico específico del delito. Aquí cabe hacer la distinción entre bienes jurídicos (generales y específicos) y el objeto concreto sobre el cual recae el delito. Bregaglio y Novoa han desarrollado que:

Roxin considera que, en ciertas ocasiones, el objeto de la acción podría coincidir con el bien jurídico (bien ideal), como en el delito de homicidio (Roxin, 1997, p. 63). Pero, en otras ocasiones, como en los delitos de corrupción, esto no ocurrirá. En este tipo de delitos, al lesionarse principios y funciones de la administración pública (bien jurídico abstracto y específico), se pueden lesionar también objetos materiales concretos como el patrimonio estatal. Y también podrán verse lesionados los derechos humanos tanto porque se podría producir un daño directo a una persona o grupo de personas [...] como porque se podría

impactar negativamente en la función prestacional que es la razón de ser de la administración pública. (2021, p. 68)

Es decir, el objeto concreto sobre el cual recae un delito de corrupción puede ser uno o más derechos humanos específicos, de una o más personas determinadas o determinables. La Fiscalía, en consecuencia, debe incorporar dentro de los objetivos de su investigación el detectar si es que el acto de corrupción investigado ha lesionado o no derechos concretos de personas distintas al Estado.

Por otra parte, y como parte de la investigación penal por casos de corrupción, el Ministerio Público debe cumplir con obligaciones concretas en materia de derechos fundamentales, como lo es el velar por la protección de víctimas y testigos de actos de corrupción. Esta obligación se encuentra expresamente reconocida en el artículo 32 de la CNUCC, citado previamente en este acápite. También establece, en el artículo 33, obligaciones facultativas para la protección de los denunciantes de actos de corrupción al indicar que:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Entonces, si bien la CNUCC no cuenta con un catálogo de derechos, sí establece, como se ha expuesto en un acápite previo, disposiciones normativas orientadas a proteger los derechos humanos de población que se ven amenazados y lesionados por los actos de corrupción. Adicionalmente, establece algunos derechos específicos para sujetos concretos. La protección de víctimas, peritos y testigos es una de dichas obligaciones que implica un derecho a ser protegido si es que se es víctima, perito, testigo o denunciante. Esta preocupación por la protección de los derechos de personas específicas no solo se fundamenta en preservar las investigaciones y la evidencia recabada a fin de concretar una sanción a quienes hayan cometido delitos de corrupción. Adicionalmente, constituyen medidas coherentes con el objeto y fin de dicho tratado: proteger derechos humanos.

El Ministerio Público cuenta con un programa de asistencia y protección a víctimas y testigos, que posee, a nivel nacional, más de 100 unidades de asistencia y protección (Unidades Distritales de Asistencia y Protección a Víctimas y Testigos [Udavit]) y más de 100 unidades de asistencia y protección inmediatas (Unidades de Protección y Asistencia Inmediata [Uaivit]). Este programa cuenta con la labor de especialistas legales, especialistas en psicología y asistentes sociales (Ministerio Público, s.f). La misión y visión de este programa es resguardar la integridad, seguridad y derechos procesales de dichas personas, así como efectivizar y mejorar su acceso al sistema de justicia. Por ello, las funcionarias y los funcionarios que integran estas unidades tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, es decir, tener claras las obligaciones que emanan de la CNUCC y la CICC (así como otros tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano), a fin de cumplir idónea y diligentemente con la protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes cuando corresponda.

En conclusión, la labor de investigación fiscal debe cumplir con estándares de diligencia que garanticen un real sentido de rigor para evitar la impunidad, así como incorporar el enfoque de derechos humanos. Este último supone reconocer quiénes son titulares de derechos (tanto personas agraviadas por los delitos de corrupción, como testigos, peritos y denunciantes). Resulta indispensable que el Ministerio Público, en tanto es la entidad representante de una porción de las funciones estatales, cumpla con las obligaciones generales en materia de derechos humanos (respeto, garantía, control de convencionalidad, no discriminación) durante el ejercicio de sus competencias. De lo contrario, puede generar la responsabilidad internacional del Estado por incurrir en un ilícito internacional que perpetúa y profundiza la vulneración de derechos. Dicha responsabilidad se determinaría a nivel del tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, la Corte IDH.

b) La Labor Fiscal de Velar por la Reparación Civil

Habiéndose establecido la real posibilidad de que la comisión de un delito de corrupción vulnere uno o más derechos concretos, surge como corolario el derecho que tiene la persona agraviada por aquel de recibir reparación civil. Asimismo, se activa la competencia fiscal de solicitar dicha reparación, según lo establecido en el artículo 1 (anteriormente citado) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como en el artículo 14 de la misma norma:

Artículo 14.- Sobre el Ministerio Público recae *la carga de la prueba en las acciones civiles* [énfasis añadido], penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad.

Para poder cumplir a cabalidad con la carga de la prueba referida a la acción civil, la Fiscalía debe, como se ha indicado previamente, incorporar en su investigación la búsqueda de evidencia referida al impacto que el delito (de corrupción) ha tenido, no solo en el aparato estatal, sino también en los derechos de las personas que hayan podido verse agraviadas por aquel. Solo así se podrá establecer la magnitud del daño a reparar.

Y es que la obligación estatal de reparar el daño causado por un delito no se circunscribe a la reparación que merece el sujeto pasivo (titular del bien jurídico) que, en el caso de los delitos de corrupción, es el Estado. Al haber establecido que la persona agraviada es toda aquella que ha sufrido un daño como consecuencia de un delito, las personas individuales afectadas por el delito de corrupción merecen también reparación. Este derecho se desprende de la interpretación conjunta del artículo 34 y 35 de la CNUCC que indican lo siguiente:

Artículo 34.- Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, *adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción* [énfasis añadido]. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

La reparación busca resarcir o restablecer el daño causado por el delito, en este caso. De manera más específica, el artículo 35 (2004) indica que:

Artículo 35.- Indemnización por daños y perjuicios

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

La CIDH ha profundizado al respecto indicando que las víctimas de los delitos de corrupción deben ocupar un lugar central en la lucha contra este fenómeno criminal, así como ser tomadas en cuenta en el análisis, diagnóstico, diseño e implementación de políticas, programas y estrategias orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la corrupción. Así, indica que esto debe realizarse cumpliendo con el principio de igualdad y no discriminación, transparencia, participación, entre otros. Además, resalta que las políticas públicas que se creen para el combate de la corrupción deben ser creadas e implementadas cumpliendo con estos principios: el rol central de la víctima, la universalidad, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad e interrelación de los derechos humanos, entre otros (2018).

En este orden de ideas, las personas que se hayan visto agraviadas por un delito de corrupción tendrían que ser aceptadas como actores civiles dentro del proceso penal. No existe ninguna limitación legal para ello. Por el contrario, el ordenamiento jurídico lo permite en el Capítulo I (disposiciones sobre “El agraviado”) y II (disposiciones sobre “El actor civil”) del Título IV del Nuevo Código Procesal Penal.

Es indispensable aclarar que si la persona agraviada por el delito de corrupción no se constituye como actor civil¹⁷, esto no impide al Ministerio Público mantener la pretensión reparatoria. Esta última no solo debe incluir la reparación destinada para el Estado en tanto titular del bien jurídico lesionado, sino que también debe incluir la reparación por el daño causado a las personas que identificó como agraviadas por el delito durante su labor de investigación fiscal. Y es que, como establece el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este se encuentra encargado de defender los derechos de ciudadanos también.

A fin de determinar el daño causado a las personas agraviadas, el Ministerio Público tendría que seguir los siguientes pasos durante la investigación fiscal, según lo indicado por el Ministerio de Justicia:

Identificar el acto de corrupción

1. Determinar de qué tipo de acto de corrupción se trata, es decir, cuál delito concreto se habría cometido.
2. Identificar al autor o perpetrador del acto corrupto.
3. Identificar las obligaciones de derechos humanos que tiene el Estado.
4. Establecer qué actos u omisiones exigidas jurídicamente fueron cometidas por el Estado.

17 Esta es una posibilidad real, si se toma en cuenta lo explicado respecto a que, en muchos casos, la corrupción vulnera de manera particular a personas en situación de vulnerabilidad. Entonces, la persona agraviada puede ser una persona en situación de pobreza que no puede constituirse como actor civil porque no puede acceder económicamente a defensa legal que la represente en el proceso penal.

5. Identificar a la(s) víctima(s) o personas agraviadas.
6. Identificar quiénes son los titulares del o de los derechos que se habrían lesionado a causa del acto corrupto.
7. Determinar si hubo daño.
8. Establecer si el daño padecido por la persona agraviada responde al incumplimiento estatal de sus obligaciones de respeto, protección y garantía de derechos humanos en cuestión.
9. Analizar el vínculo causal entre el delito de corrupción y el perjuicio o daño ocasionado.

Asimismo, para establecer la pretensión reparatoria, la Fiscalía debe determinar qué tipo de daño ha sufrido la persona agraviada. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos indica que existen dos categorías de daño, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial:

- Daño patrimonial: consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada. Este a su vez, se clasifica en daño emergente y lucro cesante.
- Daño extrapatrimonial comprende el daño a la persona, entendido como aquel que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de personas naturales como de las personas jurídicas; y el daño moral definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.” padecidos por la víctima. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 31)

Lo expuesto se puede analizar en el siguiente caso hipotético: un caso de corrupción donde el delito cometido es un cohecho solicitado por un juez a una de las partes procesales que es mujer, y el soborno solicitado es un favor sexual. Dicha mujer se encontraba solicitando pensión de alimentos para su hijo menor de edad y ambos se encuentran en una posición económica muy precaria. En este caso, se puede identificar el daño de la siguiente manera:

El juez ha obligado a dicha mujer a tener relaciones sexuales con él a cambio de ordenar la pensión por alimentos que, por justicia, su hijo menor de edad merece. El aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad forma parte de lo que, en el artículo 170 del Código Penal, se considera el medio comisivo de aprovechamiento de “un entorno que impide dar el libre consentimiento”. En este sentido, se habría cometido un concurso real entre el delito de cohecho y el delito de violación sexual. En primer lugar, se puede detectar daño extrapatrimonial porque se ha lesionado más de un derecho de dicha mujer: (i) el derecho a la libertad sexual mediante la violación sexual que ha constituido la moneda de cambio solicitada por el juez; (ii) el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva, ya que dicha mujer acudió al sistema de justicia para solicitar una pretensión justa que merecía atención en tanto la labor judicial es un servicio público. El cohecho solicitado establece reglas paralelas prohibidas en dicho proceso judicial. Las únicas reglas a las que la mujer tenía que someterse eran las del ordenamiento jurídico que regula el proceso de pensión alimenticia. El costo de acceder al sistema de justicia no puede ser la lesión de un derecho. Dentro del daño extrapatrimonial también se encuentra el daño moral sufrido por la mujer, ya que una violación sexual genera sufrimiento psíquico grave (independiente del daño físico que también podría haber causado). De hecho, la Corte Interamericana ha establecido que una violación sexual puede ser calificada como acto de tortura por las marcas psicológicas que deja en la víctima (Rosendo Cantú vs. México, 2010).

En segundo lugar, se podría también determinar daño patrimonial, en específico, daño emergente, ya que esa lesión psíquica, al ser muy grave, requiere atención psicológica que cuesta dinero. En este sentido, la mujer que de por sí ya se encontraba en situación económica

precaria, tendría que costear atención médica y psicológica para atender el daño extrapatrimonial sufrido.

Pues bien, la labor fiscal debe tener presente que el derecho penal no puede invisibilizar a las víctimas, aun cuando se encuentre ante delitos donde el bien jurídico protegido es de titularidad estatal. La prevención general del derecho penal busca restablecer la paz jurídica. Al respecto, Claus Roxin afirma que la confianza y efecto pacificador que el derecho penal debe generar en la población presupone la imposición de una pena justa, en concordancia con el principio de culpabilidad. Además, dicha pacificación incluye también la reparación civil y la compensación que la víctima debe recibir por parte del autor del delito. Y es que solo cuando la persona agraviada es indemnizada y ve restituidos sus derechos, se puede decir la lesión que el delito generó al ordenamiento se ha visto restablecida y, con ello, la paz jurídica (Roxin, 2007).

No puede perderse de vista que los delitos de corrupción pública ocurren dentro del aparato estatal. En un país donde la corrupción es estructural y sistemática como el Perú, estos delitos responden también a una ineficiencia y negligencia estatal en el ámbito preventivo. Es responsabilidad del Estado velar por el correcto funcionamiento de la administración pública. Esto lleva a concluir que, con mayor razón, las víctimas o personas agraviadas (distintas al Estado) por actos de corrupción merecen una reparación y la restitución de sus derechos, pues es justamente el Estado el encargado de proteger los derechos humanos y la dignidad de la persona, tal como lo establece el primer artículo de la Constitución de 1993. El Ministerio Público es, sin duda alguna, una de las entidades públicas encargadas de velar por esa protección.

V. Conclusiones

- Existe un nexo indesligable entre corrupción y derechos humanos. Parte de la definición misma de la corrupción es la vulneración que esta genera sobre los derechos fundamentales. Dicho impacto o lesión puede ocurrir de manera directa o indirecta. Asimismo, la corrupción impactará tanto en derechos civiles y políticos como en los llamados Desca.
- El impacto de la corrupción es altamente nocivo porque, al lesionar derechos, obstaculiza la consecución del desarrollo de condiciones dignas de vida para las personas que habitan un Estado.
- Los tratados internacionales de lucha contra la corrupción han sido creados sobre la base de la preocupación internacional respecto de dichas consecuencias nefastas en la vida de las personas. Por ello, establecen normas que están orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la corrupción con el fin último de evitar que esta lesione derechos humanos.
- Los tratados de lucha contra la corrupción de los que el Perú es parte (la CNUCC y la CICC) son tratados de derechos humanos porque cumplen con las características *sine qua non* que este tipo de normas internacionales tienen. Esto genera la obligación de que todos los funcionarios estatales realicen un control de convencionalidad de sus actuaciones tomando como parámetro todos los tratados en materia de derechos que el Perú ha ratificado, incluyendo las convenciones anticorrupción mencionadas.

- El Ministerio Público tiene un rol fundamental en el cumplimiento de las normas de dichos tratados anticorrupción y en el hacer efectivo del vínculo trazado entre el fenómeno de la corrupción y los derechos humanos.
- La labor de investigación fiscal de casos de corrupción debe incluir el buscar evidencia sobre la posible vulneración que el delito de corrupción cometido haya generado en los derechos de personas concretas o determinables. Esto es con el fin de cumplir con las obligaciones de los tratados anticorrupción en materia de protección de víctimas, testigos y denunciantes, pero también, y, sobre todo, con la finalidad de establecer una pretensión reparatoria a favor de las personas agraviadas por el delito de corrupción (distintas al Estado). Y es que toda lesión a un derecho merece ser reparada. Así lo establece también la CNUCC y así lo establece la obligación general estatal de garantía de derechos humanos, la cual incluye investigar idónea y diligentemente, sancionar y reparar el daño causado al derecho humano.

REFERENCIAS

- Bascur, M, y Aguiló, P. (2014). *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142495/Corrupcion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bregaglio, R., y Novoa, Y. (2022). Un paso más allá de la teoría. Propuestas para efectivizar el vínculo entre corrupción y derechos humanos en la función de los tribunales. En R. Chanjan e Y. Montoya (Coords.) *Sistema Penal y Corrupción*. (pp. 61-84). Ius Et Veritas, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castro, A. (2014). *Buen gobierno y derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caso Almonacid Arellano vs. Chile. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).
- Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 febrero de 2011. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).
- Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de setiembre de 2006. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).
- Caso Miguel Castro Castro vs. Perú Sentencia del 25 de noviembre de 2006. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006)
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia del 31 de agosto de 2010. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).
- Código Penal del Perú. (1991). Decreto Legislativo n.º 635.
- Nuevo Código Procesal Penal del Perú. (2004) Decreto Legislativo n.º 957.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. (2017). Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Resolución 1/17 del 12 de septiembre de 2017. Derechos Humanos y Lucha contra la impunidad y la corrupción.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Resolución 1/18 de 2 de marzo de 2018. Corrupción y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Doc. 236.
- Contraloría General de la República. (2020). Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria.
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).
- Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Corte Internacional de Justicia (1951). Opinión consultiva 1951.
- Cuscul Pivaral vs. Guatemala, Serie C, n.º 359 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2018). Recuperado de. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

- Ministerio Público del Perú (2021). Carpeta Fiscal n.º 231.
- Meini, I. (2008). Delitos contra la administración pública. *Delitos contra la administración pública*. USAID.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *Manual de Criterios para la Determinación del Monto de la Reparación Civil en los Delitos de Corrupción. Análisis Doctrinario, Legislativo y jurisprudencial*. Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/MANUAL-CRITERIO-RC-PPEDC-2018.pdf>
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación (s.f). ¿Qué servicios me ofrece el Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos? *Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos*. <https://portal.mpfj.gob.pe/programa-de-proteccion-y-asistencia-a-victimas-y-testigos>
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación (2008). Ley n.º 29286, Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada el 04 de diciembre de 2008.
- Montoya Vivanco, Y., Novoa Curich, Y., Rodríguez Vásquez, J. , y Torres Pachas, D. (2016). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Montoya, Y. (2020). *Derecho penal de principios (Volumen I): La justificación de la intervención punitiva del Estado en el Estado Constitucional y democrático de Derecho* (Vol. 6). Palestra Editores.
- Naciones Unidas (1985). Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>
- Neyra, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Idemsa.
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. *Estudios básicos de derechos humanos*, 1, 15-37.
- Novak Talavera, F., y Salmón Gárate, E. (2000). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181811>
- Novoa Curich, Y. L. (2016a). La corrupción como mecanismo de discriminación. *Derecho & Sociedad*, (47), 215-226. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18886>
- Novoa Curich, Y. L. (2016b). ¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos? *THEMIS Revista De Derecho*, (69), 301-314. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16750>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en México. (17 de setiembre 2019). Erradicar la corrupción es vital para lograr el desarrollo sostenible. *Servicio de Información de las Naciones Unidas*. <https://www.unodc.org/lpomex/es/noticias/diciembre-2019/erradicar-la-corrupcion-es-vital-para-lograr-el-desarrollo-sostenible.html>
- Peters, A. (2015). Corrupción y derechos humanos (Working paper series n.º 20). Basel Institute for Governance. https://baselgovernance.org/sites/default/files/2018-12/biog_working_paper_20_ES.pdf

- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Thomson Reuters.
- Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta ecológica*, (55), 14-20.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia recaída en el expediente n.º STC n.º 004-2004.
- Yamada Fukusaki, G., y Montero de la Piedra, R. (2011). *Corrupción e inequidad en los servicios públicos en el Perú*. Universidad del Pacífico.

ACCESO A LA MAGISTRATURA EN EL PERÚ: SELECCIÓN Y PERFIL IDÓNEO DE MAGISTRADOS¹

Luis Pásara²

Introducción

En América Latina parece existir un amplio consenso en cuanto a los efectos nocivos de un mecanismo político de designación de magistrados, aunque curiosamente este sí es aceptado para conformar los tribunales constitucionales –en los países donde existen– que constituyen, mediante sus decisiones y la jurisprudencia que establecen, la cumbre del sistema jurisdiccional.

Precisamente, a fin de superar el lastre político, para seleccionar los magistrados de los diversos escalones del sistema se prefiere el mecanismo de concursos. Ese es el caso del Perú desde hace cinco décadas, al cabo de las cuales es útil reflexionar críticamente sobre aquellos elementos que subyacen a estos procedimientos, tomando también en cuenta la experiencia internacional existente. Si bien la realización de concursos es un mecanismo que como tal no está en cuestión, sí debe revisarse en cuanto a sus contenidos y pasos, a efectos de que de esta revisión surja un concepto claro, congruente con el perfil de juez y de fiscal que se busca.

El presente informe está ordenado en torno a cuatro secciones. La primera aborda el tema de las exigencias del reclutamiento desde el punto de vista de la tarea propia del magistrado; en este aspecto aparece el crucial asunto de la independencia, que es usualmente abordado en el caso del juez pero resulta algo descuidado en el del fiscal que, si bien está sujeto a políticas institucionales, también está llamado a desempeñar su función con independencia.

La segunda sección pasa revista a los mecanismos de selección existentes y a los problemas planteados en ellos. Se examina el tema de la definición de perfil y su plasmación en los instrumentos de selección, y se discute la oportunidad del ingreso a la carrera y el papel de una formación inicial, aspecto que en el caso peruano aparece muy disminuido.

La tercera sección aborda específicamente la problemática propia de los concursos, pres-tándose atención al qué y el cómo en ellos. Desde esa perspectiva se formula entonces algunas observaciones críticas sobre el Reglamento de concursos que usa la Junta Nacional de Justicia y se esboza una propuesta en torno a la presencia de la mujer en el sistema de justicia.

1 En el presente texto se incluye ideas y formulaciones que habían sido materia de trabajos previos míos. Entre ellos destaco dos, que fueron preparados por encargo del Consorcio Justicia Viva: “Criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura en Perú”, publicado en *Juez*, revista del Instituto de la Judicatura Federal, no. 3, México, 2003; y “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”, publicado en *Reforma Judicial*, no. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004. Posteriormente, en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, presentado en 2004, fueron incluidas algunas de estas consideraciones y propuestas.

2 Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Senior fellow de Due Process of Law Foundation (DPLF).

Finalmente, la última sección resume las lecciones aprendidas sobre el tema en la experiencia internacional.

I. El reclutamiento de magistrados con miras a su tarea

La tarea del juez, como la del fiscal, consiste esencialmente en administrar justicia y, para tal efecto, el magistrado debe valerse de criterios generales, objetivos y estandarizados, que están plasmados en normas legales. El objetivo principal, pues, no consiste en aplicar la ley, ni administrar justicia puede ser aceptado como sinónimo de aplicar la ley; esta aplicación es una herramienta que, bien utilizada, permite administrar justicia. La distinción entre administrar justicia y aplicar la ley se ha hecho aguda en la medida en que, con cierta frecuencia, se ha justificado en nombre de la ley la aplicación coercitiva de la injusticia, dejándose una huella en la conciencia popular que, hasta cierto punto, recela de la legalidad como instrumento maleable según la voluntad de quien dispone de una mayor cuota de poder. Desde luego, esta percepción social socava la legitimidad del sistema.

Tratándose del reclutamiento de nuevos magistrados, la distinción cobra enorme importancia y fuerza operativa, como orientadora de los contenidos utilizados en el proceso de selección: si de aplicar la ley se trata, lo fundamental es que el candidato conozca bien la ley; en cambio, si de administrar justicia se trata, el candidato necesitará demostrar que posee capacidades y calidades bastante más amplias que el simple conocimiento de la ley.

A modo de referencia resulta de interés recoger las diez dimensiones señaladas en un estudio acerca de lo que se exige a un candidato para ser designado juez de la Corte Suprema de Estados Unidos:

1. Independencia e imparcialidad: un temperamento de juez;
2. Conducta respetable y trayectoria de integridad sin mancha;
3. Conocimiento sobresaliente del derecho y el análisis jurídico;
4. Habilidades excelentes en la comunicación oral y escrita;
5. Inteligencia creativa altamente desarrollada y aptitud para la colaboración;
6. Compromiso con la judicatura como una institución independiente;
7. Compromiso probado con la protección de los derechos humanos, los valores democráticos y la transparencia.
8. Habilidad para entender las consecuencias sociales y legales de las propias decisiones;
9. Capacidad para encontrar un equilibrio adecuado entre un alto nivel de productividad y la consideración cuidadosa de los casos; y
10. Diversidad [que represente tanto a ambos sexos como a los varios grupos étnicos].
(Smith et al. 2013, p. 6, traducción propia)

El mismo análisis resume lo esencial del desafío: “Todo el asunto consiste en seleccionar y nombrar a personas competentes, independientes e imparciales, con un temperamento judicial y un compromiso con el estado de derecho” (Smith et al. 2013, p. 46). No es mucho

esperar que nuestros jueces y fiscales correspondan a esos requisitos y, en consecuencia, cuenten con las calidades necesarias para resolver conflictos de modo razonable. Pero, a tal fin, es preciso buscar entre los candidatos a personas de una formación y de una mirada más amplia que la de aquellos que limitan su perspectiva jurídica al conocimiento del conjunto de disposiciones legales que conforman el orden jurídico.

Tal es la exigencia social manifiesta en la perplejidad con la que se reacciona usualmente ante decisiones judiciales que, aun cuando no tengan en la base un elemento de corrupción, resultan inexplicables para la capacidad de comprensión del ciudadano de a pie. Dado el profundo cuestionamiento que en el Perú enfrenta la administración de justicia, la manida explicación de jueces y fiscales de que ellos proceden “de acuerdo a ley” no es suficiente. Haciéndose cargo de los efectos sociales y económicos que conllevan sus decisiones, estas tienen que ser razonables, deben poder ser explicadas y comprendidas socialmente como formas adecuadas de resolver conflictos y diferencias.

Ciertamente, en esa tarea la ley es el instrumento principal. Pero es solo un instrumento, cuyo uso e interpretación responde a criterios –lamentablemente, no siempre explícitos en nuestra tradición judicial– que guían las preferencias de juzgadores y acusadores. Esas preferencias deben hallarse legitimadas por el respaldo social que se expresa en cierto nivel de satisfacción con las decisiones adoptadas por el aparato administrador de justicia. Cuando, como es el caso peruano, lo que se produce es un alto grado de insatisfacción, este revela que los criterios que orientan la administración de la ley por jueces y fiscales no son considerados socialmente aceptables.

¿Qué necesita, entonces, un magistrado para administrar justicia? Ciertamente, debe conocer el texto de las leyes fundamentales pero probablemente no es necesario que haya memorizado detalles de la ley que, como está escrita, podrá consultar cada vez que le sea preciso. En términos jurídicos resulta más importante que:

- (i) tenga la formación necesaria para interpretar normas, tanto de modo aislado como de modo sistemático u orgánico, en el conjunto del orden jurídico; y
- (ii) sea capaz de razonar el orden jurídico a partir de casos concretos –más que desde conceptos abstractos–, con el propósito de actuar orientado por la justicia.

En otras palabras, en el juez y el fiscal aquello que debe prevalecer es la calidad del razonamiento jurídico, que se basa en la ley pero no se encuentra aprisionado por ella. Por cierto, estas calidades jurídicas no son las que se cultivan en muchas de las entidades universitarias donde se prepara académicamente a los abogados. En ellas, el énfasis de la enseñanza está puesto en el texto de la ley y en los conceptos jurídicos que abstraen las normas. Esa forma de ver el derecho ha distanciado la formación de la realidad en la que el profesional debe desempeñarse; peor aún, aliena al futuro juez o fiscal de la comprensión social de su labor y facilita –junto a otros factores– un funcionamiento de la administración de justicia que aparece incapaz de comprender los problemas sociales reales y responder a ellos.

¿Qué capacidades precisa un magistrado o juez para ejercer de modo satisfactorio su función, más allá de la formación jurídica propuesta? Necesita comprender la realidad en la que ejerce su función, las características y raíces de los problemas sociales que son objeto de su trabajo y, sobre todo, tener una visión clara de qué se espera de su función. Esta visión no puede ser homogénea en todo el Poder Judicial y no tiene por qué serlo. La definición de la tarea de administrar justicia es susceptible de ser alimentada por diferentes nociones y perspectivas.

Pero el magistrado, el juez y el fiscal que se requiere no pueden dejar de contar con un horizonte definitorio de su función que supere la miopía del “yo aplico la ley”, productora de indeseables resultados.

Se requiere, pues, un magistrado o juez que se empine por encima de códigos y expedientes, para ubicar su labor en una perspectiva mayor, dentro del orden democrático constitucional. Allí adquiere centralidad la tarea judicial de aplicar el control de legalidad sobre los actos de gobierno, responsabilidad que ha sido más que descuidada a lo largo de nuestra historia republicana.

Además de tales capacidades profesionales, ¿qué calidades personales debe exigirse en un candidato a magistrado? Debe ser una persona honesta. Este requisito es fundamental porque solo desde este rasgo esencial puede constituirse la garantía de una actuación imparcial que jueces y fiscales requieren en el desempeño de sus responsabilidades.

La honestidad es uno de los elementos más difíciles de evaluar en el proceso de selección porque no puede ser acreditada ni medida con certificaciones negativas o con declaraciones juradas. La vía probablemente más adecuada para evaluar esta calidad personal reside en el juicio social que exista sobre el candidato. En consecuencia, al evaluarlo, el sistema de selección tendrá que abrirse a la recepción de la opinión social existente —en su medio, entre quienes son testigos de su trayectoria personal y profesional— acerca de quien postula a la magistratura. Con todas las dificultades que esta auscultación puede suponer, es indispensable incorporarla con el fin de estimar la confiabilidad personal de quien pretende recibir el encargo de administrar justicia.

Debe notarse que la consecuencia de incorporar el componente de estimación social acerca de la idoneidad moral consiste en la comprensión de esta como un requisito, no como un elemento que da lugar a una puntuación. Debido a que la idoneidad moral se tiene o no, no puede sujetarse a una escala numérica. En consecuencia, quien resulta objetado socialmente —desde luego, sobre la base de elementos objetivos y demostrables—, simplemente no puede continuar en el camino conducente a ser magistrado.

Adicionalmente, la tarea de selección se halla definida por la necesidad de verificar quiénes de entre los postulantes corresponden a una definición profesional impregnada por la voluntad de cambio del sistema de justicia; para expresarlo de manera simplificada, esto consiste en buscar abogados insatisfechos con los rendimientos de la justicia que existe en el país. Si este principio no orienta el conjunto de los mecanismos de evaluación, los reclutados mantendrán aquello que ha sido la trayectoria del aparato de justicia. Una falta de definición del profesional que se busca para la magistratura concurre a este resultado.

Si se pretende una renovación del tipo de operador profesional de nuestra justicia, es preciso atender en los/as postulantes a sus intereses no exclusivamente jurídicos, su concepto de las responsabilidades de la función jurisdiccional en un régimen democrático de respeto a los derechos humanos y, todo ello, en el marco de su comprensión de la realidad social del país. Omitir estos elementos significaría que el mecanismo de selección puesto en funcionamiento es incapaz de identificar a aquellos postulantes a la función jurisdiccional que, en efecto, sean portadores de inquietudes y concepciones renovadoras, y de conocimientos distintos a los tradicionales.

1. El nombramiento de magistrados y la independencia judicial

El tema del nombramiento de jueces –y de todo aquello que hoy se denomina carrera judicial y carrera fiscal– guarda relación directa con la cuestión de la independencia judicial. Esto es así porque “la independencia judicial exige que un sistema jurídico proteja a sus jueces de las presiones gubernamentales, empresariales, personales o sociales que podrían obligar a un juez a desviarse de su interpretación y aplicación de la ley” (Plank, 1996, p. 7).

Ausente o lánguida en buena parte de América Latina, la independencia de los operadores del sistema de justicia ha sido un objetivo constantemente enunciado en los movimientos de reforma de la justicia, en busca de hacer realidad el criterio establecido entre los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985: “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 cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (num. 2).

Entre los componentes de la falta de independencia, que desemboca en la carencia de imparcialidad en el fiscal y en el juzgador, se ha dado históricamente un sistema de nombramientos, ascensos y destituciones en el que el poder ha sido determinante. De allí que se argumente que los

factores que cabe tener en cuenta durante el proceso de nombramiento son (a) la independencia del poder judicial respecto de los poderes ejecutivo y legislativo, la política partidista y los intereses particulares; (b) la garantía de que el poder judicial es representativo e inclusivo, en especial en lo que respecta a género, estatus, etnicidad u origen; y (c) la seguridad de que los jueces cuenten con calidad y valía suficientes para ejecutar sus funciones. (Bulmer, 2021, p. 7)

En los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por Naciones Unidas se precisa:

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 este 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. (num. 10)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe acerca de las garantías para la independencia del juzgador (2013) señaló, en torno a los nombramientos, tres cuestiones fundamentales: igualdad de condiciones y no discriminación, selección con base en el mérito y capacidades, y publicidad y transparencia.

Como hubo de aprenderse, a partir de la experiencia de la introducción de nuevos sistemas de provisión de cargos, el mero cambio de diseño institucional no garantiza la obtención de frutos significativamente mejores, y, ciertamente, no resuelve por entero la cuestión de la independencia judicial. En efecto, más allá de los nombramientos, persisten diversos factores que atentan contra la imparcialidad de la actuación del juzgador como, por ejemplo, la presión

de magistrados de instancias superiores sobre el juez que debe resolver un caso determinado. Sin embargo, los mecanismos tradicionales —que habían acunado la falta de independencia—, pese a su prolongada vigencia, a la postre resultaron indefendibles. Fuera que los nombramientos dependieran directamente de los poderes ejecutivo o legislativo, fuera que estuvieran sujetos a las decisiones de la cúpula judicial, sus resultados han sido reconocidamente insatisfactorios. La arbitrariedad introducida por una u otra vía tuvo dos consecuencias fundamentales.

De una parte, afectó directamente la imparcialidad de los casos a ser resueltos por el aparato de justicia, debido a la interferencia de quienes podían manipular a los operadores del sistema. De otra parte —y esto ha sido menos advertido—, rebajó drásticamente la calidad de los operadores puesto que los mejores profesionales se resistieron a someterse y quedar sujetos a mecanismos que comprometieran su propio desarrollo en la función jurisdiccional. Así, la falta de independencia no solo distorsionó las decisiones de los conflictos sometidos a la justicia, sino que aseguró la mediocridad del personal a cargo de impartirla.

2. El caso de los jueces supernumerarios

En el caso peruano, una figura concreta que, debido a su peso en el conjunto de la judicatura, contradice los principios de la independencia judicial es la de abogados que son transitoriamente designados para desempeñar cargos judiciales en plazas donde el titular está ausente. Aunque la denominación de esta figura ha cambiado a través del tiempo y la normatividad aplicable, esta suerte de encargo de la función judicial a quien se dedica usualmente al trabajo profesional es antigua.

Diversos analistas han señalado lo inconveniente de esta condición de “juez”, asumida por quien no pertenece a la carrera judicial. Quienes han examinado las formas que adopta la corrupción en el sistema de justicia han notado que, en ocasiones, un juez titular pide licencia durante un breve plazo a fin de que un abogado asuma transitoriamente el cargo y proceda a resolver —de determinada manera— asuntos de cierta importancia en los que el juez titular ha preferido no comprometer su carrera. En cambio, el abogado que desempeña el cargo por un corto lapso no arriesga nada.

Asimismo, se ha detectado que hay abogados que se dedican a desempeñarse, de manera permanente, como jueces supernumerarios. Mediante contactos establecidos en algunos distritos judiciales, el abogado pasa de un cargo a otro durante años —en condición de permanente supernumerario—, sin pasar por el procedimiento establecido legalmente para acceder a la condición de juez. Esta constituye una vía para desenvolverse en la judicatura evitando los concursos.

Al efecto de sopesar la significación del uso de la fórmula del juez supernumerario en la administración de justicia, la figura 1 presenta la información, recabada en setiembre de 2020 y en el mismo mes de 2021, acerca de las tres condiciones del juzgador —titular, provisional y supernumerario— según el nivel del cargo.

Figura 1
Condición laboral de los jueces según nivel (setiembre 2020 y 2021)

	Total		Titular (%)		Provisional (%)		Supernumerario (%)	
	2020	2021	2020 (%)	2021 (%)	2020 (%)	2021 (%)	2020 (%)	2021 (%)
Supremo	50	51	16	10	34	41	--	--
Superior	786	793	511	480	255	304	20	9
Especializado	1923	2021	982	905	289	313	652	803
de Paz Letrado	636	638	211	172	1	1	424	465
Totales	3395	3503	1720 (50.7)	1567 (44.7)	579 (17.1)	659 (18.8)	1096 (32.3%)	1277 (36.9%)

Fuente: Sub Gerencia de Remuneraciones y Beneficios - Gerencia de Recursos Humanos y Bienestar.
Elaboración propia.

Los datos correspondientes a los dos últimos años indican una tendencia de un uso muy importante de la condición de juez supernumerario: puede decirse que uno de cada tres jueces del país tiene esta condición. Además, que en el curso de un solo año se hayan hecho cargo 181 jueces supernumerarios más sugiere que la tendencia es creciente. Si el juez supernumerario fuera un recurso excepcional, sus consecuencias serían poco más que anecdóticas. Pero el peso cuantitativo que en el Perú adquiere esta categoría de jueces llama a preocupación.

Algunos casos de resonancia mediática han puesto de manifiesto el carácter manifiestamente irregular que ha adquirido el desempeño de estos abogados convertidos en jueces por una vía lateral a la establecida para ser calificado como tales. Dos casos ocurridos en 2022 han llamado recientemente la atención. El primero fue la condena al periodista Christopher Acosta por delito de difamación cometido en su libro *Plata como cancha*, que está referido al político César Acuña. El juez supernumerario que resolvió el caso pasó por alto que todas las referencias aducidas como atentatorias contra el honor del denunciante contaban con fuentes precisas que el autor del libro indicó en el texto del mismo y que, en consecuencia, no eran afirmaciones de Acosta. La sentencia condenatoria contraviene no solo la ley peruana sino las normas internacionales de las cuales el Estado es parte signataria.

El segundo caso es el del trámite del recurso de amparo planteado en febrero contra la ley aprobada por el Congreso que modifica el régimen de la SUNEDU. Pese a la importancia de un asunto que ha suscitado un gran debate público, y de resolverlo en el más breve plazo a fin de evitar la consumación de hechos muy gravosos en el sistema universitario, en la segunda semana de mayo la jueza supernumeraria a cargo del juzgado constitucional resolvió postergar la realización de la audiencia, fijada para el 9 de mayo, hasta el 16 de septiembre.

En ambos casos resulta relativamente sencillo identificar los intereses particulares que han resultado beneficiados por la decisión judicial. Asimismo, de producirse en cualquiera de ellos un proceso de investigación acerca de la posible inconducta de los jueces actuantes, los abogados vestidos temporalmente como jueces, no afrontarían mayor responsabilidad, dado que no son jueces de carrera. Lo peor que podría ocurrirles es que sean cesados en la función.

No es aceptable que una proporción importante de quienes en el país resuelven conflictos en nombre de la ley no sean profesionales que en un concurso público hayan acreditado condiciones y méritos para ser juez. Resulta grave que estos jueces, desde su condición de transitoriedad en la función, resuelvan asuntos en términos por los que no asumen responsabilidad.

El número de jueces supernumerarios debe ser reducido drásticamente, para lo cual la Junta Nacional de Justicia debería fijarse este objetivo como una prioridad.

II. Una mirada a los mecanismos de selección existentes

Las reformas introducidas en muchos países de América Latina han incluido la creación de nuevos sistemas para seleccionar, evaluar, ascender, sancionar y cesar a jueces y fiscales, que corresponden a diferentes opciones de diseño, detrás de las cuales se encuentran diversas concepciones. La presente sección busca ordenar algo esquemáticamente las principales tendencias existentes, en los procesos de reforma de la justicia desarrollados en la región, acerca de la selección de jueces y fiscales, y las características de la carrera de unos y otros.

1. *Definición de perfil e instrumentos de selección*

Todo sistema de selección pretende escoger a las personas más idóneas para los cargos que deben ser provistos. El caso del sistema de justicia, a este respecto, no constituye una excepción, pero la pregunta específica a responder acerca de él corresponde a una interrogante que no siempre se hace explícita: qué debemos entender por idoneidad en la magistratura.

En el discurso más generalizado sobre el tema, se reconoce la necesidad de una doble condición en quien postula a un cargo: profesional y moral. Esto es, tanto un manejo jurídico solvente como una trayectoria personal que asegure rectitud en el desempeño de la función.

No obstante, en las experiencias disponibles en América Latina aparece un tercer tipo de elemento, referido a la personalidad del juez/fiscal, que atiende a la necesidad de que el perfil psicológico del candidato no salga de ciertos márgenes aceptables, en sus diferentes facetas, contrastadas con las necesidades propias del cargo. Se constituye así más en un criterio eliminatorio que en un elemento conformador de un perfil.

Un cuarto tipo de elemento –menos claramente plasmado en el caso latinoamericano– es el que reclama del candidato una postura político-social comprometida con ciertos valores fundamentales, generalmente referidos al sistema democrático. Así, en el Libro Blanco de la Justicia, del Consejo General del Poder Judicial en España, se propone: “lograr un tipo de juez que, con los suficientes conocimientos jurídicos, sea capaz de integrarlo en los valores de la sociedad en la que vive; respetuoso con las libertades, la igualdad y el pluralismo y alerta frente a los abusos del Derecho y las desviaciones del poder” (1998, p. 45).

Debe subrayarse que los cuatro aspectos señalados permiten todavía márgenes de definición muy amplios que, en las circunstancias de un país determinado, deberían ser objeto de opciones claras. De no darse este paso, lo que se hace, en los hechos, es diseñar instrumentos de selección que calladamente expresan determinadas definiciones que nunca fueron discutidas y adoptadas por quien correspondía, y menos aún conocidas tanto por la opinión enterada como por los propios postulantes. Por esta vía, los instrumentos terminan por definir las políticas, siguiendo una ruta inversa a la que es propia de un proceso transparente.

En la definición de la *capacidad jurídica requerida* en el candidato, la experiencia de muchos de los sistemas de selección establecidos revela una atención preferente por una verificación cuasi escolar de los conocimientos legales adquiridos. En algunos casos se pone atención extrema a la memorización de las normas y en otros se mira también al manejo de las instituciones jurídicas. Por esta segunda vía, se ha introducido paulatinamente el examen de

la cultura jurídica general del postulante –que puede resultar de importancia crítica para producir fallos dotados de razonabilidad– y, además, la verificación de su capacidad argumental o calidad de razonamiento jurídico. Desafortunadamente, aún es insuficiente el énfasis puesto en la potencialidad del candidato para resolver, de manera jurídicamente fundada y razonable, los conflictos que se sometan a su conocimiento.

Como en otros aspectos del proceso de selección, la búsqueda de una medición objetiva de la capacidad jurídica se encamina a eliminar el riesgo de arbitrariedad en la calificación pero, al mismo tiempo, empobrece la medición de la capacidad de los candidatos. En particular, las mediciones objetivas mediante pruebas de opciones múltiples, por ejemplo, resultan particularmente poco aptas para apreciar la calidad del razonamiento jurídico. El razonamiento jurídico solo puede ser evaluado mediante la elaboración –preferentemente escrita– que se pida al postulante, de una acusación o una sentencia en un caso sometido a su conocimiento.

En cuanto al *perfil ético o la calidad moral* para el cargo, se ha echado mano en varios países –Argentina, República Dominicana, Guatemala, Honduras y Panamá, por ejemplo– a fórmulas de evaluación social que reposan en personas y organizaciones de la sociedad civil en condiciones de dar testimonio acerca de la trayectoria del candidato.

Esta participación puede revestir un carácter más espontáneo –mediante aperturas de espacio que pueden ser usadas o no por los ciudadanos– o formas más organizadas –esto es, recabando necesariamente a través del proceso la opinión de entidades y gremios, como el de abogados, entre otros–. En uno y otro caso, como se ha indicado antes, el cuestionamiento fundado de la idoneidad moral del candidato debe ser razón suficiente para retirarlo del concurso.

En rigor, esta intervención atingente al perfil moral del candidato es una de las principales vías de vigilancia social sobre el proceso de nombramientos. La CIDH (2013) ha puntualizado que:

además de la publicidad de los requisitos y procedimientos, como un elemento de la transparencia a observarse en los procesos de selección, la Comisión considera positivo que los procedimientos sean abiertos al escrutinio de los sectores sociales, lo cual reduce significativamente el grado de discrecionalidad de las autoridades encargadas de la selección y nombramiento y la consecuente posibilidad de injerencia de otros poderes, facilitando la identificación del mérito y capacidades profesionales de las y los candidatos. (párr. 80)

La vigilancia social consiste en el monitoreo del proceso de nombramientos, para lo cual el acceso público a las fases del mismo es indispensable. Un antecedente, que pesó mucho en desarrollos posteriores, tuvo lugar en Argentina, en la década de 1990. Una ONG, *Poder Ciudadano*, que había iniciado el monitoreo de los procesos de selección judicial, publicó a página completa en un diario de circulación nacional la relación de los candidatos a ocupar plazas de segunda instancia, que se hallaban pendientes de nombramiento por el Senado. La publicación desató una sucesión de comunicaciones dirigidas a los senadores por ciudadanos que, así enterados, conocían antecedentes de los candidatos. Salieron a luz de esa manera denuncias penales en trámite, juicios por diversas causas y otros episodios de la historia personal de los candidatos que, revelados de esta manera, obligaron a una porción importante de ellos a retirar su candidatura.

En la experiencia comparada la vigilancia social ha cobrado peso, sobre todo, a los efectos de la designación de las altas cortes; tal ha sido el caso de Guatemala y República

Dominicana. La idea de que la selección de operadores de la justicia es asunto de interés público, que no puede quedar librado solo a una instancia que se reúne a puertas cerradas y no da cuenta de las razones por las que escoge a determinado candidato, se ha abierto paso progresivamente. Esto se plasma principalmente en el interés de los medios de comunicación y diversas organizaciones que piden antecedentes, formulan denuncias y exigen razones a lo largo del proceso, ejerciendo diversas formas de vigilancia social que, dada la tradición que arrastra América Latina en esta materia, es francamente positiva aunque se incurra en excesos de manera eventual. Debe tomarse en cuenta que, allí donde la sociedad civil es débil y desestructurada, existe el riesgo de que las voces levantadas en su nombre correspondan a intereses particulares.

Los rasgos de *personalidad del candidato* y su adecuación o no a las necesidades propias de la función pueden ser evaluados mediante la aplicación de *tests* o la realización de entrevistas, a cargo de profesionales especializados. Allí donde se utilizan, como se señaló antes, usualmente son aplicados más en términos negativos que positivos; esto es, no como un criterio destinado a buscar la personalidad ideal para la función sino, más bien, para descartar personalidades no idóneas debido a alguna patología específica.

La introducción del requisito referido a *la postura político-social* del postulante es, al mismo tiempo, atractiva y riesgosa. De una parte, la validez de esta propuesta resulta difícil de objetar teóricamente: se requiere jueces y fiscales comprometidos con el régimen democrático y los derechos humanos. De otra, la posibilidad de que este requisito sea aplicado en un sentido ideológico o con un alto riesgo de arbitrariedad es muy alta. En particular, en el contexto de América Latina, la evaluación de este aspecto puede deslizarse, en términos operativos, hacia una politización o ideologización de la selección de operadores de la justicia que, en los hechos, desvirtúe la noción inicial y termine nuevamente en la partidización de los nombramientos.

No obstante, la presencia de este criterio responde a una concepción política de la función de la magistratura, derivada de las consecuencias sociales de las políticas de resolución de conflictos, que es necesario plantear en contra del mito de su apoliticidad, tras el cual se encuentra la defensa del orden tradicional. Tal vez se puede traducir este requisito –para aplicarlo preservándolo de contaminación de la arbitrariedad– en la medición de la capacidad del razonamiento y la creatividad del candidato en relación con el estado actual del sistema de justicia y su reforma. Aunque no figure explícitamente en la ley, en algunos países este aspecto es uno de los componentes principales de la entrevista que es parte del proceso de selección, como una indagación acerca del compromiso que el candidato exhibe en relación con la transformación del sistema de justicia.

2. Ingreso en la carrera y oportunidad de la formación inicial

Respecto al concurso e ingreso en la carrera se constata la existencia de tres fórmulas o combinaciones:

- (i) concurso abierto y nombramiento inmediato de los ganadores;
- (ii) concurso abierto que determina quiénes serán nombrados jueces o fiscales, pero es seguido por un curso de formación inicial; y
- (iii) concurso de preselección de candidatos que deben seguir luego un curso de formación que, al ser aprobado, les reconoce aptitud para ser nombrados.

Las ventajas de la tercera fórmula –adoptada en Colombia, Chile, El Salvador y Guatemala, además de España y Francia– corresponde al hecho de que permite llevar a cabo, a través de la fase de formación, una etapa adicional de selección, que se beneficia del mayor conocimiento acerca de las condiciones del candidato, obtenido en ella.

3. *Contenidos de la formación inicial*

Tratándose de países donde la formación jurídica dada en las universidades es de cierta calidad, la formación inicial del candidato o el recién nombrado puede centrarse en una preparación específica para las funciones a desempeñar. Lo que puede consistir, como en España, en el ejercicio de tareas bajo la tutoría de un magistrado experimentado.

Sin embargo, en la mayor parte de América Latina estamos ante un panorama de graves carencias universitarias que hacen que el candidato promedio –incluyendo a aquellos que han aprobado las pruebas de selección– padezca serios vacíos de formación. Estas limitaciones obedecen a una formación universitaria en proceso de empobrecimiento, que es agravada por el hecho de que, usualmente, quienes postulan a cargos en el sistema de justicia no se hallan en los escalones de mayor rendimiento universitario y mejor calidad profesional, como resultado del bajo prestigio social asignado al desempeño de funciones jurisdiccionales. En razón de ello, muchas escuelas judiciales dedican una parte importante del esfuerzo de formación inicial a reforzar los conocimientos jurídicos de candidatos o flamantes jueces.

Complementariamente, en Chile y Brasil los futuros magistrados rotan durante esta etapa en una serie de funciones desempeñadas bajo orientación y tutoría –que incluyen un periodo en instituciones penitenciarias, por ejemplo– de modo de otorgarle una visión sistémica que le permita ejercer luego como juez o como fiscal con un conocimiento de los otros eslabones del sistema de justicia, para el que entonces trabajará no como en un compartimiento estanco sino como alguien que se hace cargo del conjunto del aparato administrador de justicia.

En el caso peruano este importante tema se ha reducido a la tarea que realiza la Asamblea de la Magistratura mediante una serie de actividades en las cuales ni siquiera se exige a los candidatos haber participado. La formación inicial es, pues, una asignatura pendiente en el Perú. Encararla supone diseñar un plan integral que no puede limitarse al dictado de unas lecciones en horario vespertino o en fin de semana. Si el concurso actual desembocara en la proclamación de los candidatos designados para incorporarse a una formación inicial de cuyos resultados dependa el nombramiento, se daría un paso adelante en la selección actualmente existente. Al efecto, se debería: (i) diseñar un plan de formación de un mínimo de seis meses de duración en el que se fortalezca la capacidad jurídica del candidato al tiempo que se lo inicie en las tareas a desempeñar, como auxiliar de un juez o un fiscal que tenga reconocida valía; (ii) dotar al candidato seleccionado de una beca que permita su sostenimiento y el de su familia durante la etapa formativa; y (iii) evaluar los rendimientos de los candidatos durante esta formación, a fin de proceder al nombramiento en el cargo de aquellos que demuestren el nivel exigido.

4. *Oportunidad del nombramiento*

En la mayor parte de la región se sigue el sistema de concursar plazas vacantes. Esta opción tiene la ventaja de que el candidato sabe a qué plaza está postulando. Sin embargo, el tiempo

que transcurre desde que se produce la vacante hasta el momento en que el nombrado se hace cargo puede ser muy largo, especialmente desde que el sistema de selección se ha hecho más exigente y complejo. Esa demora conduce a contar con jueces o fiscales provisionales —y lo que es peor aún, jueces supernumerarios en el caso peruano—, condición que trae consigo una serie de vicios y corruptelas que deben ser evitados. La alternativa consiste en contar con personal escogido y formado para ser colocado en una vacante, apenas esta se produzca.

A tal efecto, Colombia sigue el modelo español, en el cual anual o bianualmente salen a concurso cierto número de plazas, que no corresponden a determinadas vacantes en particular sino a la previsión sobre la necesidad de funcionarios en el periodo siguiente. De modo que los postulantes o candidatos no concursan para ocupar una plaza específica e incluso, cuando aprueban el concurso, son declarados aptos para un nombramiento, pero no son nombrados efectivamente sino cuando se presenta la necesidad de llenar una plaza.

Esta opción tiene varias consecuencias concretas, una de las cuales se refiere al tipo de formación inicial que se ofrece, que no está circunscrita a un área especializada sino que prepara para el desempeño de cualquier cargo. Esta capacidad resulta de utilidad dada la movilidad que de hecho se produce en la carrera judicial o fiscal.

III. El papel de los concursos

La decisiva tarea de designar a quien deba administrar justicia estuvo reservada en el Perú, hasta hace medio siglo, solo a la confianza y el favor políticos. Los poderes ejecutivo y legislativo, mediante fórmulas variables, adjudicaron los cargos judiciales a discreción y con mínimos requisitos formales (edad, título de abogado y años de ejercicio profesional). Estas fórmulas produjeron magistrados, jueces y fiscales que, salvo excepciones, respondieron fielmente a las necesidades circunstanciales de aquellos que los habían colocado en sus cargos, otorgándoles así un favor que luego debía ser correspondido desde el ejercicio de la función jurisdiccional. En el extremo, los efectos perniciosos del mecanismo se manifestaron durante la dictadura Fujimorista, pero la docilidad de jueces y fiscales con el poder tiene viejos antecedentes en el país.

Además de tal docilidad, un segundo efecto del mecanismo directamente político de nombramientos fue igualmente grave: como básicamente lo que se requería era obsecuencia, se tendió a reclutar candidatos profesionalmente mediocres. Salvo señalados casos de recta vocación judicial, los mejores abogados prefirieron no someterse a mecanismos de nombramiento que les requerían indignas reciprocidades en el ejercicio de la función judicial.

El concurso público, con base en méritos demostrables, ha sido la respuesta institucional puesta en marcha, en el Perú y en una buena parte de América Latina, para abolir la negra tradición republicana sobre nombramientos judiciales. Desde tal propósito central, el concurso debe permitir que se escoja para un cargo judicial al candidato más competente. A tal efecto, el concurso debe:

- (i) estar abierto a todos aquellos que tengan las calidades mínimas exigidas,
- (ii) establecer con claridad y rigor aquellos rasgos que constituyen el tipo de magistrado que se busca y los instrumentos destinados a su búsqueda,
- (iii) identificar de manera confiable y públicamente demostrable qué méritos tiene cada candidato y, entre todos los candidatos, quiénes reúnen los mayores méritos, y
- (iv) estar sujeto al mayor escrutinio social posible, de modo que pueda verificarse que en los hechos se cumple efectivamente con tales objetivos y exigencias.

En la literatura disponible existe un amplio consenso en torno a que, además de la autonomía de la entidad encargada del proceso de selección, se requiere que este se halle dotado de transparencia y publicidad, por lo cual las audiencias deben ser públicas (Due Process of Law Foundation, 2014). Transparencia significa, llanamente, que la información esté disponible para quien quiera acceder a ella. La publicidad es la vía para hacer pública esa información, de modo que las convocatorias y el desarrollo de las fases del proceso no sean restringidas a círculos enterados mediante mecanismos de comunicación cerrados.

Dos asuntos concretos pueden servir para ilustrar el papel de la publicidad. Primero, la entidad responsable de los procesos de nombramiento no debe asumir que las convocatorias de concurso en los medios oficiales son suficientes como mecanismo de busca de buenos candidatos. Al efecto, se puede realizar campañas de búsqueda de candidatos, especialmente dirigidas a jóvenes abogados que puedan renovar la composición de la judicatura. La Junta Nacional de Justicia debería asumir protagonismo en esta promoción –con especial atención a las mejores facultades de derecho del país–, destinada a presentar la tarea renovada de jueces y fiscales que sean capaces de dejar atrás la imagen de un aparato de justicia ineficiente y en colusión con el poder, cuando no corrupto.

Segundo, las entrevistas a los postulantes que el procedimiento de selección requiera pueden ser transmitidas en vivo por un canal de televisión pública, a fin de que todos los interesados puedan conocer el curso de las mismas y evalúen no solo la calidad de los entrevistados sino también la idoneidad demostrada por los entrevistadores.

Como consecuencia de la puesta en práctica de estos y otros recursos, en el concurso para seleccionar jueces y fiscales, el margen de arbitrariedad disponible a quienes estén a cargo de la selección debe hallarse reducido al mínimo posible. Si no fuere así, a través de la formalidad del concurso se estaría reproduciendo el viejo sistema de designación, apoyado en relaciones personales y otros vínculos de favor, que es precisamente lo que se busca superar con el objetivo de contar en el sistema de justicia con los profesionales más calificados.

De modo que el concurso de selección no consiste en la satisfacción de un conjunto de pesadas formalidades, sino que debe perseguirse que sus elementos y fases aseguren –hasta donde sea posible– que se escoge a quienes han demostrado objetivamente ser los mejores según un perfil del magistrado que se busca, y no a quienes disponen de mayores contactos, amistades o relaciones. Alcanzar este objetivo no es asunto que pueda quedar librado a la ética personal y las intenciones de los funcionarios a cargo del proceso, sino que debe estar garantizado por los mecanismos diseñados y puestos en ejecución en él.

1. El qué y el cómo en los concursos

En la experiencia de la realización de concursos se ha incurrido en un error del que es preciso tomar conciencia. Este error consiste en identificar como mérito la antigüedad en el ejercicio profesional o en el desempeño de un cargo; al efecto, se suma puntos en razón de los años como abogado, en cualquiera de sus vías de ejercicio. Contrariamente a una creencia extendida, la antigüedad no es mérito. Es verdad que la experiencia, en cualquier tarea, puede ser convertida en sabiduría pero eso ocurre bajo la condición de que el individuo haya sido capaz de transformar la experiencia en aprendizaje. Eso no ocurre siempre; peor aún, acaso no ocurra en la mayoría de profesionales que se conforman con un desempeño rutinario de sus tareas y no extraen lección alguna de ellas.

Una valoración de los antecedentes del postulante que aprecie preferentemente los años de desempeño estándar como abogado no busca –mediante la estimación de antecedentes personales– un profesional que sobresalga del promedio por sus calidades o méritos especiales. En medio de la necesidad apremiante de operar una transformación del sistema de justicia, esto equivaldría a renunciar a la búsqueda de un tipo de magistrado distinto al abogado promedio y, en consecuencia, no producir, mediante los nombramientos, un impacto renovador en el aparato de justicia. En suma, puntuar los años de trabajo profesional como mérito en los concursos no solo es un error conceptual sino que conlleva como resultado el reclutamiento de gentes conformistas que han laborado como abogados manteniéndose lejos de ejercer la crítica y la innovación, que son precisamente elementos que una renovación de nuestra justicia requiere.

En esa dirección, debe apreciarse los estudios realizados por el postulante –distintos, claro está, a los de abogado que no son mérito sino requisito–, que pueden dar cuenta de inquietudes e intereses correspondientes a esa mirada más amplia, que no queda encerrada en el universo legal, que es la propia del magistrado que se busca incorporar y promover dentro de un proceso de transformación de la justicia.

Al lado de eso, ciertos rubros de evaluación han perdido algo de significación. Lamentablemente, el estado del sistema universitario en el Perú ha devaluado los grados de magíster y doctor otorgados por un sinnúmero de universidades cuya calidad es pobre. En ellas, los estudios conducentes al otorgamiento del grado son superficiales y las exigencias, mínimas, al tiempo de que el interés institucional está en el cobro realizado a quien se registra como alumno. Como no es factible que, a los efectos del concurso, se introduzca una calificación de instituciones universitarias, lo aconsejable es reducir el peso de los grados académicos en derecho que presenten los candidatos.

Asimismo, la participación como expositor/a en congresos y otras reuniones debería ser muy rebajada dentro de la puntuación a ser adjudicada, en vista de la proliferación de este tipo de reuniones, a menudo no motivadas académica o profesionalmente sino correspondientes a intereses comerciales. Lo mismo puede decirse de las actividades de capacitación realizadas por entidades no oficiales.

En el caso de las publicaciones, la propia experiencia peruana exhibe la enorme frecuencia del plagio. Este fenómeno puede ser contrarrestado con relativa eficacia mediante el uso de programas informáticos que lo detectan. Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta la mínima importancia que tiene el que un candidato a juez o a fiscal publique artículos o libros, a los efectos de demostrar su idoneidad en la función de administrar justicia. La calidad o el volumen de las publicaciones efectuadas no son prueba de que el candidato sea capaz de razonar adecuadamente cuando sea enfrentado a un caso por resolver.

Toca referirse a las pruebas a las que en un concurso se somete a los candidatos y lo que ellas pueden medir y valorar. Las pruebas más usuales son las de conocimientos y en ellas se producen diversas desviaciones, respecto del objetivo que cumple la prueba, que deben ser evitadas.

La primera desviación consiste en formular pruebas que privilegien la memoria del postulante. Como se insiste en varios apartados de este artículo, el conocimiento del orden legal importa pero la pretensión de medirlo exhaustivamente, en ocasiones mediante preguntas que indagan por rincones poco frecuentados de algunas leyes, carece de sentido. El juez o el fiscal

deben conocer las disposiciones vertebrales del derecho y, adicionalmente, debe saber dónde buscar las normas que precisan en un momento dado. Para esto último no solo existe información escrita sino también la muy cuantiosa que es accesible informáticamente.

Una segunda desviación es la que da prioridad al manejo de normas procesales respecto de las sustantivas. Si bien, el conocimiento de los procedimientos es necesario, para razonar jurídicamente lo más importante es la operación con normas sustantivas. De otra forma, el juez o el fiscal seleccionados serán hábiles en requisitos y plazos, pero no en derechos y obligaciones.

La tercera desviación consiste en la tendencia a medir el conocimiento teórico en los aspectos menos atingentes al razonamiento jurídico concreto, para poner atención a la cultura jurídica como simple ilustración o decorado. Las preguntas teóricas que buscan respuestas sin utilidad en la práctica carecen de lugar en una evaluación de conocimientos orientada a evaluar la capacidad del postulante para el desempeño de la función.

Un factor que no corresponde a una desviación pero puede servir de vehículo para algunas de las tres desviaciones listadas es la prueba de opciones múltiples que, como se ha indicado antes, al facilitar el trabajo de evaluación mediante la objetivación de respuestas, corre el riesgo de simplificar —en la búsqueda de conocimientos “objetivos”, esto es memorizables o reducibles a un sí o un no— el propósito de evaluar al postulante.

Finalmente, una cuarta desviación está en no dar a la resolución de casos prácticos la importancia que merece. Parece innecesario subrayar que esta es la forma más certera de evaluar la idoneidad del postulante porque le demanda, precisamente, una respuesta que es la que deberá dar en la función.

Importa referirse al interés y los riesgos de la entrevista personal, a la que los responsables de la selección usualmente conceden mucha importancia, a partir de la pretensión de que en ella pueden formarse una idea bastante precisa acerca de las calidades del postulante. En ocasiones, esa pretensión se provee de un margen discrecional —en rigor, subjetivo— para apreciar el rendimiento del postulante en la entrevista; margen discrecional que colinda con la arbitrariedad.

Para evitar ese riesgo, es preciso que la entrevista esté normada por criterios acerca de (i) qué es, precisamente, lo que se buscará en el encuentro entre el/la postulante y los entrevistadores, y (ii) sobre qué bases se calificará el desempeño del/a entrevistado/a. Conviene que el rendimiento del postulante sea materia de una discusión en el tribunal a cargo, luego de la cual la calificación sea emitida individualmente y esté sustentada en un razonamiento de justificación, que serán conocidos públicamente al concluir la fase de calificación de los postulantes. De este modo, el entrevistador asume responsabilidad por la calificación que emite.

2. Observaciones sobre el Reglamento usado por la JNJ

A la luz del análisis efectuado, en lo que sigue se formula algunos comentarios críticos al instrumento utilizado por la Junta Nacional de Justicia en los concursos que lleva a cabo. El Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales-Acceso abierto fue puesto en vigencia a comienzos de 2021 mediante la Resolución N° 047-202-JNJ. Según su texto, está regido por los principios de igualdad y no discriminación, de legalidad, de mérito, imparcialidad, probidad, transparencia, publicidad, participación ciudadana y eficiencia. El principio de mérito es definido como el criterio según el cual “El acceso a los cargos

previstos se fundamenta en la aptitud, conocimientos, idoneidad moral, capacidad y desempeño idóneo en el ejercicio de las funciones” (cap. IV. c.).

Un vacío que se aprecia en los requisitos de postulación (art. 8) proviene del que no se haga referencia al historial tributario del postulante, esto es, principalmente su condición de contribuyente activo y las posibles deudas tributarias que haya registrado.

El título II está dedicado a la “Participación responsable de la ciudadanía”, que se norma en dos apartados, uno para las tachas (cap. I) y otro para las denuncias (cap. II). Las primeras se dirigen “a cuestionar el cumplimiento [por el postulante] de los requisitos previstos en las normas legales vigentes y en el presente reglamento” (art. 14), mientras que las segundas contienen “todo tipo de información u observación que esté destinada a cuestionar la idoneidad, integridad o probidad de el/la postulante” (art. 21).

En concordancia con la diferencia, el procedimiento establecido para las tachas reviste un carácter formalizado que no se condice con las condiciones económicas y culturales de la mayoría de nuestros ciudadanos y que, si bien no se exige la firma de abogado, se asemeja a un proceso judicial en el que existe un denunciante que debe ofrecer pruebas a ser evaluadas por el juzgador, luego de producido un descargo del denunciado. Es un mecanismo que existe desde que hay concursos en el país y que, en los hechos, ha obtenido escasos resultados de interés.

Lo que en verdad requiere el concurso destinado a proveer plazas de juez y de fiscal es que, mediante la participación social, se abra una ventana con el fin de recabar antecedentes de los postulantes, que es aquello que el Reglamento trata, algo equívocamente, como “denuncias”. A tal efecto, lo primero que resulta indispensable es la más amplia difusión acerca de quiénes pretenden ser jueces, aspecto que no aparece en el Reglamento y que ha sido totalmente desatendido en los hechos. Lo segundo es que quien conoce un antecedente, positivo o negativo, no sea tratado como parte de un proceso sino como un informante en poder de algún dato o elemento que pueda resultar de ayuda para configurar un perfil más auténtico del postulante, y no solo el que surge de un conjunto de certificados y declaraciones juradas. Puestos en ese enfoque, es preciso adaptar el mecanismo de recepción a quienes pueden ofrecer esa información que puede resultar o no útil, para lo que se necesitará un mecanismo de verificación cuidadoso, que no es el correspondiente a algo semejante a un procedimiento judicial.

Si de veras se busca la participación ciudadana hay que abrirse, de manera más adecuada al informante, a la recepción de información que puede revestir la mayor importancia. Es a lo que se encamina el Reglamento mediante el procedimiento de la denuncia (cap. II), algo más informal que la tacha, si bien comparte con esta la ubicación del denunciante como alguien que se enfrenta al postulante y no como un colaborador, acaso eficaz, de la autoridad a cargo del concurso. Orientada la Junta Nacional de Justicia en esta dirección debería, luego de una calificación preliminar que descarte denuncias a primera vista carentes de fundamento, emprender una investigación propia en torno a los hechos denunciados, a fin de contar con un criterio formado en el momento de evaluar la idoneidad del postulante y decidir si se descarta su postulación o se le admite en el concurso.

El título III aborda el procedimiento de selección y el capítulo III de ese título se dedica a la evaluación curricular. El reconocimiento de grados académicos en “disciplinas afines” al Derecho (cap. III. art. 34, I, 1.1.) deja un margen de ambigüedad que en su aplicación resultará probablemente restrictivo. Por ejemplo, un grado en Medicina ¿será considerado o no afín al Derecho? ¿Y uno en Literatura? Sin embargo, sería altamente deseable contar en los cargos de jueces y fiscales

con profesionales que tengan una mirada de aquellos hechos sociales que deberán conocer en la función, más amplia que la proveniente del “Derecho u otras disciplinas afines” (cap. III. art. 34, I).

En términos más abarcadores, preocupa que el capítulo III conduzca a la presentación de títulos otorgados por universidades de calidad dudosa y de numerosos certificados –entre otros, de participación en certámenes de condición e importancia desconocidas– que, como antes se ha señalado, en las condiciones de las instituciones del país no dan cuenta cabalmente de la formación del postulante. La preocupación se acrecienta por el hecho de que la calificación curricular, sustentada en estos papeles, recibe una cuarta parte de la calificación global.

Asimismo, en el apartado referido a la experiencia y trayectoria profesionales llama a preocupación que la antigüedad se haga equivalente a un mérito, al disponerse que “se califica teniendo en cuenta la fecha de la constancia de tiempo de servicios y la fecha del cierre de las inscripciones al concurso. Se otorga puntaje por cada año completo de ejercicio en la función en el cargo que fue designado” (cap. II). Como se ha puntualizado antes, la mera permanencia en un cargo no indica nada respecto de la calidad con la que la persona ha desempeñado la función. Sumar puntos mediante la acumulación de años trabajados es inconducente en un concurso que pretenda evaluar méritos. Debe observarse que el mismo sesgo –el de considerar que la antigüedad es un mérito– aparece en el art. 60.

En el capítulo IV, referido al estudio de caso, convendría incluir dentro de la prueba (art. 39), una presentación escrita, previa a la sustentación oral. La razón estriba en que no debe preterirse a postulantes que expresen su razonamiento mejor por escrito que oralmente; de hecho, buena parte del trabajo propio del cargo de juez o el de fiscal deberá ser realizado por escrito. De modo que ambas formas de expresión deberían ser consideradas.

La votación de la JNJ está regulada por los arts. 64 y siguientes del Reglamento. Llama poderosamente la atención el poder que resulta atribuido al pleno de la JNJ por estas disposiciones. Según establece el art. 65, los miembros de la JNJ pueden –sin expresión de causa, esto es, en un acto de puro arbitrio– no designar en el cargo a quien, después de tan detallados y complejos mecanismos de evaluación, hubiera obtenido el primer puesto en el orden de méritos; hecho lo cual, pueden o no votar al segundo en el orden de méritos; y, en definitiva, si así les parece, nombrar al tercero. Solo en caso de no nombrar a ninguno de los tres primeros postulantes en orden de mérito es preciso fundamentar la decisión (art. 66). Estas disposiciones otorgan a los integrantes de la Junta un amplio margen para la arbitrariedad.

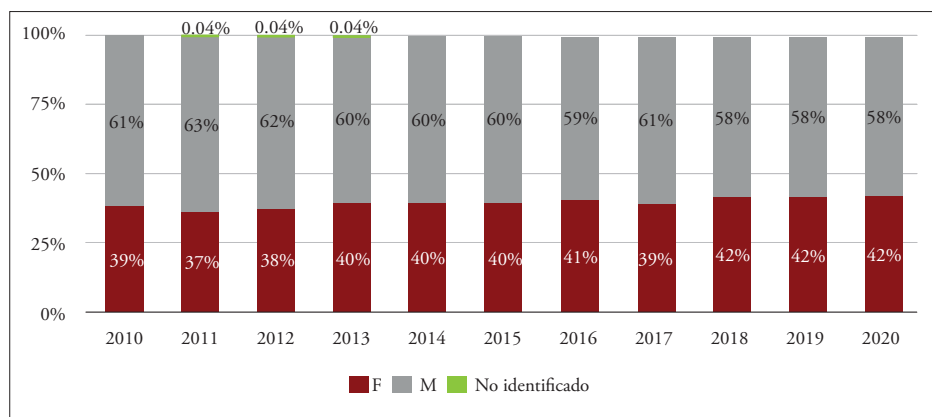
En conjunto, respecto al procedimiento de selección, los pesos otorgados a las diferentes fases (art. 25) parecen merecer una reconsideración necesaria. De una parte, la etapa de evaluación de conocimientos –que usualmente consiste en una prueba de respuestas múltiples– recibe igual peso que la única de las fases en la que el postulante puede exhibir la capacidad que más importa, esto es, la de razonar jurídicamente cuando tiene que enfrentar un caso; una y otra tienen 25% de la calificación. Pero aún menos justificado parece ser que a la entrevista personal –que es la etapa en la que la calificación no está sujeta a ninguna norma del Reglamento y está inevitablemente librada a la subjetividad de quien califica–, se le otorgue el mayor porcentaje del total (30%).

El peso otorgado a la entrevista personal debería asentarse reglamentariamente, de un lado, sobre criterios establecidos para valorarla por los miembros del tribunal y, de otra, en la discusión obligatoria entre sus miembros acerca del rendimiento del entrevistado, antes de proceder a la calificación individual.

3. La presencia de la mujer en el sistema de justicia

La información disponible (Portal Farfán, 2022) indica que en el caso peruano el número de mujeres, como fiscal y como juez, se ha incrementado, conforme muestran las figuras 2 y 3. Según se aprecia, a lo largo de la década pasada las mujeres han desarrollado en ambos cargos una presencia de ligera tendencia ascendente.

Figura 2
Jueces y juezas (%), 2010-2020



Fuente: Tomado de “Porcentaje de jueces o juezas según género 2010 – 2020”, de Portal Farfán, 2022, p. 140.

No obstante, los datos también indican que esa presencia decrece conforme se escala en la jerarquía de los cargos. De acuerdo a los datos presentados por esta autora,

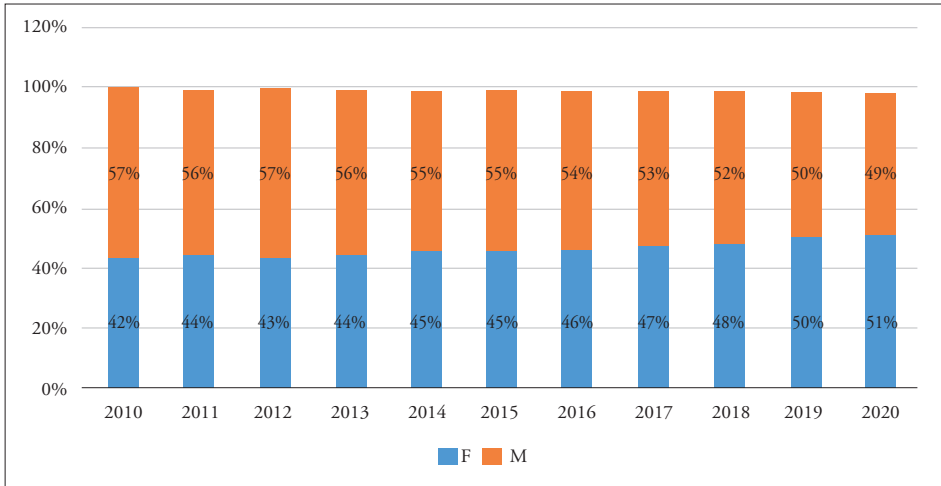
ellas representan el 42% de magistradas y el 51% de fiscales en el año 2020. Sin embargo, su presencia a nivel de la Corte Suprema es del 28% y en las Fiscalías Supremas es el 26%, estos índices disminuyen a un 20% si nos referimos a las presidencias de las Cortes Superiores, y la mayor parte de las presidencias de las Juntas de Fiscales a nivel nacional no supera el 30% entre los años 2010 y 2020. (Portal Farfán, 2022, pp. 137-138)

Portal Farfán destaca, asimismo, que entre quienes han desempeñado el cargo de Fiscal de la Nación solo cinco han sido mujeres y que recién en 2020 la Corte Suprema eligió a una presidenta (Portal Farfán, 2022, p. 139).

Pese a la presencia acrecentada de mujeres, en dos de cada cinco cargos del Poder Judicial, cuando se examina el porcentaje de mujeres según niveles jerárquicos, aparece un paisaje distinto. Portal Farfán (2022, p. 142) presenta el porcentaje de mujeres que han desempeñado cargos durante la última década y encuentra que, en el nivel de los juzgados de paz la presencia llega a la mitad de los cargos; a partir de allí, conforme se sube en jerarquía, la presencia de mujeres disminuye: 41% en juzgados especializados, 30% en cortes superiores y 28% en la Corte Suprema.

En el caso de los fiscales, la presencia de mujeres ha sido creciente hasta llegar en 2019 a la mitad de los cargos.

Figura 3
Mujeres y varones en el cargo de fiscal (%), 2010-2020



Fuente: Tomado de “Porcentaje de fiscales según género 2010 – 2020”, de Portal Portal Farfán, 2022, p. 141.

No obstante el nivel de la presencia femenina en el Ministerio Público, al ser desagregado por niveles funcionales, se presenta la misma tendencia que se señaló en el caso del Poder Judicial. Esto es, entre 2010 y 2020 las mujeres ocuparon 40% de las fiscalías provinciales, 37% de las fiscalías superiores y 26% de las fiscalías supremas. Un segundo dato es de interés: la presencia de la mujer como “adjunta” en los tres niveles es sensiblemente mayor que en el respectivo cargo de fiscal; así, en las fiscalías provinciales las adjuntas llegaban a 52% (contra 40% en las fiscalías correspondientes), en las fiscalías superiores alcanzaron una presencia de 42% (contra 37%) y en las fiscalías supremas totalizaron 43% (contra 26%) (Portal Farfán, 2022, p. 142).

Estamos, pues, ante dos tendencias bastante claras. La primera apunta a una presencia sostenida de la mujer como juez y como fiscal a lo largo de la década pasada. La segunda muestra que esa presencia decrece cuando se escala en la jerarquía de ambas instituciones.

Al interpretar estas tendencias debe reconocerse en el caso peruano una creciente presencia de la mujer profesional en general y abogada en particular; asistimos en derecho, como en otras especialidades, a una feminización de la profesión. De allí que la importante presencia en el sistema de justicia no sea sorprendente. No obstante, la pregunta crítica es: ¿por qué esa presencia es tan diferenciada según niveles jerárquicos del sistema?

Una posible respuesta es que las mujeres se han desarrollado en la profesión más tarde que los hombres; aun cuando se requeriría datos para sostener o descartar esta interpretación, la misma apuntaría a que la presencia diferenciada expresa lo relativamente reciente de la incorporación de la mujer a las instituciones del sistema. Otra posible respuesta apelaría a que las mujeres han tenido menos oportunidades formativas de especialización que sus pares varones; esto explicaría que en los concursos de selección obtuvieran menores puntajes o calificaciones inferiores. Finalmente, una tercera interpretación apuntaría a que en los procesos de selección

existen criterios –no formalizados y acaso no conscientes en sus operadores– que discriminan a las mujeres.

El reciente informe “La participación de las mujeres en los sistemas de justicia en América Latina” (Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en torno a la Desigualdad y Derechos Humanos de la Universidad Austral de Chile con el apoyo del grupo Mujeres por la Justicia, 2021) precave que la alta calificación otorgada a la formación de postgrado “beneficia claramente a los hombres, quienes, gracias a la distribución desigual de las tareas de cuidado, pueden acceder con mayor facilidad a esas formaciones o trayectorias y exhibir, entonces, mayores ‘méritos’ que las mujeres en los procesos de selección y nombramiento de cargos de poder o dirección” (p. 50). A reforzar ese sesgo contribuye el “reproche social que la separación de los hijos e hijas implica para las mujeres, a diferencia de lo que ocurre con los hombres” (p. 51). Junto a otros factores, en los concursos se estaría ante un “un modelo del mérito masculinizado” (p. 60), en el que “los estereotipos de género [...] se entrelazan e infiltran en los criterios de mérito” (p. 65); uno de los espacios clave para ello sería “el uso de la entrevista como un instrumento discrecional de evaluación en el que, de manera abierta o velada, se puede cuestionar la idoneidad de las mujeres para el ejercicio de magistraturas en altas cortes” (p. 61).

En términos prácticos, el proceso de selección de jueces y fiscales tiene que hacerse cargo de este tema y, concretamente, debe atender a que en él no haya lugar a una discriminación que opere en contra de las candidatas. Al efecto, en el debate internacional sobre el asunto se ha propuesto diversas fórmulas para combatir la discriminación, que pasan por reservar para candidatas un porcentaje fijo de plazas, el otorgamiento de una bonificación en puntaje a las candidatas y otras formas de “discriminación positiva” que contrarresten las tendencias existentes en la sociedad.

Estos recursos han sido impugnados por quienes sostienen que no puede desterrarse una discriminación creando otra, esto es, una en perjuicio de los varones postulantes que en la selección se verían en condición disminuida, por el mero de hecho de serlo. A ese argumento teórico se suma uno práctico: situar en una condición mejorada, por el hecho de ser mujer, a quien tiene menos méritos respecto de un varón, conduce a una pérdida de calidad en los operadores del sistema.

Con el propósito de alcanzar una propuesta práctica a quienes tienen que manejar y resolver en los procesos de selección, puede sugerirse que, durante un tiempo determinado, se prefiera designar a una mujer en el cargo de fiscal o juez, siempre que la postulante se halle en igualdad de méritos respecto al varón o los varones participantes en el concurso. Dada la situación actualmente existente, este criterio debería usarse, sobre todo, en los concursos para cargos de nivel medio y alto en el sistema, que es donde la presencia de la mujer es menor a la de los hombres.

El criterio propuesto asume que la paridad de hombres y mujeres en los cargos no es un fin justificado en sí mismo y, por lo tanto, no se trata de alcanzar de cualquier manera igual presencia de hombres y de mujeres en los cargos. Desde el entendido de que no hay discriminación cuando se escoge al mejor calificado para el cargo, cual sea su sexo, la discriminación que se busca evitar es aquella que opera arbitrariamente a favor de uno en contra de otra. En suma, el objetivo deseable es doble: designar en los cargos a quienes se hallan mejor calificados y asegurar que en la identificación de calidades no interfieran criterios discriminatorios por razón de sexo o de cualquier otra índole.

IV. Lecciones aprendidas

Un asunto privilegiado en las reformas de los sistemas de justicia latinoamericanos ha sido la modificación de la forma de designar jueces. Dos propósitos pueden ser señalados en la base del otorgamiento de tal prioridad. De un lado, alejar los nombramientos del poder, a fin de que los jueces sean independientes y, en consecuencia, imparciales; de otro, mejorar la calidad de quienes desempeñan la función judicial.

En cuanto a lo primero, los peores efectos se han percibido, de un lado, en la tendencia de nuestras judicaturas a resolver favorablemente los asuntos en los que políticos y poderosos tenían interés y, de otro, en la inhibición sistemática a la hora de ejercer su deber de controlar la constitucionalidad y legalidad en el ejercicio del poder. Los ejemplos sobran y son conocidos. Nuestras judicaturas solo excepcionalmente han sido ejemplo de independencia respecto de los centros o focos de poder. De allí el interés de desvincular los nombramientos del poder –en rigor, de los poderes, políticos y económicos, formales e informales–.

En cuanto a lo segundo, como se ha indicado, la experiencia ha demostrado que jueces dispuestos a guardar fidelidad a quienes los nombraron tienden a ser jueces de mediocre calidad profesional; abogados de buen nivel profesional por lo general no se han hallado dispuestos a someterse a un nombramiento que les supone la carga de deberlo y tener que pagarlo mediante sus resoluciones. Es este uno de los factores que explica la medianía profesional que ha caracterizado históricamente a la judicatura latinoamericana, en contraste con las de otras latitudes. La necesidad de contar con mejores jueces requería, y sigue requiriendo, nombrarlos de un modo distinto.

El asunto de la designación de jueces ha sido objeto principal dentro de las reformas de la justicia introducidas en las últimas décadas, pese a lo cual todavía en muchos países de la región prevalecen los nombramientos políticos, especialmente en lo referido a las cortes supremas y, desde luego, en el caso de cortes y tribunales constitucionales –que son considerados como el vértice del sistema de justicia–, cuyo marcado origen político no parece estar en cuestión.

No obstante, puede decirse en términos generales que las reformas han logrado disminuir la incidencia directa de los otros poderes en el proceso de nombramiento de jueces y, en aproximadamente la mitad de los países de la región, se ha establecido el sistema de concursos públicos para acceder al cargo. Son dos logros importantes que merecen ser apreciados; en esta sección final se intenta ponderar tales logros.

1. *No hay sistema ideal*

Para apreciar los logros efectivos, en comparación con lo que ocurría hace cincuenta años, lo primero que se quiere es abandonar la aspiración a un sistema ideal para designar jueces. No existe. En la práctica –no en el mundo conceptual en el que los abogados gustan de diseñar instituciones en abstracto– cualquier sistema tiene algunas ventajas y diversos riesgos. De lo que se trata, en consecuencia, es de buscar un sistema de designación que objetiva y efectivamente sea capaz de producir mejores nombramientos que aquel con el que un país determinado cuenta en un momento dado.

La posibilidad de mejora guarda relación muy estrecha con la realidad y las circunstancias del país del que se trate. Las ventajas asignadas en abstracto a un mecanismo dado pueden

esfumarse cuando se ponen en el contexto real de una sociedad determinada, en cuyo entorno los riesgos apenas entrevistos en la teoría como posibilidad pueden convertirse en peligros ciertos y graves. El mismo mecanismo en dos realidades diferentes produce resultados diametralmente distintos. Por ejemplo, tanto los miembros de la Corte Suprema estadounidense como los de la Corte Suprema nicaragüense provienen de un nombramiento en el que deben concurrir ejecutivo y legislativo; sin embargo, los resultados, en términos de independencia, no guardan ninguna similitud.

Este punto tiene un colofón de la mayor importancia: copias y “trasplantes” no sirven cuando se trata de nombramientos judiciales. Existen muchos ejemplos de fracaso originado en “recetas” importadas que, una vez impuestas en el país receptor, conducen a resultados incluso peores que aquellos que se trató de remediar.

En cada país, pues, tiene que buscarse el mecanismo que, sobre la base de la realidad y el momento, signifique una mejora real en los nombramientos, de cara a lograr más independencia y mayor calidad en los jueces.

2. No hay sistema que destierre la intervención del poder

A menudo se escucha la demanda de establecer “un sistema de nombramientos judiciales que sea apolítico”. Es una demanda que puede ser bienintencionada pero es ingenua, si no irreal. Ningún sistema evita por completo que el poder —los poderes— incidan en el proceso de designación de los jueces. Esa incidencia puede ser formal, cuando la ley misma dispone formas de intervención en el proceso, o simplemente informal —y acaso peor—, cuando se vehiculiza mediante determinadas prácticas que, pese a que las normas no las dispongan, reinstalan en los hechos la injerencia del poder. El Perú, en tiempos recientes, ha aportado una experiencia aleccionadora en la región: un mecanismo de designación, ascenso y control disciplinario de jueces, que fuera alabado por su originalidad y su aparente distancia de los poderes políticos, en definitiva resultó penetrado por poderes informales que desvirtuaron por completo el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura.

La razón explicativa de la imposibilidad práctica de desterrar la intervención del poder estriba en que la judicatura resulta demasiado importante en aquellos casos que interesan al poder. Claro está que el poder no se interesa en los procesos donde se resuelven conflictos menudos entre particulares, que no tienen relevancia social; de allí que al poder —en verdad, a los poderes formales o informales— no les importa la mayor parte de los casos que los jueces conocen y, en consecuencia, estos casos menores puedan ser resueltos sin interferencias de poder en los criterios del juzgador. Pero hay determinados casos que, debido al perfil de las partes o en razón de que son casos donde se discute el ejercicio del poder, resultan extraordinariamente relevantes para quienes gobiernan. La capacidad judicial para decidir en estos casos llevará a que quienes ejercen poder no pierdan de vista el asunto de las designaciones: se sabe que en algún momento será necesario que el juez que va a decidir un caso que sí interesa sepa que el poder lo está observando atentamente, para “premiarlo” o “castigarlo”.

No puede, pues, eliminarse la presencia del poder. Lo que debe desterrarse no es esa presencia inevitable sino su conversión en arbitrariedad. Esto es, que la intervención del poder —tan acotada como se pueda— no conduzca a la designación de gentes sin otra calidad que la “confianza” de los poderosos, personas que, por lo tanto, se comportarán en la función de modo que complazca a quienes tienen poder.

3. *A más vigilancia social en la designación, mejores resultados.*

El poder –en rigor, los poderes– prefiere actuar en la oscuridad y el silencio porque usualmente se vale de recursos –presiones, promesas y amenazas– que no podría hacer valer públicamente, dado que son impresentables. De allí que en muchos casos basta hacer la luz sobre un proceso, correr el velo, “destapar la olla”, para que el poder interesado retroceda y se inhiba.

El problema de llevar a la práctica el principio de la vigilancia social es que, como se ha anotado antes, el tejido social es débil en nuestros países. Sería deseable que organizaciones empresariales, grupos religiosos, asociaciones educativas, colegios profesionales, sindicatos, etc. fueran genuinamente representativos y se interesaran por el proceso de designaciones judiciales. En la práctica, lamentablemente, ni son fuertes ni se interesan mayormente en el asunto, salvo cuando una entidad dada se convierte en vocera de intereses particulares en casos concretos.

Esa debilidad es la que ha llevado a reemplazar a la sociedad civil por las ONG. No está mal que, a falta de una sociedad civil robusta y activa, grupos profesionales especializados en el tema de la justicia y constituidos como organizaciones no gubernamentales, participen ejerciendo vigilancia sobre la designación. Pero habrá que tener presente, para definir y valorar los alcances de su actuación, que estos grupos no son la sociedad civil ni ostentan su representación.

4. *Un concurso público no es suficiente pero ayuda*

Como se dijo al inicio de esta sección, la introducción de concursos públicos en cierto número de países de la región constituye un importante paso adelante en materia de designación de jueces. El concurso público vincula la designación con la idea de una competencia abierta con el propósito de que se demuestre quién tiene las mejores cualidades o los mayores méritos. Aleja así, aunque no elimine, la noción previa, la de la prevalencia de contactos y relaciones personales o grupales como determinante de la posibilidad de ser designado juez.

Sin duda, instaurados los concursos, los vínculos familiares, amicales y clientelares siguen operando pero lo hacen en el terreno de la ilegalidad, situados en el campo de lo reprochable. La regla es la de la competencia; cualquier otra fuerza en contrario importa una violación de la regla. Por eso el concurso, al delimitar un terreno limpio para participar en el juego de la designación, constituye un avance. Quien salga de ese terreno es un transgresor y, por lo tanto, carece de la legitimidad que ostentan quienes compiten según las reglas públicamente establecidas.

No obstante, aun cuando en el concurso no se violen las reglas, en la interpretación de estas subsiste cierto margen de subjetividad –y, por lo tanto, de posible arbitrariedad– que puede ser reducido pero difícilmente puede ser eliminado. En ese espacio se mueven los factores informales que favorecen a unos y perjudican a otros candidatos, con desatención de sus respectivos méritos. De allí la importancia de estrechar, en todo lo posible, los espacios aún disponibles al arbitrio de quien designa, tal como se ha subrayado, para el caso peruano, en lo referido a la calificación de la entrevista personal.

En cualquier caso, los concursos ayudan mucho no solo porque establecen una fuente de legitimidad para ser designado juez, que es distinta a la tradicional, sino debido a que además, si se organizan medianamente bien, sirven para eliminar a los peores candidatos. Este es un resultado, nada despreciable, que no se hallaba garantizado por la designación tradicional.

5. *Procedimientos y requisitos claros, previamente establecidos*

Las reglas del juego deben estar establecidas de antemano y ser claras en requisitos, etapas y tiempos. Quien aspire a ser juez debe tener acceso a esas reglas para saber a qué atenerse, de modo que se reduzca la posibilidad de ser objeto de arbitrariedades en el intento y, de ser el caso, pueda recurrir motivadamente a la correspondiente impugnación.

En algunos países se acostumbra que las reglas varíen: cada vez que se convoca a un concurso las condiciones son distintas, lo que lleva a la sospecha fundada de que las reglas se hacen a medida de determinados candidatos previamente acordados. En otros países los vacíos y las ambigüedades de los términos de las convocatorias dejan un amplio margen de duda sobre su sentido, que probablemente se despeje solo cuando la arbitrariedad asome en la interpretación por la que se opte.

Tanto los cambios en las reglas como las disposiciones susceptibles de diversas interpretaciones pervierten el sentido de los concursos. Esto ocurre con cierta frecuencia en Centroamérica, de un modo que desnaturaliza la competencia para seleccionar a los mejores candidatos y, en definitiva, concurre a alimentar la existente falta de credibilidad del sistema de justicia.

6. *La estandarización de requisitos y méritos comporta riesgos*

La preocupación por reducir subjetividad y arbitrariedad en los concursos ha llevado a formalizar –por ejemplo, mediante tablas con puntuación– la asignación de valor a determinados antecedentes. Sin embargo, este intento tiene algo de ilusorio, dado que la objetivación misma alberga el riesgo de ser una vía para desvirtuar la evaluación.

La experiencia de los concursos públicos pone en relieve su frecuente transformación en un torneo de certificaciones y “cartones” que buscan acreditar méritos que pueden no serlo. La proliferación de grados universitarios –a menudo obtenidos de modo no presencial y con bajos niveles de control efectivo– lleva a considerar con el mismo rasero aquellos títulos obtenidos con verdadero esfuerzo y aquellos otros para alcanzar los cuales se puso más maña que trabajo. Algo aún peor ocurre con las múltiples actividades de capacitación, que entidades con o sin fines de lucro organizan e incluyen evaluaciones no siempre rigurosas, luego de las cuales otorgan la buscada certificación. Todos esos papeles pretenden decir, en el momento de un concurso, que quien los ostenta tiene algún mérito, siendo así que es difícil distinguir aquellos que dan fe de un trabajo real del postulante y aquellos que son poco más que una simulación. Probablemente, la manera más adecuada de enfrentar el problema sea rebajar el peso de estos grados y títulos en la puntuación del concurso, en beneficio de valorar mejor la capacidad del candidato para razonar jurídicamente una resolución.

Finalmente, en un terreno que va más allá de la simulación para ingresar al del delito, se hallan diversas formas de falsificación que utilizan los postulantes, en ocasiones con total impunidad. Entre ellas, son frecuentes las de publicaciones, que fueron indebidamente apropiadas por el postulante o cuya autoría fue “encargada” a un tercero. Los excesos a los que se ha llegado en este ámbito sirven para recordar que males y corruptelas vigentes –y, hasta cierto punto, aceptados– en una sociedad determinada no pueden ser del todo evitados mediante un diseño normativo, por más cuidadoso que este sea. Si bien los concursos, como se ha indicado, constituyen un paso adelante, su confiabilidad, en el contexto real de algunos países, deviene relativa.

7. *El concurso puede ser orientado a seleccionar mejores postulantes*

En razón de las limitaciones que conllevan los concursos en la región, como se ha sugerido antes, la desembocadura más apropiada de esa fase del proceso de selección tendría que ser la calificación de los mejores postulantes a fin de que participen en un curso formativo previo a la designación. En otras palabras, el concurso no debería conducir directamente a la designación en el cargo de juez sino a la posibilidad de ser preparado para la función, otorgando al candidato una beca adecuada durante su periodo formativo.

Varias razones apuntan en esta dirección de política judicial. Una, que ha sido examinada, es la relatividad del concurso, asediado como está tanto por la arbitrariedad como por las imperfecciones de las que se sirven quienes quieren burlar la selección. La otra, bastante obvia, es que el concurso no puede medir la capacidad efectiva del postulante para ser juez o fiscal, puesto que nadie es preparado en la facultad de derecho para desempeñarse como tal. Allí se le forma como abogado; una escuela judicial debería capacitar a los mejores postulantes para prepararlos como jueces o fiscales, funciones que requieren ciertas capacidades y habilidades distintas a las del abogado.

La necesidad de esa etapa formativa, posterior al concurso y previa a la designación en el cargo, se hace mayor cuando se examina el nivel profesional que prevalece entre postulantes a cargos judiciales en la región. Su endeblez formativa ha llevado, en muchas ocasiones y en varios países entre los cuales está el Perú, a que se tenga que declarar desierto un concurso en razón de la pobreza profesional de los postulantes. Se torna, pues, imperativa la preparación que una escuela judicial puede darles, asegurándose de que verdaderamente están en condiciones de desempeñar eficazmente su tarea.

8. *La sociedad reconoce el requisito de honorabilidad*

Así como una prueba de aptitud profesional es parte esencial del concurso, a la sociedad corresponde reconocer que el postulante tiene una limpia trayectoria personal y profesional que lo hace digno del cargo de juez.

En varios países existe el recurso de tachas para impugnar candidatos. Como se ha anotado, esta es una formalización –de estilo judicial– para observar las calidades de un postulante que, en la práctica, no ha dado los resultados deseados. Se ha comprobado en diversos casos que auténticos delincuentes fueron nombrados en cargos judiciales sin que nadie hubiese presentado la tacha que teóricamente correspondía formular.

Si bien la carga de la prueba no debe ser puesta en el postulante, a estos efectos sí puede partirse de su obligación de poner a disposición la información necesaria para ser examinado en el terreno de la limpieza de su trayectoria. El postulante debe someter la información completa acerca de su patrimonio y en torno a quiénes fueron sus patrocinados mientras ejerció la profesión. Sobre esta información, de un lado, debe actuar la iniciativa ciudadana para completar o corregir los datos proporcionados por el postulante y, de otro, debe llevarse adelante las pesquisas que se estime pertinentes por la autoridad a cargo del proceso.

Este aspecto es uno de los que ofrece un déficit importante en los actuales procesos de designación. Existe una resistencia, tanto de parte de postulantes como de parte de las instancias a cargo del proceso de designación, para ventilar públicamente aquellos aspectos de la trayectoria de los candidatos que pueden ser claves para identificar sus calidades morales. Las

resistencias se apoyan en una falsa interpretación del principio de presunción de inocencia, como si se estuviera en un proceso penal y no se tratara de acreditar que la trayectoria del postulante es intachable, para lo cual exponerla ante la ciudadanía es un requisito, en verdad, indispensable. Al efecto, los ciudadanos deben enterarse, por las vías que alcancen la mayor difusión, de quienes ostentan la condición de postulantes a una plaza de juez o de fiscal.

9. La falta de calidad se debe a que los mejores no postulan

El reclamo sobre la falta de excelencia profesional entre quienes son jueces o fiscales se halla hoy bastante extendido, con excepción de pocos países. Durante algún tiempo se imputó esta carencia de calidad a los bajos sueldos. Luego de la importante mejora presupuestal que, en casi todos los países de la región, ha sido parte de las reformas de las últimas décadas, este argumento se ha desmoronado. Hay países —como Ecuador, por ejemplo— que en pocos años han doblado el presupuesto de la justicia y han mejorado sustancialmente los sueldos, sin que la producción judicial mejore, ni en términos cuantitativos ni en términos cualitativos.

La razón de la mediocridad profesional de los jueces latinoamericanos reside, probablemente, en la falta de prestigio social de la magistratura. Hoy en día, los jóvenes que desde el periodo final de su formación universitaria se perfilan como los mejores profesionales no están interesados en ser jueces o en ser fiscales. Mucho menos aún lo están quienes han construido una trayectoria profesional importante y ocasionalmente son invitados a incorporarse a altos cargos en la estructura judicial.

A ningún profesional de una calidad profesional reconocida —salvo aquellos que tengan una marcada vocación por la labor jurisdiccional— le añade algo importante dedicar unos años a la función judicial. Incluso tal incursión puede generarle determinados riesgos y sinsabores.

Esto no es ningún secreto y ha llegado la hora de admitirlo abiertamente como un hecho. Admitirlo tiene la ventaja de que, como sociedad, acaso pueda ser enfrentado. Porque la superación de este desprestigio no es parte de las reformas de la justicia sino de los cambios que toda sociedad requiere hacer si busca contar con una mejor justicia. De no producirse tales cambios, en América Latina estamos condenados a tener jueces mediocres que estarán a cargo de un sistema de justicia insatisfactorio.

En una perspectiva de verdadera transformación, en la justicia están pendientes varios temas, entre los cuales destaca la escasa centralidad de los derechos humanos y la democracia, como valores que caractericen a los magistrados, a fin de que tales valores puedan alcanzar sustento en el sistema de justicia. En las últimas décadas apenas hemos comenzado un cambio y, como resultado, contamos con algunos jueces y fiscales que se hallan motivados por esos valores en el desempeño de la función y, en consecuencia, buscan producir cambios acordes en la administración de justicia. Pero los sistemas de designación y selección de jueces no han logrado del todo establecer formas suficientemente eficaces para identificar la presencia entre los candidatos de ese tipo de profesional, que sería decisivo en la necesaria labor de contar con un mejor sistema de justicia.

REFERENCIAS

- Bulmer, E. (2021). *El nombramiento de jueces en las democracias constitucionales*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Consejo General del Poder Judicial. (1998). *El libro blanco de la justicia*. Consejo General del Poder Judicial. https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161220/2._libro_blanco_de_la_justicia_documento_no_2.pdf
- Due Process of Law Foundation. (2014). *Guidelines for a transparent and merit-based system for the appointment of Supreme Court justices*. Due Process of Law Foundation.
- Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en torno a la Desigualdad y Derechos Humanos de la Universidad Austral de Chile con el apoyo del grupo Mujeres por la Justicia. (2021). *La participación de las mujeres en los sistemas de justicia en América Latina*. Due Process of Law Foundation, Mujeres por la Justicia, Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en torno a la Desigualdad y Derechos Humanos (DesDeh) de la Universidad Austral de Chile y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.
- Plank, T. E. (1996). The Essential Elements of Judicial Independence and the Experience of Pre-Soviet Russia, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 5(1), 1-74.
- Portal Farfán, D. C. (2022). Avance, estrategias y retos para la representación paritaria en el sistema de justicia peruano. En J. E. Sotomayor Trelles (Comp.), *Después de la reforma constitucional: avances y retos para la Junta Nacional de Justicia* (pp. 137-190). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ).
- Smith, T., Fragoso, M., Jackson, C., Laser, C. y Wannier, G. (2013). *Selecting the very best. The selection of high-level judges in the United States, Europe and Asia*. Due Process of Law Foundation.

HACIA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO IGUALITARIO EN EL PERÚ¹

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo²

Presentación

El objetivo de este texto es dar cuenta de los estándares internacionales en materia de reconocimiento y respeto de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, a fin de promover una cultura jurídica que contribuya con la efectividad del pluralismo jurídico igualitario³ en la academia y entre los operadores de justicia.

El texto inicia con una introducción sobre algunas categorías operativas, quiénes son los sujetos colectivos de derechos de pueblos indígenas en el Perú y una rápida mirada a la realidad de pluralidad cultural, lingüística y jurídica en el país. Seguidamente, el texto da cuenta del marco jurídico vinculante, para el Perú, del reconocimiento de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas y de los avances en tal sentido, así como también de las dificultades que existen en el país para dar efectividad a ese reconocimiento. Estas trabas, sobre todo, se deben a la persistencia de una cultura jurídica monista, que niega los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en su propia entidad y busca obligarlos a cumplir con los parámetros de las leyes nacionales. Detrás de algunas sentencias y políticas restrictivas se encuentra agazapada la “ideología de la inferioridad natural de los *indios*” de cuño colonial, que minoriza a los pueblos indígenas, considerándolos incapaces de administrar justicia en casos graves, de conceptualizar los derechos humanos (los derechos de las mujeres, niños y grupos vulnerables), y de desarrollar relaciones de coordinación, por lo que los sujeta a la vigilancia y el disciplinamiento de la justicia penal, lejos de los más altos estándares internacionales. El texto concluye con propuestas para superar dichas trabas y dar efectividad a una política de pluralismo jurídico igualitario, como está reconocido por

1 Algunas de las ideas presentadas en este texto han aparecido previamente en Yrigoyen (1999, 2005, 2016, 2017, 2021, 2022a, 2022b, 2023b). También han aparecido en informes, reportes y pronunciamientos de diversas organizaciones en las que la autora tiene una participación activa e intelectualmente fructífera. Entre estos documentos se puede mencionar al Instituto Internacional Derecho y Sociedad (2023) y a las Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS) (2022). Finalmente, algunas otras ideas aparecen en proyectos legislativos como los mencionados en esa publicación y en otros, como Congreso del Perú (2023).

2 Abogada (PUCP), Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB), con master en Sistema Penal y Problemas Sociales (UB), Especialización en derecho consuetudinario indígena (UNAM-USAC), Diploma de Estudios Especiales en Antropología (PUCP) y *Fellowship in Comparative and Federal Indian Law* (University of Oklahoma). Docente Ordinaria de la PUCP, Academia de la Magistratura del Perú, Escuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y docente invitada en varias universidades, en materia de pluralismo jurídico, derechos de pueblos indígenas y Descolonización. Consultora internacional en la ONU, OEA, OIT, entre otros, y miembro del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS).

Agradezco la asistencia de Yasser Benancio Vásquez (egresado de derecho de la UNMSM) en esta investigación, especialmente en lo que respecta a la organización bibliográfica y las citas.

3 Ver Yrigoyen Fajardo (2017).

los más altos estándares internacionales que forman parte del *corpus iuris* vinculante para el Estado peruano.

I. Categorías Operativas

1. Sistema Jurídico

Podemos definir al derecho o sistema jurídico como un sistema de normas, prácticas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas, que tiene una cierta legitimidad y eficacia en un espacio geopolítico y contexto sociocultural e histórico (Yrigoyen Fajardo, 2006). En este sentido, se trata de normas “garantizadas”, es decir, que tienen un cierto nivel de eficacia. La eficacia se refiere al hecho de que el sistema rige el comportamiento de la gente, por lo menos en cierto grado, o activa los mecanismos de control del sistema. La legitimidad se refiere al consenso o aceptación del sistema —como bueno o necesario— por los usuarios. Esta es una definición operativa que comprende las distintas funciones que cumple un sistema normativo y puede ser útil para el estudio comparado y diacrónico.

2. Monismo

El monismo jurídico es una perspectiva teórica y política que identifica el derecho con el Estado, que solo reconoce un sistema jurídico dentro del Estado y que atribuye al Estado el monopolio de la violencia jurídica (Yrigoyen Fajardo, 1999). Asume que solo el Estado produce el derecho, a través de un modelo de división de poderes: el Poder Legislativo produce las leyes generales; el Poder Ejecutivo, el orden público, y, el Poder Judicial, las decisiones que resuelven conflictos, aplicando las leyes y según un debido proceso. Las costumbres, producidas por la práctica repetitiva de la gente, solo son admisibles a falta de ley o de forma compatible con la ley, y nunca *contra legem*. Los contratos, que son ley entre partes, no pueden contravenir el orden público. Y la resolución alternativa de conflictos, solo cabe respecto de bienes disponibles, pero nunca respecto de delitos o asuntos de orden público.

Contexto. Este modelo fue adoptado históricamente en el Perú y Latinoamérica luego de los procesos de Independencia liderados por los criollos, a partir del establecimiento de la República y la asunción del constitucionalismo liberal en el siglo XIX, en exclusión de los pueblos indígenas. El modelo de Estado-nación comprendió una política de monolingüismo, monoculturalidad y monismo jurídico. Las constituciones consagraron que “todos los seres humanos nacen libres e iguales”, y que rige una ley para todos, pero la ciudadanía fue restringida a los hombres libres, propietarios e ilustrados. Asimismo, el derecho abandonó el limitado reconocimiento de las autoridades y fuero indígena, y buscó asimilar a los indígenas a la ley general (Marzal, 1989, como se cita en Yrigoyen Fajardo, 2006). También abandonó las protecciones coloniales a las tierras colectivas de *pueblos de indios*, para que se vuelvan “propietarios” libres, pero las tierras pasaron a las haciendas, y los indígenas se convirtieron en sus siervos.

3. Pluralidad y Pluralismo Jurídico

Pluralismo jurídico es la teoría o política que reconoce o admite más de un derecho o sistema jurídico dentro del mismo espacio geopolítico (Sousa Santos, 1991). Es decir, reconoce

distintas fuentes de producción de sistemas de autoridad e instituciones, normas y mecanismos para resolver conflictos, dentro del espacio geopolítico de un mismo Estado.

En términos teóricos, cabe distinguir entre “pluralidad” y “pluralismo” en el sentido de que “pluralidad” es la existencia de diversidad, ya sea de culturas, idiomas o normas, y “pluralismo” es la teoría o política que reconoce y permite dicha pluralidad, con el mismo estatus. Es decir, una teoría pluralista del derecho llama “derecho” a todos los sistemas normativos que coexisten en el mismo espacio geopolítico. Así, una política pluralista reconoce, permite y promueve que las diferentes culturas, lenguas o sistemas normativos de los pueblos indígenas se sigan reproduciendo, según sus propias fuentes de producción. El grado de dicha permisión depende de los intereses y valores en juego. E, históricamente, se han dado varias políticas, como las que siguen.

“Pluralismo jurídico subordinado colonial” (Yrigoyen Fajardo, 2016a.) Esta política reconoce, de forma limitada, y en función a los intereses del orden colonial: (i) la existencia de autoridades indígenas (curacas y caciques), pero con cargas coloniales (organizar el trabajo de los indios para ir a las minas, cobrar el tributo y asegurar la evangelización); (ii) los “usos y costumbres” indígenas, que no choquen con la religión ni las leyes coloniales, y (iii) el fuero o jurisdicción de los caciques sobre los *indios* de sus pueblos, pero solo para resolver casos menores entre *indios*, dentro de los *pueblos de indios*. Esta política se funda en la ideología de la “inferioridad natural de los *indios*”.

Contexto. El hecho colonial generó una situación de pluralidad, pues los invasores europeos se encontraron con una diversidad de pueblos, culturas, idiomas y sistemas normativos en el mismo espacio geopolítico. Dado que su objetivo era el expolio de recursos, la Corona necesitaba imponer su dominio. Luego de estabilizada la conquista militar, por razones prácticas (para organizar la mano de obra de los *indios*), el gobierno colonial necesitaba a las autoridades indígenas, a las cuales las reconoció, al igual que sus costumbres y el fuero de indios, pero de modo limitado, para perpetuar el sometimiento indígena.

Indigenismo Integracionista, con Fisuras Pluralistas al Monismo Jurídico. El indigenismo integracionista es una política que reconoce sujetos colectivos indígenas, con derechos colectivos, y posibilita normas específicas, a diferencia del constitucionalismo liberal, de corte asimilacionista, que niega sujetos y derechos colectivos. Así, reconoce autoridades indígenas, sus costumbres y formas de resolución de conflictos, pero con el límite de que no afecten el orden jurídico nacional ni las políticas de integración, por lo que no llega a quebrar el monopolio estatal de la violencia legítima, sino que tan solo abre una fisura.

Contexto. A inicios del s. XX, ante los levantamientos indígenas por tierras, se dio la Revolución mexicana de 1910, que dio paso al constitucionalismo social. En ese marco, se abandonó la política asimilacionista por un indigenismo integracionista que buscaba reconocer tierras y especificidades culturales a los indígenas, y dejar atrás su marginación, para integrarlos al Estado y al mercado. Es decir, el Estado decide, por lo que el reconocimiento de autoridades y costumbres indígenas todavía mantiene una matriz de subordinación de cuño colonial.

“Pluralismo Jurídico Igualitario” (Yrigoyen Fajardo, 2017). El pluralismo jurídico igualitario es un paradigma consagrado en el derecho internacional de los derechos de pueblos indígenas y el derecho constitucional a partir de finales del s. XX, que se basa en el principio de la igual dignidad de pueblos y culturas. Este paradigma reconoce el derecho de los pueblos a su libre determinación y a mantener, reforzar y desarrollar sus propios sistemas jurídicos, con sus propias autoridades e instituciones; sus normas, valores, derecho consuetudinario o derecho

propio y jurisdicción. Asimismo, establece relaciones de coordinación, y no de subordinación, entre los sistemas de los pueblos y las entidades del Estado.

Contexto. La efectividad de una política de pluralismo igualitario está en tensión con los intereses de actores políticos articulados a las corporaciones, que buscan seguir extrayendo recursos naturales de los territorios de pueblos indígenas, para lo cual necesitan su subordinación política y negar sus derechos. En ese marco, tales actores elaboran discursos de negación de la vigencia del derecho de pueblos indígenas.

4. *Pueblos Indígenas y Tribales*

El derecho internacional reconoce dos tipos de sujetos colectivos, los pueblos indígenas (pueblos originarios) y tribales (distintivos), cuyos criterios de identificación los establece el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT en adelante)⁴ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Así:

- 1) **Pueblos indígenas.** Se trata de pueblos considerados indígenas por:
 - a) descender de poblaciones que existían al momento de la Conquista o Colonización, o antes del establecimiento de las actuales fronteras del Estado (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT);
 - b) conservar “sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas,” en todo o en parte (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT), y
 - c) no importa el estatus jurídico (si están reconocidos o no, o qué nombre tengan).
- 2) **Pueblos Tribales.** Se trata de pueblos que:
 - a) Tienen condiciones sociales, culturales y económicas diferenciadas del resto de la colectividad nacional (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT),
 - b) Se encuentran regidos por sus propias costumbres o leyes especiales (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT).

El derecho internacional aplica la categoría de “pueblos tribales” a colectivos como los pueblos de ascendencia africana en la diáspora, con los mismos derechos de pueblos indígenas⁵. No es un requisito para la aplicación de derechos que los pueblos indígenas o tribales estén

4 Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989): “Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica:

(a) a los *pueblos tribales* [énfasis añadido] en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

(b) a los *pueblos* [énfasis añadido] en países independientes, considerados *indígenas* [énfasis añadido] por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un *criterio fundamental* [énfasis añadido] para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

5 Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha aplicado los derechos de pueblos indígenas y tribales a colectivos afrodescendientes como el pueblo Saramaka en Surinam (Caso Saramaka vs. Surinam, 2007 y 2008), entre otros. La OIT, a través de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) también ha aplicado la categoría de “pueblos tribales” a pueblos o comunidades *quilombolas* del Brasil.

formalmente reconocidos, pues prima su autoidentificación. Es decir, si no están reconocidos, el Convenio 169 de la OIT establece que el Estado tiene la obligación de aplicar los derechos de pueblos indígenas y tribales a los colectivos que tengan conciencia de su identidad, es decir, de contar con los elementos referidos en el artículo 1 del Convenio.

Tabla 1

Cuadro de los criterios para considerar pueblos indígenas y tribales

Criterio subjetivo		Criterios objetivos
Autoconciencia como	Pueblos indígenas	a) Descender de poblaciones que preexisten al Estado.
		b) Conservar o tener sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en todo o en parte.
	Pueblos Tribales	a) Tener condiciones sociales distintivas.
		b) Estar regidos por sus propias costumbres o leyes especiales.

Fuente: Adaptado de Yrigoyen Fajardo, 2016b, p. 22.

5. *Sujetos Colectivos a los que se Aplican los Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en el Perú*

La Constitución de 1993 reconoce las categorías de “Pueblos Originarios” (art. 191), “Comunidades Campesinas” y “Comunidades Nativas” (arts. 89, 149 y 191), y “Rondas Campesinas” (art. 149). Asimismo, el Perú ha ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, por lo cual corresponde aplicar los derechos de pueblos a los sujetos colectivos reconocidos por la Constitución y las normas nacionales, así como a aquellos sujetos que, sin importar el nombre o condición jurídica que tengan, cumplen con los criterios de identificación del derecho internacional (Yrigoyen Fajardo, 2017).

Pueblos Originarios. El artículo 191 de la Constitución reconoce la categoría “pueblos originarios”. Para el derecho nacional, esta categoría es sinónimo de “pueblos indígenas” y se refiere a los pueblos que preexisten al Estado peruano, mantienen su cultura, un espacio territorial y se autorreconocen como tales, como lo precisa la Ley n.º 27811⁶. Para dicha ley, tal término también incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, a las “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”. En el país, la mayoría de los pueblos indígenas, especialmente los andinos, así como las comunidades y rondas campesinas, también se autoidentifican con la categoría de pueblos originarios.

6 Ley N° 2781. Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos:

“Artículo 2º.- Definiciones

Para los efectos del presente dispositivo se entenderá por:

a) **Pueblos indígenas.**- Son *pueblos originarios* [énfasis añadido] que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos [sic] se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación ‘indígenas’ comprende y puede emplearse como sinónimo de ‘originarios’, ‘tradicionales’, ‘étnicos’, ‘ancestrales’, ‘nativos’ u otros vocablos” (Congreso del Perú, 2002).

Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos. Las normas nacionales también utilizan las categorías de “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos” y pueblos afroperuanos” como adecuación nacional de las categorías “pueblos indígenas y tribales”. Entre ellas, la Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (Indepa) (Ley n.º 28495) (Congreso del Perú, 2005), la Ley de creación del Ministerio de Cultura (Mincul) (Ley n.º 29565) (Congreso del Perú, 2010) y el Reglamento del Congreso de la República que establece la “Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología” (que tiene rango de ley) (Oficialía Mayor del Congreso de la República, 2021).

Naciones Indígenas. La categoría “naciones indígenas” también se usa como sinónimo de pueblos indígenas. La Declaración de Naciones sobre los Derechos de Pueblos Indígenas (DNU-DPI, 2007) reconoce el derecho de los pueblos a organizarse en “naciones” y “comunidades” (art. 9). Varios pueblos indígenas en el Perú, tanto andinos como amazónicos, se denominan a sí mismos como “naciones”, como la “nación wampis” y la “nación aimara”, entre otras. Las naciones indígenas están conformadas por comunidades campesinas, en el caso de naciones o pueblos andinos, y por comunidades nativas, en el caso de las naciones o pueblos amazónicos.

Nacionalidades Indígenas. La categoría de “nacionalidades indígenas” es también sinónimo de “naciones” o “pueblos indígenas”. En el Perú hay pueblos, sobre todo amazónicos, que se autoidentifican como “nacionalidades indígenas”, y el derecho administrativo así lo ha reconocido. En tal sentido, la Resolución Regional n.º 253-2018-GRL-P del Gobierno Regional de Loreto (2018), declara la personalidad jurídica del Pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (Fenap), que es como se autodenomina. La Fenap está compuesta por alrededor de 60 comunidades nativas y seis organizaciones de cuenca. Esta categoría también ha tenido un uso en el derecho administrativo, cuando la actual Gerencia de Asuntos indígenas del Gobierno Regional de Loreto se denominaba “Subgerencia de Nacionalidades Indígenas” (Ordenanza n.º 002-2010-GRL-CR, 2010). La Base de Datos de Pueblos Indígenas del Mincul ha incorporado a la Fenap, con tal nombre, y el Ministerio de Transportes ha reconocido la administración y explotación de dos aeródromos a la Nacionalidad Achuar del Perú en su territorio.

Pueblos en Aislamiento y Contacto Inicial. Se trata de pueblos indígenas u originarios ubicados en la Amazonía que, por diversas razones históricas, entre ellas, el huir de las persecuciones y “carreras de indios” de la época del “boom del caucho”, cuando los caucheros esclavizaban a los indígenas, han decidido mantenerse aislados del resto de la sociedad nacional. El derecho internacional ha desarrollado principios para protegerlos del contacto forzoso, en la medida que ello pondría en riesgo su existencia. También hay una norma nacional que los protege.

Comunidades. Las comunidades campesinas y nativas son formas de organización de los pueblos indígenas u originarios, ubicadas entre la costa y sierra, las primeras; y en la Amazonía, las segundas. A las mismas se les aplica los derechos de pueblos indígenas.

Las constituciones del s. XX reconocieron las “comunidades de indígenas” (1920) y “comunidades indígenas” (1933). Y el Decreto-Ley n.º 17716 de la Reforma Agraria, del 24 de junio de 1969, cambió el nombre “comunidades indígenas” a “comunidades campesinas”, para evitar la carga peyorativa que el gamonalismo y la discriminación les había dado a las categorías “indígenas” e “indios”, sin que ello modifique su naturaleza y derechos. En cuanto a su naturaleza, es necesario señalar que, para el reconocimiento de “comunidades campesinas”, la Ley les exige cumplir con los criterios del Convenio 169 de la OIT. Es decir, tener “vínculos

ancestrales, sociales, económicos y culturales” (Ley n.º 24656, 1987).⁷ Lo mismo pasa con la Ley de Comunidades Nativas (1978), que también exige a las mismas el cumplimiento de los criterios del Convenio 169, es decir, ser descendientes de pueblos o “grupos tribales de la selva”, con ocupación territorial ancestral y vínculos culturales y lingüísticos⁸.

Rondas Campesinas. Son formas de organización de los pueblos indígenas u originarios que existen tanto dentro de comunidades campesinas y nativas, como en caseríos y centros poblados. En las comunidades, las rondas son los órganos de justicia y seguridad de las mismas y dependen de las decisiones de las asambleas de estas, como lo establece la Ley de Comunidades Campesinas y la Ley de Rondas Campesinas. Las rondas campesinas organizadas en caseríos o centros poblados son organizaciones autónomas, que tienen sus propias asambleas y ejercen funciones de autogobierno, seguridad, justicia, desarrollo; así como de interlocución con el Estado y fiscalización de funcionarios. Asimismo, desarrollan funciones de coordinación con las entidades del Estado y pueden pedir el apoyo de la fuerza pública para sus funciones. La Ley n.º 27908, Ley de Rondas Campesinas (2003), establece, claramente, que a las rondas campesinas se les aplica los derechos de los pueblos indígenas, de comunidades campesinas y de comunidades nativas, según les favorezca.

Figura 1
Formas organizativas de pueblos indígenas y tribales en el Perú



Fuente: Elaboración propia.

7 “Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por *vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales* [énfasis añadido], expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país” (Congreso del Perú, 1987).

8 “Artículo 80.- Las Comunidades Nativas *tienen origen en los grupos tribales de la Selva* [énfasis añadido] y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias *vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma* [énfasis añadido] o dialecto, *caracteres culturales y sociales, tenencia* [énfasis añadido] y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso” (Congreso del Perú, 1975).

II. Sobre la Realidad de Pluralidad Cultural, Lingüística y Jurídica en el Perú

1. *Sobre la Población Indígena y Afroperuana*

En el Perú, según el último Censo Nacional del 2017, hay una población de más de 33 millones de habitantes (Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú [INEI], 2022), de la cual el 26 % se autoidentifica como indígena y el 4 % como afroperuano⁹ (INEI, 2018a). La data oficial sobre pueblos indígenas y afroperuanos da cuenta de la presencia de entre 55 y 76 etnias (Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos [Indepa], 2010)¹⁰ o pueblos indígenas, que hablan entre 48 y 67 idiomas indígenas, 44 amazónicos y 4 andinos¹¹. Con tales datos, el Perú es uno de los países con más alta población indígena en la región, cuyo promedio es del 10 %, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal & Filac, 2020). Ello se explica debido a que, lo que hoy es el Perú, fue la cuna de grandes civilizaciones prehispánicas que ocupaban extensas regiones en ricos territorios que concentran el 80 % de la biodiversidad mundial y que legaron a la posteridad una enorme riqueza cultural (Pontificia Universidad Católica del Perú [PUCP], 2014).

En la actualidad, los pueblos indígenas u originarios, andinos y amazónicos, están organizados en comunidades y rondas campesinas. Así, hay alrededor de 10 000 comunidades: 6 682 “comunidades campesinas”, ubicadas en la costa y sierra, y más de 2 703 “comunidades nativas”, ubicadas en la Amazonía (INEI, 2018b). Además, se calcula que hay unos dos millones de miembros de rondas campesinas en 23 regiones del país (Central Única Nacional de Rondas Campesinas, 2021), según datos de diversas fuentes (Yrigoyen Fajardo, 2023a).

2. *Pluralidad Lingüística*

El Perú es uno de los países con mayor pluralidad lingüística en la región. El último censo da cuenta de que, por lo menos, el 16.3 % de la población declara que tiene como lengua materna una lengua indígena, lo cual comprende 4 390 088 personas. Las dos lenguas indígenas más habladas son dos lenguas andinas: el quechua, que representa el 13.9 % de la población (con 3 375 682 personas) y el aimara, que representa el 1.7 % (con 444 389 hablantes). Le siguen las otras 48 lenguas indígenas de la Amazonía, con un porcentaje mucho menor: el 0.8 %, es decir unas 210 mil 17 mil personas (INEI, 2021). Esto significa que si bien existe una mayor diversidad lingüística en la Amazonía, su población es menor a la de los pueblos

9 “El Censo de Población y Vivienda del año 2017, identificó que en el país existen 55 pueblos indígenas, 51 de ellos amazónicos y 4 andinos; además de la presencia de la población afroperuana principalmente en distintas regiones de la costa del país.

El 25,7% de la población de 12 a más años de edad se considera por sus costumbres y sus antepasados de origen indígena, principalmente quechua con 22,3% (5 millones 176 mil 809), el 2,4% (548 mil 292) aimara; entre los principales. El 3,6% (828 mil 841) afrodescendiente; el 5,9% de origen blanco (1 millón 366 mil 931). En tanto, el 60,2% (13 millones 965 mil 254) de la población peruana de 12 a más años de edad se identifica como mestizo” (INEI, 2021, p. 16).

10 El Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Indepa) da cuenta de la existencia de 76 etnias y 68 idiomas, que pertenecen a 16 familias etnolingüísticas (2010).

11 El Ministerio de Cultura (Mincul) registra 55 pueblos y 48 idiomas, una cifra menor a Indepa que registraba 76 etnias y 68 idiomas. Esta discrepancia se debe a que el Mincul incluye, por ejemplo, dentro del “pueblo quechua” a varios pueblos. Lo mismo pasa con el caso de los idiomas.

andinos. También ello puede dar cuenta de un subregistro ocasionado por las mayores dificultades censales.

Las 48 lenguas indígenas u originarias ya cuentan con una norma que oficializa su alfabeto, mediante una resolución del Ministerio de Educación (Ministerio de Cultura, 2021).

3. *Pluralidad Cultural y Jurídica*

Los pueblos indígenas u originarios, desde antes del hecho colonial, han ejercido control sobre sus territorios, con sus propios sistemas de reproducción de la vida social, lo que comprende la reproducción material y simbólica o cultural (Harris et al., 1990), esto es, instituciones económicas, sociales, culturales y políticas. Los pueblos siempre han tenido lo que podemos llamar sus propios “sistemas jurídicos”, con sus propias instituciones de autogobierno o autoridades, normas y valores, y procedimientos para regular su vida social, establecer, organizar y mantener el orden público, así como para manejar y resolver todo tipo de conflictos entre sus miembros, entre miembros y autoridades, y con otros pueblos. Ello, con la advertencia de que no se trata de sistemas rígidos o especializados como en el derecho moderno occidental, sino que responden a su propia cosmovisión y necesidades sociales. Así, por ejemplo, entre las normas que tienen los pueblos se incluyen reglas y valores de relación con seres de la naturaleza y otros seres relacionados a su cosmovisión.

En el marco de los procesos históricos de colonización y de las diferentes políticas aplicadas de los pueblos indígenas por el poder dominante, los mismos han tratado de resistir para mantener su control territorial y formas de existencia. Es en ese contexto de invasión y resistencia que se han reconfigurado las formas de organización de los pueblos, su acceso a sus territorios, sus sistemas de autoridades, sus instituciones sociales, económicas y políticas. No obstante, los pueblos indígenas han logrado mantener y recrear, en distinto grado, sus instituciones e identidad colectiva, gracias a su matriz cultural. Actualmente, existe un conjunto de colectivos con distintas formas organizativas y reconocimiento legal.

El grado de autonomía que tiene cada sujeto colectivo depende de varios factores: su resistencia cultural, el control real que pueden ejercer sobre el territorio que habitan, la historia de reconocimiento o represión que han experimentado, entre otros. Siguen ejemplos de sistemas de autoridades políticas o de autogobierno, normas y mecanismos de resolución de conflictos.

a) **Sistemas de Autoridades/Instituciones Autogobierno Propias**

Comunidades. En el caso de las “comunidades campesinas” y “comunidades nativas”, las mismas tienen instituciones de autogobierno; su autoridad máxima son sus asambleas, y cuentan con juntas o consejos directivos, así como con diversas comisiones que organizan para distintas tareas. Igualmente, quienes han “pasado los cargos” forman una suerte de consejo de ancianos o sabios que no necesariamente figuran en los estatutos, pero que tienen funciones de consejo y guía. Las comunidades activas suelen tener reuniones mensuales y renuevan ciertos cargos anualmente y sus directivas comunales cada dos años. Las leyes de reconocimiento estatal han impactado en las formas organizativas de estas comunidades en la medida que el Estado les exige registrar a sus juntas directivas para efectos de los diferentes trámites que deben hacer ante el Estado. Ello a veces es fuente de tensión o conflicto.

Cabe recordar que las “comunidades de indígenas” fueron reconocidas desde hace un siglo, por la Constitución de 1920 y, bajo su configuración y nombre actual, a partir del D. L. n.º 17716, la Ley de la Reforma Agraria emitida por el Gobierno de Velasco, del 24 de junio de 1969, que cambió el nombre de comunidades indígenas a “comunidades campesinas”. Con la reforma agraria se crearon miles de comunidades, a las que el Estado les adjudicó tierras comunales. Esta norma fue reemplazada por la actual Ley General de Comunidades Campesinas de 1987, que establece una estructura organizativa, quiénes son miembros, qué derechos tienen, etc. Así, las juntas directivas de las actuales comunidades fueron reemplazando a los antiguos sistemas de autoridad compuestos por varayoc en el área andina, los cuales existían desde la era colonial y formaban parte de un sistema rotativo de cargos (Matos Mar y Fuenzalida, 1969/1976).

En el caso de las comunidades nativas, la forma organizativa que estableció la legislación es semejante a la de las comunidades campesinas, por lo que dicho reconocimiento fragmentó los extendidos grupos étnicos amazónicos. A la fecha, hay casi 3 mil comunidades nativas que cuentan con un área territorial y una forma organizativa que comprende una asamblea, como su máxima autoridad, y una junta directiva. Usualmente, las comunidades nativas tienen un jefe o apu que es quien coordina acciones con el Estado. Aparte, cuentan con sabios o ancianos chamanes, curanderas, etc. que tienen experiencia y guían a las comunidades o intervienen con respecto a distintos asuntos.

Tanto en las denominadas comunidades campesinas como en las comunidades nativas, además de los sistemas de autoridad que señalan las leyes, existen otras estructuras de autoridad que cumplen diversas funciones culturales, espirituales, sociales, económicas, políticas y de transmisión de conocimientos ancestrales, que sirven de guías políticas u organizativas para las actividades ancestrales, y que tienen denominaciones en los idiomas indígenas, así como “sabios”, jilacatas, varayoc, etc.

Pueblos o Naciones Indígenas. Si bien las leyes han reconocido de modo fragmentado grupos étnicos amplios, ello no ha significado, necesariamente, que pierdan sus identidades e instituciones políticas mayores, y han desarrollado estrategias de reconstitución para contar con estructuras e instituciones de autogobierno y control territorial como pueblos o naciones, y no solo como comunidades. Así, por ejemplo, en la Amazonía, los pueblos achuar, awajún, candoshi, kichwa, shapra, shawi y wampis, de la provincia Datem del Marañón de Loreto, están organizados bajo el nombre de federaciones, naciones, nacionalidades o gobiernos autónomos, dando cuenta de su articulación como pueblos indígenas, y comprenden organizaciones de cuenca y decenas de comunidades.

Este es el caso, a modo de ejemplo, del pueblo achuar del Pastaza, que se autodenomina Fenap. Está compuesto por seis organizaciones de cuenca o base y más de 60 comunidades. Y, aunque la ley solo ha reconocido alrededor de 20 de las comunidades que lo componen (lo que representa un tercio de su territorio), Fenap ejerce, en la práctica, control territorial sobre casi 1 125 000 ha, aproximadamente. El pueblo o nacionalidad achuar del Perú cuenta con tres niveles de autogobierno: (1) el nivel de comunidades, (2) de base o cuenca (que articulan varias comunidades, por lo general de una misma cuenca), y (3) el nivel de autogobierno de nacionalidad achuar, que es la Fenap. Cada nivel cuenta con una asamblea y una directiva, como consta en su Constitución (Instituto Internacional de Derecho y Sociedad [IIDS], 2017). Otros pueblos amazónicos también tienen estructuras semejantes que articulan el nivel comunal, un nivel intermedio y el del pueblo o nación. De hecho, una de las luchas de las

organizaciones indígenas en la última década es lograr que el Estado posibilite la inscripción de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas u originarios para que puedan contar con títulos de propiedad y ejercer otros derechos (Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsores de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e IIDS, 2022).

En las zonas andinas, dado que también el reconocimiento es por comunidades, estas han buscado crear estructuras organizativas superiores que den cuenta de su identidad como pueblos y que les permitan contar con formas de decisión supracomunales. Entre estas estructuras se encuentran algunas que han denominado federaciones, centrales, ligas agrarias, etc. Así, por ejemplo, el pueblo aimara está articulado a través de la Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

Rondas Campesinas. Desde 1976, también existen en el país las rondas campesinas (Yrigoyen Fajardo, 2022). Se trata de organizaciones establecidas inicialmente en los lugares donde había colectivos de origen ancestral indígena, pero donde no se había logrado constituir comunidades campesinas —por existir ya parcelas familiares—. Surgieron como una forma de organización colectiva para protegerse frente al robo y abigeato. Se organizan en grupos de turno rotativo, para la protección de la seguridad y justicia colectiva, sobre la base de la reciprocidad andina, y su autoridad máxima es la asamblea, donde participan todos. Dicha forma organizativa se extendió rápidamente en estancias y caseríos con población de origen indígena. Las asambleas de las rondas campesinas funcionan a semejanza de las asambleas de cualquier comunidad campesina, como una autoridad colectiva, con sus normas e instituciones propias de justicia y orden local, basadas en la matriz cultural de la reciprocidad indígena. La forma de organización de rondas campesinas también se extendió dentro de las comunidades campesinas así reconocidas, como su órgano de justicia y seguridad. Además del nivel local, las rondas empezaron a crear estructuras supralocales que responden a la necesidad de contar con estructuras de decisión o autogobierno que se corresponden con pueblos originarios. A la fecha, las rondas campesinas cuentan con un estatuto propio que establece varios niveles de organización: local (comunal o de caseríos), zonal, distrital, provincial y nacional, uno por ámbito y nivel; la Central Única de Rondas Campesinas del Perú (Cunarc-P) es la estructura de autogobierno y representación de nivel nacional. La Cunarc-P ha sido incorporada, como organización representativa de pueblos indígenas u originarios de nivel nacional, en la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura (Ministerio de Cultura, 2022). Las directivas o consejos de las rondas de nivel local o comunal rotan, por lo general, cada año; los otros niveles, de acuerdo con sus propios estatutos; y el Consejo Ejecutivo Nacional de la Cunarc-P, cada cuatro años.

En general, las autoridades de las estructuras institucionales de pueblos, comunidades y rondas no son remuneradas, y son electas en asambleas por consenso y, si ello no se logra, por votación. La participación como autoridad o delegado es considerada un servicio y un honor. Las autoridades se mantienen en el cargo mientras gozan del soporte colectivo. En caso de mala actuación, las autoridades son reemplazadas.

Sistemas de Normas. Los pueblos indígenas, las comunidades y las rondas campesinas se rigen por normas, costumbres, valores y prácticas que responden a su cosmovisión y necesidades sociales. También crean normas o directrices nuevas en las asambleas, cuando toman decisiones, así como por nuevas prácticas sociales. Dependiendo de la historia, grado de

autonomía, distancia de centros urbanos, penetración de iglesias, presencia de instituciones estatales, entre otros, los sujetos colectivos indígenas pueden regular y regir su vida social por normas propias o externas. O, incluso, hay campos de la vida social que se rigen por unas reglas y otros por otras. Por ejemplo, si ingresa una iglesia o secta a una comunidad que practica la poliginia, puede llevarlos a regir los matrimonios por las reglas y ritos religiosos, y eliminar la poligamia.

Los pueblos tienen sus reglas para determinar las responsabilidades de las personas de acuerdo con su edad y cuáles son los marcadores de la adultez, para poder entrar en relaciones conyugales u otras. Por ejemplo, en gran parte de pueblos indígenas, la menstruación es el marcador de la adultez en las mujeres, por lo que ya pueden tener relaciones sexuales (lo que puede ser considerado un delito en el Código Penal). Asimismo, mantienen sus reglas de parentesco y sistemas de unión conyugal, con sus reglas, ceremonias y rituales, incluyendo sus reglas para la filiación, la separación y los conflictos, y no se rigen por el derecho civil ni se casan en las municipalidades. Como ejemplo, en la comunidad mashiguenga Poyentimari, casi todas las uniones conyugales se siguen rigiendo por su propio derecho y no por el derecho civil. Igualmente, la mayoría de las uniones conyugales de la población achuar se dan en el marco de su propio derecho, y no por el derecho civil, por lo que en sus documentos civiles aparecen como personas solteras. Algunos pueblos tienen reglas matrilocales, como los achuar, es decir, el hombre va a vivir a la casa o localidad de los padres de la mujer, por lo menos al inicio de la unión conyugal; mientras que otros son patrilocales. También hay pueblos que tienen reglas de poliginia o poligamia (Ministerio de Salud, 2006), mientras que otros tienen reglas monogámicas. Aunque existen comunidades nativas que ahora cuentan con un registrador y tienen autorización para celebrar matrimonios, la autoridad civil no les permite registrar matrimonios poligínicos.

Los sistemas normativos de los pueblos también comprenden reglas para el acceso a bienes y recursos del hábitat, como el acceso a espacios para vivienda, chacras u otros usos, y reglas de rotación del uso de tierras. Por ejemplo, en los pueblos amazónicos, la maloca es el espacio familiar, la chacra es para la yuca, la wayú y otras plantas de huerta, es abierta por los hombres, pero manejada por las mujeres. Igualmente, tienen reglas de cuándo, dónde y cómo pescar, cazar, recolectar huevos o frutos; así como ceremonias de “permiso” a la madre naturaleza, o “las madres” de los animales o “los espíritus del bosque”, que comprenden reglas para evitar la extinción de especies (por ejemplo, no se pueden matar todos los jabalíes de una manada), contaminación de fuentes de agua (en ciertos lugares no se puede usar barbasco para pescar o plantas que matan indiscriminadamente a distintas especies) o apropiación de recursos solo para algunos. Los pueblos andinos tienen reglas de rotación de tierras de cultivo, que permiten que unos años ciertas familias accedan a chacras de regadío y en otros de secano, de forma alternada. Así es el caso del pueblo pacaje que realiza una rotación anual de cultivos entre sus miembros¹². Igualmente, los pueblos tienen normas para regular los distintos aspectos de su vida social, así como para interacción con otros pueblos; para hacer alianzas, la guerra y la paz;

12 La comunidad de pacajes, autodenominada pueblo indígena u originario pacajes, se ubica en Carabaya, Puno; tiene una danza ancestral de la época de las movilizaciones anticoloniales y es una de las que mantiene el sistema de rotación anual de tierras de cultivo para evitar que solo unas familias se beneficien de las tierras con acceso al agua. Testimonio de Fidel Lope, dirigente comunal, expresidente de la Cunarc-P. Visita de campo y testimonio directo tomado el 2018.

cómo organizarse para enfrentar problemas comunes, cómo defenderse frente a la agresión de terceros, etc.

Los pueblos también cuentan con principios y reglas referidas a la protección de sus bienes jurídicos y, en contraposición, lo que configura un daño, lo que no está permitido o lo que está prohibido en los diferentes campos de la vida social. Y la transmisión de los principios y normas puede darse en forma de cuentos (Urteaga Crovetto, 1993)¹³, cantos (IIDS, 2023)¹⁴ y moralejas. Entre sus bienes jurídicos se encuentra la vida, pero no solo de los seres humanos, sino también de otros seres vivos y “espíritus del bosque”, la Pachamama, el agua, etc. De ahí la necesidad de pedir permiso cuando se va a cazar o pescar, sembrar, etc., el respeto a los mayores, a las mujeres embarazadas, los niños, etc. La reciprocidad también es considerada un bien jurídico, un principio y una regla de comportamiento, pues su incumplimiento puede dar lugar a sanciones. Los miembros de un pueblo, comunidad o ronda campesina tienen obligaciones respecto del colectivo, ya sea de su grupo familiar extenso, comunidad o pueblo, en el marco de las reglas de reciprocidad e intercambio. Así, por ejemplo, si ciertas personas, compadres o familias ayudan a una familia a construir su casa, se genera una obligación de reciprocidad. Las comunidades y rondas de los pueblos originarios de Cajamarca, por ejemplo, le llaman *pararaico*, y estaría dentro de las obligaciones del *ayni* (intercambio de fuerzas de trabajo entre familias). En el caso de los pueblos amazónicos, el apoyo entre familias se da para hacer el techado de paja de las malocas. También hay obligaciones respecto del colectivo, que los pueblos andinos, las comunidades campesinas y las rondas campesinas llaman *minga* o *minka*, para la construcción de acequias, puentes, escuelas, caminos. En el caso de las rondas, hay obligaciones específicas que tienen los ronderos relacionadas con el cumplimiento del turno de ronda que le toca a una persona, por lo general, un día a la semana, también para participar en comisiones, asambleas y delegaciones. Y, en caso de no poder cumplir, ello está sujeto a otras formas de aporte o multa (esto es malinterpretado como coacciones).

Sistemas de Justicia. Los pueblos, las comunidades y las rondas tienen mecanismos de resolución de conflictos diversos para atender todo tipo de problemas. Dado que la vida social es cambiante, los pueblos tienen una gran capacidad de adaptación para enfrentar nuevos problemas. De acuerdo con el tipo de problemas, los mismos pueden tener distintos canales de resolución.

En los pueblos andinos, las uniones conyugales suponen un proceso y los problemas o conflictos familiares, en primer lugar, se suelen manejar a nivel de las familias, los “padrinos” y los grupos de parentesco extenso, y solo cuando los problemas son mayores, o no se pueden resolver, llegan a las asambleas. En los casos de hechos dañinos (lo que configuraría delito) se realiza, más directamente, la intervención de los órganos de justicia comunal y su resolución en la asamblea comunal.

13 Los awajún, por ejemplo, narran mitos o leyendas que transmiten mensajes, los que constituyen principios de actuación social (Urteaga Crovetto, 1993).

14 Los achuar, por ejemplo, tienen cantos que hacen las mujeres separadas de los hombres, para distintas actividades, como la siembra, la guerra, la caza de animales y otras, mediante las que transmiten normas de división social del trabajo y reglas de relación social, incluyendo lo que reglas de relación con otros pueblos y seres (IIDS, 2023).

Rondas Campesinas. En el caso de las rondas campesinas, la experiencia de alrededor de 50 años de ejercicio de funciones jurisdiccionales los ha llevado a desarrollar procedimientos para resolver todo tipo de problemas que se suscitan dentro de su ámbito territorial, a través de sus asambleas. Sobre la materia, si bien los casos más conocidos y saltantes son los relacionados con el robo y el abigeato en el campo, las rondas resuelven todo tipo de problemas locales, conflictos vecinales, familiares, de alimentos, filiación; conflictos de pareja, separación, custodia; conflictos de herencias; así como también conflictos de tierras entre familias y comunidades, daños de animales a cosechas y problemas más graves o serios vinculados a violaciones e incluso asesinatos. Además, las rondas atienden casos que involucran el cuestionamiento o fiscalización de las autoridades públicas como los alcaldes, los policías, los fiscales, los jueces, los consejos municipales, regionales y otras autoridades nacionales. Igualmente, a raíz del ingreso de las actividades extractivas dentro del ámbito territorial de las rondas campesinas, tanto informales como de empresas transnacionales, las mismas han encarado y tomado decisiones al respecto. Así, por ejemplo, en el caso de las rondas de la comunidad de Urinsaya y de la comunidad de Anansaya de Crucero, de la provincia de Carabaya de Puno, dos autoridades ronderas han sistematizado su experiencia y dan cuenta de que las rondas del lugar han resuelto todo tipo de problemas, desde el caso de animales perdidos hasta homicidios y descuartizamientos (Soncco Mamani y Soncco Cutipa, 2023)¹⁵.

En cuanto a los procedimientos, si bien existen variaciones locales y dependiendo de si se trata de un delito flagrante o una denuncia, lo central del procedimiento es que las rondas tienen una estructura orgánica para prevenir, investigar, juzgar, aplicar sanciones o reparaciones, y ejecutar las decisiones. Usualmente, los casos primero se ven en las familias o grupos de ronda y los más serios se someten a la asamblea y ahí, con el esclarecimiento de hechos y derechos entre todos, se toman las decisiones para resolver el problema, atender a las víctimas, recuperar al infractor, reafirmar los valores sobre los bienes jurídicos que fueron afectados y fortalecer la cohesión social. En ciertos casos reiterados y graves, las rondas también toman decisiones de expulsión. Este fue el caso, por ejemplo, de la decisión de expulsión de una familia dedicada al abigeato que, a pesar de haber sido advertida en una asamblea de no incurrir nuevamente en tales hechos so pena de expulsión, algunos de sus miembros fueron capturados en delito flagrante de abigeato en otra comunidad, y a las rondas de la comunidad solo les quedó efectuar la expulsión (Tribunal Constitucional, 2014). Si el caso lo amerita, por su seriedad o complejidad, puede ser derivado a una instancia superior, como sería la asamblea distrital, provincial, regional o, incluso, nacional.

A modo de ejemplo, en el caso de Carabaya, aplican los siguientes pasos en caso de denuncias, según la sistematización hecha por Soncco Mamani y Soncco Cutipa (2023):

15 Como ejemplo, los autores dan cuenta del caso de daños de animales en chacras de vecinos; apropiación de alpacas; reconocimiento de hijos; infidelidad y adulterio; homicidios e, incluso el caso de “descuartizadores”; asaltos, muerte de estudiantes; pleitos de propiedad, accidentes, daños por brujerías, y otros casos. Asimismo, estas rondas se han enfrentado a autoridades de la justicia ordinaria que consideran protectoras de delincuentes, como policías, fiscales y hasta una jueza (Soncco Mamani y Soncco Cutipa, 2023).

Tabla 2

Algunos de los procedimientos típicos (Hathun chaninchay puriykuna)

- **Denuncia** (*Nanay/llakiy willakuy taripachiy*).
- **Notificación** (*Hucha riqsiy taripachiy*).
- **Captura** (*Hap'iy/taripay*).
- **Declaración/careo** (*Uyanchay*) o **Aclaración** (*Sut'inchay/Ch'uyanchay*).
- **Investigación** (*T'aqwiri/yachariy*).
- **Arreglo o solución** (*Hallch'ay/sumaqchay/Qhawariy/Chaninchay*).
- **Sanciones leves** (*Pisi huchachaykuna*).
- **Derivar a la asamblea o encuentro** (*Llaqtaman/aylluman riqsichiy*) local ordinario o extraordinario, o de otro nivel.
- **[Participación]**. Los asistentes (*buñukuymán puriykuna*) escuchan (*uyariy*), evalúan (*chaninchay*), declaran sus propias versiones (*yapahatay*), aclaran (*sut'inchay*) prevén o advierten (*unaninchay*), opinan o sugieren (*taripachiy*) y deciden (*yuyayku*) con el fallo final (*chaninchay tukuchay*).
- **Sanciones leves y mayores** (*Pisi/Hatun hasut'ikuna*): Las sanciones leves (*pisi hasut'i*) y previas (*ñawpaqpi*) son la llamada de atención (*k'amiy*), la exposición ante el público y plantón (*llapa runaq rikusqan chawpipi sayachiy*), los trotes a paso ligero (*phawanaqachiy*). Para mayores faltas o delitos (*hatun huchakuna*), intervienen las sanciones físicas más fuertes (*hatun hasut'ikuna*): ejercicios físicos abdominales (*kuyuspa sayk'uchiy*), o hasta los azotes (*hasut'iy*) con chicote (*suq'ana*), ortiga (*kisa*) u otro (*waqkuna*). Estos últimos (*qhipa hasut'iykuna*) se aplican (*churay*) sobre todo en el proceso de investigación (*t'aqwiq iste*) o como amonestación reflexiva (*yuyaychay*) y en las cadenas ronderiles (*apanaqaykuna*) debido a que los delitos son muy graves (*hatun huchakuna*).
- mantenimiento del orden (*chaninchasqa puriy*) y disciplina (*chanin puriy*).
- **Cadena ronderil** (*Ayllumanta ayllu – llaqtamanta llaqta apanaqay/apaykachay*).
- La cadena ronderil (*apanaqay*) dura de acuerdo a la aceptación de la culpa (*hucha riqsiy*) y las responsabilidades asumidas (*chaninchasqa hucha ist'ay*), pudiendo acortarse (*psiyachiy*) o anularse pronto (*tukuchay*).
- **Reparaciones** (*Hallch'ay/Hampi*). Es posible que muchas reparaciones sean simples (*ratu hucha riqsiy*) como un perdón mutuo (*pampachanakuy*). Sin embargo, en casos más graves (*sasachaykuna*) deberá arreglarse (*hallch'ay*) o devolver (*kutichiy*) usualmente (*kutikuti hina*) con valor en dinero (*golqi*), con trabajo para el agraviado (*k'irisqapaq llank'ay*), con trabajo comunal (*ayllupaq llank'ay*) y/u otros (*waqkuna*) según convenga de la mejor forma (*allinpanmanta*). La solución (*Ch'uyanchay taripay*): buscar la mejor forma de resolver (*allinmanta, sumaqmanta hallch'ay*)."

Fuente: Esquema (resumido) con base en Soncco Mamani y Soncco Cutipa (2023, pp. 202-205).

La justicia rondera sigue una serie de principios, como la intermediación, búsqueda de la verdad material, la rapidez, la participación, la gratuidad, la reparación a la víctima, la integración del infractor, la búsqueda de la armonía, etc. La participación de todas las personas adultas activas, así como también de menores, jóvenes y ancianos es central debido al papel educativo que tiene la justicia rondera, así como para poder aportar en el esclarecimiento de hechos y valores para resolver el caso, dar legitimidad a las decisiones y efectividad al cumplimiento de las mismas. Cabe precisar la importancia que le dan a la verdad material y a atender las causas

de los problemas. Un caso puede empezar como una agresión entre dos personas, que sería como un aparente problema penal, pero si detrás hay un despojo abusivo de tierras, las rondas están interesadas en ir hasta el final del problema, el cual esclarecen entre todos, pues lo que importa es desactivar la causa final del conflicto y darle solución.

Debido a nuevas realidades, como la presencia de actividades extractivas inconsultas dentro del ámbito territorial de las comunidades y rondas campesinas, tales situaciones también han sido expuestas y debatidas largamente ante las asambleas de las rondas campesinas de nivel local, distrital, provincial, regional y nacional, las que han adoptado decisiones al respecto. Así, por ejemplo, en los casos de los megaproyectos mineros de Majaz (Piura) y Conga (Cajamarca), como también en casos de minería informal. En el caso de Conga, las asambleas rondas analizaron que el Estado otorgó concesiones mineras sin consulta ni consentimiento de las comunidades y rondas a ser afectadas, lo que tendría un impacto significativo en sus vidas, pues viven de la agricultura y ganadería, y el megaproyecto minero Conga planea secar el sistema hídrico de cinco distritos de tres provincias de Cajamarca. Por ello, decidieron rondar las lagunas, por turnos para evitar que la empresa realizase obras y llevaron a cabo otras acciones de resistencia a nivel local, regional y nacional, incluyendo acciones de defensa directa como acciones legales a todo nivel. Es decir, las rondas campesinas ejercen su autonomía y autoridad no solo ante amenazas menores como robos o abigeato, sino también ante amenazas de corporaciones transnacionales, por autorizaciones inconsultas del Estado.

Caso Achuar. El pueblo achuar resuelve todos los tipos de problemas de forma autónoma. Además, en ninguna parte de su territorio hay autoridades policiales o judiciales, ni siquiera un juez de paz. Esto favorece a su autonomía. La mayor parte de conflictos o problemas familiares, entre clanes e incluso con otros pueblos, el pueblo achuar los resuelve en el espacio de la toma del té de la guayusa (*Ilex Guayusa*). Se trata de una práctica de tomar un té de la planta de guayusa en horas de la madrugada, alrededor de las tres o cuatro de la mañana, antes de que salga el sol. A invitación del jefe de la familia extendida, dueño de una maloca (casa de construcción de madera y techo de paja trenzada), asisten los miembros de la familia que requieren dialogar y “ser aconsejados”. También sirve para que las partes o, incluso, los dirigentes en conflicto se reúnan en un momento donde se escuchan las partes de forma pacífica, sin gritos ni alteraciones, donde “hablan con el corazón” y, ya sea en una vez o varias, lleguen a acuerdos pacíficos. La toma de la guayusa también es el momento más importante para tomar decisiones y acuerdos entre familias o clanes en relación con la unión conyugal de los hijos, decisiones políticas, económicas, alianzas con pueblos vecinos, etc.

Además del momento de la toma del té de la guayusa, el pueblo achuar ventila asuntos conflictivos en las asambleas, ya sea comunales, de cuenca o de la Fenap, para resolver diferentes problemas. Entre ellos, problemas con entidades del Estado, con profesores, empresas que ingresan en su territorio, etc. En el caso de los profesores involucrados en hechos de violación o conductas no sexuales no aceptables, la Fenap tiene la decisión de aplicarles medidas de expulsión para la protección de las niñas o jóvenes estudiantes. Generalmente, dicha decisión de expulsión es contestada o no es acatada por la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) que, a veces, solo traslada al docente.

Respecto de problemas o riesgos que puedan afectar la integridad del territorio del pueblo achuar, la asamblea general de la Fenap es la encargada de analizar y adoptar decisiones de protección absoluta. Luego de años de experiencias negativas de actividades petroleras inconsultas

y con impactos no remediados, la asamblea de la Fenap, sobre la base de su autonomía, tomó la decisión de expulsar a la empresa petrolera Talisman en el 2009, haciéndose presente, de forma masiva, en las instalaciones del pozo 2X, ubicado en su territorio. En respuesta a ello, la empresa petrolera entregó armas a otros indígenas, trabajadores de la empresa, y los trasladó en un helicóptero, desde la base militar de Sargento Puño, para enfrentarse con los achuar, lo que, felizmente, no ocurrió. La Fiscalía denunció al gerente de la empresa Talisman por tentativa de genocidio, y la empresa se retiró del territorio achuar (Migalhas Latinoamérica, 2014). La Fiscalía, posteriormente, archivó el caso. Por su parte, la asamblea de la Fenap ha mantenido su decisión de no permitir el ingreso de mineros, taladores ni empresas petroleras en ninguna parte de su territorio. En tal sentido, sobre la base de su autonomía y propio derecho, ha notificado públicamente a empresas petroleras del Estado y extranjeras para que no ingresen en su territorio, las cuales no han vuelto a ingresar a la fecha (Fenap, 2021).

Persecución. A raíz de la actuación de los sistemas de justicia de los pueblos originarios (naciones, comunidades y rondas campesinas), lo que involucra acciones preventivas de hechos dañinos, así como de investigación, citación, detención, juzgamiento, y la aplicación de sanciones o medidas reparatorias (incluyendo obligaciones de rondar, pagar, reponer, trabajar para la comunidad; así como el impedimento de ingreso de terceros a sus territorios, entre otras acciones colectivas), las autoridades de dichos pueblos son objeto de denuncias penales, largos procesos y condenas por supuestos delitos de usurpación de funciones, secuestro, coacciones, apropiación ilícita, extorsión, disturbios, entorpecimiento de las comunicaciones, crimen organizado, etc. Las denuncias vienen de bandas de abigeos y otras personas controladas por los sistemas indígenas, así como también por personas descontentas y autoridades policiales, fiscales y judiciales que consideran que los pueblos, las comunidades o las rondas carecen de autoridad para juzgar. Finalmente, cuando los pueblos, las comunidades y las rondas se han enfrentado a actividades extractivas, en protección de sus territorios, también han recibido denuncias de parte de grandes consorcios empresariales, así como de mineros ilegales, taladores y otros actores.

Según un informe del Ministerio Público del 2021, hay más de 3 mil personas procesadas en más de 1 332 procesos penales contra miembros de pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y rondas urbanas (Secretaría General del Ministerio Público, 2021)¹⁶. A ello se suma otro informe del Ministerio Público que da cuenta de unos 500 casos penales adicionales instaurados contra autoridades de las rondas campesinas participantes en las acciones realizadas frente al megaproyecto minero Conga, para evitar el secamiento de las lagunas ubicadas dentro de su ámbito territorial.

Demandas de Reconocimiento. La constante persecución que han sufrido y sufren las autoridades de los sistemas indígenas las ha llevado a realizar acciones de protesta, resistencia y propuestas legales para el reconocimiento de sus sistemas de justicia, a fin de no ser reprimidas. Entre tales propuestas cabe mencionar la elaborada a raíz del I Encuentro Nacional de las Rondas Campesinas en 1992, en Los Baños, Cajamarca, donde participaron dirigentes de rondas campesinas de diversos lugares del país, así como abogados defensores, jueces, fiscales, policías y agentes pastorales, que planteó el reconocimiento constitucional de la justicia de las

16 Al 2021, la Fiscalía da cuenta de más de 1 332 casos de comuneros y ronderos perseguidos por los mencionados delitos, que comprenden más de 3 000 procesados (Secretaría General del Ministerio Público, 2021).

comunidades y las rondas campesinas, de forma amplia, respecto de toda materia y persona, así como la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En seguimiento, la mesa de pluralidad cultural y jurídica elaboró una fórmula de reconocimiento constitucional de las “funciones jurisdiccionales” de las autoridades de las “comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas autónomas y organizaciones vecinales” dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, semejante a la fórmula de la Constitución de Colombia de 1991, pero sin los límites de la misma. Luego del reconocimiento de la jurisdicción especial en la Constitución de 1993, dado que siguió la represión de la jurisdicción indígena, especialmente durante la dictadura de Fujimori, al iniciar la democracia, las organizaciones ronderas propusieron una amnistía para miembros de comunidades y rondas perseguidos por ejercer funciones jurisdiccionales como función comunal, la que fue aprobada por el Congreso el 2001, y una nueva Ley de Rondas Campesinas, que sufrió más cambios y recién fue aprobada en el 2003. Asimismo, los pueblos han litigado y realizado acciones de incidencia para cambiar la jurisprudencia, normas y políticas, dando lugar a la adopción de acuerdos plenarios, encuentros y protocolos de justicia intercultural por parte del Poder Judicial. Actualmente, las organizaciones impulsoras de la agenda de los pueblos plantean una Ley de Coordinación Intercultural entre los sistemas jurídicos de los pueblos, comunidades y rondas con las entidades del Estado, entre otras propuestas, para el cese de la represión de los sistemas de justicia y el establecimiento de formas de coordinación basadas en la igualdad, y no en la subordinación.

III. Sobre el Reconocimiento del Pluralismo Jurídico Igualitario

Actualmente, hay un cuerpo de normas (*corpus iuris*) sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales/afrodescendientes que reconoce el derecho de tales pueblos a sus sistemas jurídicos, como parte de derecho a la libre determinación, autogobierno y control de sus propias instituciones, en el marco del paradigma de pluralismo jurídico igualitario. El *corpus iuris* de pueblos está conformado por normas constitucionales, tratados y normas internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas y tribales (de diversas fuentes), y normas internas, cuya interpretación se rige por los principios de convencionalidad y propueblos.

1. Reconocimiento Constitucional

Respecto de la materia que nos toca, cabe resaltar que la Constitución vigente de 1993, de un lado, reconoció el pluralismo cultural, étnico, lingüístico y jurídico, y, de otro, estableció que las normas constitucionales deben interpretarse de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, sentando el principio de convencionalidad. Además, el 26 de noviembre de 1993, el Congreso Constituyente Democrático (CCD) aprobó la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el cual supera el enfoque integracionista que tenía el Convenio 107 de la OIT, para pasar a un reconocimiento del derecho de los pueblos a controlar sus instituciones, formas de vida y desarrollo. Con el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, la ratificación del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales, se sentaron las bases del pluralismo jurídico y un *corpus iuris* de derechos de pueblos indígenas y tribales vinculante para el Estado peruano. A continuación, se presenta una reseña de las provisiones constitucionales:

a) Reconocimiento Constitucional del Pluralismo Cultural, Étnico, Lingüístico y Jurídico

Principio de Diversidad Étnica y Cultural. La Constitución actual establece el derecho a la identidad étnica y cultural de toda persona, como derecho individual y colectivo, según el artículo 2, inciso. 19 y el artículo 89. Además, establece como principio constitucional el respeto y protección de la “pluralidad étnica y cultural de la Nación” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2.19), lo que obliga a todo el Estado a garantizar dicha diversidad como valor constitucional. El supuesto que sostiene la obligación constitucional de respetar y proteger la pluralidad étnica y cultural es la igual dignidad de pueblos y culturas. En este sentido, esta Constitución supera a la de 1979 que presuponía que algunas culturas eran, de algún modo, inferiores, por lo que propiciaba la “superación cultural” (Constitución del Perú, 1979, art. 161) como objetivo constitucional¹⁷.

Derechos Comunes. El artículo 89 de la Constitución garantiza los derechos de las comunidades campesinas y nativas a su existencia legal, personalidad jurídica, autonomía organizativa, económica, administrativa y en el trabajo comunal; propiedad de las tierras, e identidad étnica y cultural colectiva. Además, el artículo 88 establece como garantía la protección de la “propiedad comunal”, entre otras formas de propiedad. Estas protecciones son semejantes a las establecidas en las constituciones anteriores de 1920, 1933 y 1979¹⁸, salvo en lo que respecta a la garantía de la inalienabilidad de las tierras comunales, que es reemplazada por la libre disposición de las tierras y la figura del abandono de tierras (art. 88).

Principio del Pluralismo Jurídico: Reconocimiento de los Sistemas Jurídicos Indígenas. El artículo 149 de la Constitución reconoce las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, y de las rondas campesinas; su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con el límite de no violar los derechos fundamentales de la persona. Es decir, reconoce los elementos de los sistemas jurídicos indígenas que hacen colisión con los del Estado, es decir, la potestad de emitir normas, gobernar y administrar justicia, estableciendo un modelo de pluralismo jurídico (como se desarrolla más adelante).

Derechos de Representación Política. El artículo 191 de la Constitución reconoce derechos de representación política a los pueblos originarios, así como a las comunidades campesinas y nativas, en los consejos regionales y en los concejos municipales.

Derechos Lingüísticos y Educativos. La Constitución garantiza la preservación de las “diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país” en su artículo 17. Por otra parte, el artículo 48 establece, junto con el castellano, la oficialidad del quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, en las zonas donde predominen, según la ley. El artículo 2, inciso 19 establece que “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”, en cualquier parte del territorio nacional. Asimismo, la Constitución garantiza la educación bilingüe e intercultural y la subvención de la educación comunal en el artículo 17.

17 “Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes” (Constitución de 1979).

18 Esta Constitución no incluye las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras indígenas que consagraban las constituciones anteriores. Por el contrario, garantiza “la libre disposición” y crea la figura del “abandono de tierras” (artículo 89). No obstante, ello, la Constitución establece que la misma debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos que sí garantizan los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas, incluyendo dichas garantías (Cuarta Disposición Final y Transitoria).

Tabla 3

Normas constitucionales que reconocen la pluralidad y derechos de pueblos

Derechos y principios	Constitución Política del Perú (1993)
Principio de Pluralidad étnica, cultural y lingüística.	<p>“Artículo 2.- [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación [énfasis añadido].</p> <p>Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete [...]”.</p>
Manifestaciones culturales y lingüísticas. Educación bilingüe intercultural.	<p>“Artículo 17.- [...] la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la <i>comunal</i> [énfasis añadido] y la cooperativa. [...] Asimismo, fomenta la <i>educación bilingüe e intercultural</i> [énfasis añadido], según las características de cada zona. Preserva las diversas <i>manifestaciones culturales y lingüísticas</i> [énfasis añadido] del país [...]”.</p>
Oficialidad de idiomas indígenas.	<p>“Artículo 48.- Son <i>idiomas oficiales</i> [énfasis añadido] el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son <i>el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes</i> [énfasis añadido], según la ley”.</p>
Comunidades Campesinas y Nativas	<p>“Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la <i>libre disposición</i> [énfasis añadido] de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de <i>abandono</i> [énfasis añadido] previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la <i>identidad cultural</i> [énfasis añadido] de las Comunidades Campesinas y Nativas”.</p>
Propiedad comunal	<p>“Artículo 88.- El Estado [...] Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o <i>comunal</i> [énfasis añadido] o en cualquiera otra forma asociativa [...]”.</p>
Principio del Pluralismo jurídico: Autoridades, Jurisdicción Especial, Derecho Consuetudinario.	<p>“Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas Las <i>autoridades</i> [énfasis añadido] de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las <i>funciones jurisdiccionales</i> [énfasis añadido] dentro de su <i>ámbito territorial</i> [énfasis añadido] de conformidad con el <i>derecho consuetudinario</i> [énfasis añadido], siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de <i>coordinación</i> [énfasis añadido] de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.</p>
Representación política de pueblos	<p>“Artículo 191.- [...] La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la <i>representación</i> [énfasis añadido] de género, <i>comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios</i> [énfasis añadido] en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales”.</p>

Fuente: Constitución Política del Perú, 1993.

b) Principio de Convencionalidad y Propueblos

Integración de Tratados. La Constitución, en el artículo 55, dispone que los tratados celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional. Por lo tanto, los derechos consagrados en los convenios de derechos humanos de pueblos indígenas ratificados por el Perú son vinculantes. Entre ellos, el Convenio 169 de la OIT.

Numerus Apertus. La Constitución establece que forman parte de los derechos garantizados por la misma no solo los expresamente enumerados, sino todos los derechos que forman parte de la dignidad humana y los que se fundan en los principios de la soberanía del pueblo y el Estado democrático de derecho, entre otros, lo que se denomina la “cláusula abierta de derechos” (*numerus apertus*). De este modo, la Constitución protege los derechos humanos consagrados en las distintas fuentes del derecho internacional, como las referidas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹. Estas fuentes comprenden los tratados o convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y la doctrina.

Interpretación Conforme. En cuanto a los principios de interpretación, la Constitución, en su Cuarta Disposición final y transitoria, establece que los derechos fundamentales “deben ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Cabe precisar que en la “interpretación conforme” debe considerarse no solo los tratados ratificados sino también la jurisprudencia de las cortes internacionales que interpretan dichos tratados, como lo dispone el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional y la propia jurisprudencia de la Corte IDH, que es lo que se denomina “principio de convencionalidad”²⁰.

Principio de Convencionalidad. Una vez que el Estado ha ratificado un tratado, está obligado a “cumplirlo de buena fe”, según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²¹, ratificada por el Perú el 14 de setiembre de 2000 y en vigor desde el 14 de octubre de 2000. La interpretación de “buena fe”, según el artículo 31 de la convención, comprende el sentido dado al tratado considerando su objeto, fin y “contexto”, el cual es evolutivo y progresivo. Además, el artículo 27 de esta convención establece que el Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Ello significa que si el Estado no tiene una norma de adecuación interna del tratado o tiene una norma contraria, debe aplicarse la norma convencional.

19 Ratificado por el Perú el 10 de noviembre de 2001, en vigor para el Perú desde el 1 de julio de 2002.

20 “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de setiembre de 2006, parr. 124).

21 “Artículo 26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).

Principio Propueblos. El VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional también dispone que en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos, que es lo que se denomina el principio pro homine. En la materia que nos ocupa, el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT establece lo que podemos llamar el principio propueblos, por el cual siempre se deben aplicar las normas que dan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, de cualquier rango, ya sea de otras convenciones, o incluso leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

c) Principales Instrumentos Internacionales sobre Pueblos Indígenas

Entre los principales instrumentos internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas y justicia indígena que integran el *corpus iuris* vinculante para el Perú, se encuentran los siguientes.

Tabla 4
Instrumentos internacionales específicos sobre derechos indígenas y justicia

Instrumentos internacionales específicos sobre derechos de pueblos indígenas y justicia indígena	
Instrumento	Fecha de adopción/ratificación
Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)	Ratificado por el Perú el 2 de febrero de 1994 y en vigor desde el 2 de febrero de 1995 ²²
DNUDPI ²³	Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de setiembre de 2007
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Dadpi) ²⁴	Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 14 de junio de 2016
Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia)	Aprobada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia el 4 al 6 de marzo de 2008 Resolución de Adhesión del Poder Judicial de Perú Aprobada por el Consejo Ejecutivo el 1 de agosto de 2020 ²⁵

Fuente: Elaboración propia.

Además de estos instrumentos específicos de derechos indígenas, cabe precisar que la Corte IDH ha interpretado los derechos contenidos en Convención Americana de Derechos Humanos de 1969²⁶ (ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978 y en vigor desde el 21 de enero de 1981), desde un enfoque evolutivo y colectivo, a favor de los pueblos indígenas y tribales/ afrodescendientes. Igualmente, ha integrado en su jurisprudencia sobre pueblos indígenas y afrodescendientes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²⁷ (ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978 y en vigor desde el 28 de julio de 1978), el Pacto Internacional

22 Ver OIT (1991).

23 Asamblea General de la ONU (2007).

24 Asamblea General de la OEA (2016).

25 Ver Consejo Ejecutivo de Poder Judicial (2020).

26 Ver Relación de ratificaciones en Portal de la OEA (s.f.).

27 Ver Asamblea General de la ONU (1966a).

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966²⁸ (ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978 y en vigor desde el 28 de julio 1978), el Convenio 169 y la DNUPI. Sobre la base de ello, ha desarrollado estándares de protección de los pueblos indígenas y tribales/afrodescendientes relativos al derecho a su libre determinación, personalidad jurídica, participación, consulta y consentimiento (Saramaka vs. Surinam, 2007 y 2008), propiedad territorial (Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001); gobierno propio, derechos colectivos, idioma (López vs. Honduras), costumbres o derecho consuetudinario —en materia de familia (Aloeboetoe vs. Surinam, 1993), propiedad (Awas Tingni vs. Nicaragua), consulta previa (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012)—, acceso a la justicia y respeto de los mecanismos indígenas de decisión de controversias, en armonía con los derechos humanos (Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015), etc.

d) Reconocimiento del Pluralismo Jurídico en el Perú

El Estado peruano ha reconocido el pluralismo jurídico en el artículo 149 de la Constitución. Esto es, las autoridades de comunidades y rondas, el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y según su derecho consuetudinario, y ha establecido una relación de coordinación entre la jurisdicción especial y el Poder Judicial. Esta provisión constitucional debe interpretarse de conformidad con el *corpus iuris* de pueblos, regido por los principios de convencionalidad y propueblos. Aquí las principales normas que reconocen los sistemas jurídicos de pueblos indígenas y tribales.

Tabla 5

Cuadro de principales normas que reconocen los sistemas jurídicos de pueblos

Fuente	Contenido normativo
Constitución Política del Perú (1993)	<p>Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas.</p> <p>Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>
Convenio 169 de la OIT	<p>Artículo 5. b) Deberá <i>respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones</i> [énfasis añadido] de esos pueblos.</p> <p>Artículo 8. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de <i>conservar sus costumbres e instituciones</i> [énfasis añadido] propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p>

28 Ver Asamblea General de la ONU (1966b).

Fuente	Contenido normativo
	Artículo 9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán <i>respetarse</i> [énfasis añadido] los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la <i>represión de los delitos cometidos</i> [énfasis añadido] por sus miembros.
DNUDPI	Artículo 34 Los pueblos indígenas tienen derecho a <i>promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales</i> [énfasis añadido] y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o <i>sistemas jurídicos</i> [énfasis añadido], de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Artículo 35 Los pueblos indígenas tienen derecho a <i>determinar las responsabilidades</i> [énfasis añadido] de los individuos para con sus comunidades.
Dadpi	Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a <i>promover, desarrollar y mantener</i> [énfasis añadido] sus <i>estructuras institucionales</i> [énfasis añadido] y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o <i>sistemas jurídicos</i> [énfasis añadido], de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. 2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
Reglas de Brasilia	Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas (48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente <i>estimular las formas propias de justicia</i> [énfasis añadido] en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad <i>indígena, la comunidad afrodescendiente</i> [énfasis añadido] y otras diversidades étnicas y culturales. Se propiciará la <i>armonización de los sistemas</i> [énfasis añadido] de administración de justicia estatal y los medios de administración de justicia tradicionales de las comunidades mencionadas, basadas en el <i>respeto mutuo</i> [énfasis añadido] y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Fuente: Elaboración propia.

e) Sujetos Colectivos

Comunidades Campesinas y Nativas. El artículo 149 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales, expresamente, a las autoridades de comunidades campesinas y nativas, que son formas de organización de los pueblos indígenas u originarios.

Rondas Campesinas. El artículo 149 de la Constitución menciona a las rondas campesinas como “apoyo” de las autoridades comunales. Cabe precisar que hay dos tipos de rondas campesinas: las rondas que son el órgano de justicia y seguridad de las comunidades campesinas y nativas, y dependen de sus asambleas (rondas subordinadas), y las rondas campesinas autónomas, establecidas en caseríos, fuera de las comunidades, y que tienen una vida colectiva propia, donde también ejercen funciones propias de autogobierno y justicia, entre otras

funciones colectivas. La formulación del artículo 149 dio lugar a una confusión y debate en los primeros años de la Constitución, pues una interpretación literal del artículo 149 de la Constitución consideraba a las rondas campesinas autónomas fuera del reconocimiento constitucional. A la fecha, tal debate ha sido zanjado y se asume que las rondas campesinas autónomas (que existen fuera de comunidades) también tienen reconocimiento constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales. Ello, sobre la base de lo siguiente:

- La jurisprudencia de la Corte Suprema. El 2004, el Poder Judicial emitió una primera sentencia (caso Soritor) reconociendo que las rondas campesinas autónomas ejercen funciones jurisdiccionales (Corte Suprema de Justicia, 2004).
- Los acuerdos plenarios del Poder Judicial, primero el Pleno Jurisdiccional Regional Penal del 2008 (Cortes Superiores de Amazonas, Loreto, San Martín y Ucayali, 2008)²⁹, y luego el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-106 del 5 de agosto de 2009, que esclarece que las rondas campesinas autónomas son entes colectivos, que existen por fuera de las comunidades campesinas y nativas, y que ejercen funciones jurisdiccionales³⁰.
- La interpretación teleológica del artículo 149 de la Constitución (actas) (Yrigoyen Fajardo, 2007).
- La Ley de Rondas Campesinas que, en su artículo 1 *in fine*, reconoce que los derechos de pueblos indígenas se aplican a las rondas campesinas, lo que comprende sus funciones jurisdiccionales (Ley n.º 27908, 2003)³¹.
- Principio propueblos, por el cual se aplica a las rondas la norma que le da más derechos y ventajas, sobre la base del artículo 35 del Convenio 169 de la OIT.
- Última sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que reconoce que las rondas campesinas autónomas ejercen funciones jurisdiccionales (Tribunal Constitucional, 2021)³². Esta posición recoge los argumentos de la Defensoría del Pueblo (2004).

Pueblos Indígenas y Tribales. Por la ratificación del Convenio 169 de la OIT y el *corpus iuris* de pueblos, el reconocimiento constitucional del artículo 149 no se debe entender

29 “El Pleno adoptó por MAYORÍA la posición de consenso que enuncia lo siguiente: ‘Las Comunidades Campesinas tienen funciones jurisdiccionales y son ejercidas por las rondas campesinas en función al Reglamento y al Convenio OIT 169, en el caso práctico, las Rondas Campesinas si tienen funciones jurisdiccionales para los casos en que no existan las Comunidades Campesinas o Nativas constituidas, sino que las rondas campesinas son la organización campesina, son la autoridad, rondas puras, siempre y cuando estas no violen los derechos fundamentales’” (Cortes Superiores de Amazonas, Loreto, San Martín y Ucayali, 2008, p. 11).

30 “Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes” (Yrigoyen Fajardo Fajardo, 2002, s.p.). Véase, Corte Suprema de Justicia de la República (2009).

31 Ley n.º 27908 del 2003, Ley de Rondas Campesinas.

“Artículo 1.- Personalidad jurídica [...] Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca” (Congreso del Perú, 2003).

32 “Este Tribunal considera que lo dispuesto por la Ley 27908 y su reglamento no colisiona con el artículo 149 de la Constitución. En efecto, cuando esta disposición admite la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas impartan justicia apoyándose en las rondas campesinas, no cierra la posibilidad de que estas rondas actúen independientemente [énfasis añadido] o complementando la labor realizada por aquellas. En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha señalado por ejemplo que esto puede darse “en razón de ser expresión de la institucionalidad campesina en las zonas donde ésta no se tradujo en comunidades [énfasis añadido] con uso comunal de la tierra”, por lo que en dicho supuesto sería claro que les correspondería ejercer funciones jurisdiccionales” (Tribunal Constitucional, 2021, f.j. 42).

limitado a los tres sujetos expresamente mencionados en dicho artículo (comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas), sino que comprende a todos los pueblos indígenas y tribales. Es decir, todo los pueblos originarios (Constitución Política del Perú, 1993, art. 191), ya sea que se llamen pueblos andinos, amazónicos, naciones o nacionalidades indígenas, entre otras categorías que utilicen. Además, por el Convenio 169, la Corte IDH y las Reglas de Brasilia, también se aplica este reconocimiento a los pueblos y comunidades afroperuanas.

f) Contenido Reconocido

El artículo 149 de la Constitución, interpretado de conformidad con el derecho internacional, reconoce el derecho intrínseco de los pueblos a sus sistemas jurídicos, lo que comprende sus autoridades y potestades de autogobierno; su derecho consuetudinario y su potestad de regulación, y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como sigue:

- 1) **Autoridades, Estructuras Institucionales y Funciones de Autogobierno.** El artículo 149 de la Constitución reconoce las autoridades de las comunidades y rondas; debiendo interpretarse dicho artículo según el *corpus iuris* de pueblos. Ello significa que el Estado reconoce no solo autoridades específicas de comunidades, sino también la potestad de los pueblos indígenas y tribales de darse sus propias autoridades o instituciones de autogobierno de forma autónoma (Constitución Política del Perú, 1993, art. 89), según su libre determinación (DNU DPI, 2007, art. 3 y 4; Dadpi, art. III). Contrario sensu, el Estado no puede desconocer o limitar los sistemas de autoridad y estructuras institucionales que se dan los propios pueblos, sobre la base de normas nacionales restrictivas. El derecho reconoce la potestad de los pueblos de “reforzar sus estructuras institucionales” (DNU DPI, 2007, art. 5). Así, por ejemplo, el Estado debe tener en cuenta que hay pueblos amazónicos que se han reconstituido en naciones, superando su fragmentación en comunidades nativas, como es el caso la nacionalidad achuar del Perú. Lo mismo pasa en el caso de las rondas campesinas, que ya no solo están organizadas a nivel de base sino a nivel nacional.
- 2) **Derecho Consuetudinario y Potestad de Producir Derecho.** El artículo 149 de la Constitución reconoce que la jurisdicción especial se ejerce de conformidad con el “derecho consuetudinario” de comunidades y rondas esto es, un sistema de normas y no solo costumbres aisladas. Este artículo rompe con el monismo jurídico que concebía que solo el Poder Legislativo podía dar normas de regulación de la vida social. El reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario se debe interpretar de conformidad con los instrumentos internacionales respectivos. Ello comprende el reconocimiento de capacidad normativa a los pueblos indígenas y tribales. La categoría “derecho consuetudinario”, considerando el *corpus iuris* de pueblos, no puede ser entendida desde un enfoque estático³³. El derecho internacional ya no solo reconoce el derecho de los pueblos a “conservar” o “mantener” sus instituciones, costumbres y

33 La categoría “consuetudinario” suele ser entendida en referencia a normas que vienen de mucho tiempo atrás, consideradas obligatorias por su repetición en el tiempo (*veterata consuetudo*), por lo que no comprende nuevas prácticas. Desde esta interpretación estática, algunos operadores de justicia entienden que el reconocimiento constitucional del “derecho consuetudinario” solo alude a costumbres antiguas o tradiciones, sin considerar la capacidad de los pueblos de regular situaciones nuevas. Esa interpretación ya no tiene lugar en el *corpus iuris* de pueblos.

tradiciones, sino también el derecho de “desarrollar y promover” sus normas, derecho o sistemas jurídicos (DNU DPI, 2007, art. 34, y Dadpi, art. XXII), según sus necesidades sociales, prácticas y cosmovisión (Reglas de Brasilia, 2008, Regla 79). El reconocimiento del derecho de los pueblos por el *corpus iuris* se trata del reconocimiento de la capacidad de los pueblos de regular su vida social en todos los campos de su existencia, incluyendo todo tipo de instituciones, ya sea que trate de las relaciones de familia y parentesco, acceso a bienes territoriales, derechos y deberes frente al colectivo, definición de hechos dañinos y los remedios a aplicar, sistema de autoridades, relaciones con otros pueblos, con el Estado, etc.

Este reconocimiento amplio del sistema jurídico de los pueblos, con la capacidad de producir su propio derecho, supera la política integracionista anterior que solo reconocía las instituciones o costumbres indígenas de modo limitado y sin afectar la legislación nacional. Así, por ejemplo, normas de cuño integracionista son el artículo 20 de la Ley de Comunidades Nativas que dispone la instalación de registros de estado civil dentro de tales comunidades, a cargo de un agente municipal o del jefe de la comunidad (Ley n.º 22175, 1978), y el artículo 262 del Código Civil de 1984, que establece que las autoridades indígenas pueden celebrar matrimonios, pero no según su derecho propio, sino que deben aplicar las reglas del Código Civil, para que haya un matrimonio civil válido³⁴. Estas normas que, aparentemente, reconocen las autoridades comunales indígenas y buscan integrarlas al Estado, al final, desconocen el derecho indígena propio y propenden su desaparición, al obligar a las comunidades a celebrar matrimonios según el Código Civil para que tales sean válidos e inscribibles. Ello ha quedado superado por la Constitución y el *corpus iuris* de pueblos y existe un desarrollo jurisprudencial en tal sentido, que reconoce el derecho de los pueblos a mantener su propio derecho en cuanto a uniones conyugales y familia, de acuerdo con su cultura, idioma y procedimientos propios, sin tener que ser “absorbidos por la cultura predominante”, como establece la sentencia del caso de la comunidad de Poyentimari y Eva Cárdenas (Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, 2020, f.j. 39).

Eva Cárdenas es una mujer indígena mashiguenga, adulta mayor, cuyo cónyuge, quien había trabajado como profesor indígena bilingüe, falleció. El Gobierno Regional de Loreto no quería pagarle su pensión de viudez porque ella no contaba con una partida de matrimonio civil, más había tenido una unión conyugal de 40 años, con ocho hijos, según las normas del derecho de su pueblo mashiguenga, lo cual fue esclarecido en una asamblea de la comunidad de Poyentimari y acreditado por el acta comunal respectiva. La posición del Gobierno Regional también fue compartida, inicialmente, por la judicatura, que rechazó de plano el caso, hasta que el TC dispuso que sea admitido. Finalmente, un juez constitucional emitió una nueva sentencia que quedó firme. Esta sentencia establece que el principio de la pluralidad cultural, étnica

34 “Artículo 262.- Celebración del matrimonio en comunidades campesinas y nativas.

El *matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas* [énfasis añadido], ante un *comité especial* [énfasis añadido] constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad” (Código Civil, 1984).

y jurídica reconocido en la Constitución, y leído según la jurisprudencia de la Corte Interamericana (sobre el respeto del derecho consuetudinario), comprende el derecho de los pueblos indígenas a tener su propio derecho, con sus reglas sobre familia y unión conyugal. En consecuencia, es inconstitucional que los pueblos indígenas sean obligados a asimilarse al derecho dominante, es decir, a tener que aprender castellano, conocer las normas del Código Civil, llenar las solicitudes del registro y casarse según reglas y conductas ajenas a su cultura para gozar de los beneficios que la Constitución otorga a todos los peruanos (como tener una pensión de viudez).

Sentencia del Juzgado Civ-I - Sede Tambopata. Resolución n.º 19. (26/2/2020) Caso Eva Cárdenas.

TRIGÉSIMO NOVEN-. - De acuerdo a lo decidido en la Resolución Gerencial Regional N° 161-2017-GOREMAD/GRDS cabría preguntarse: ¿De qué modo entonces los cónyuges Machiguenga podrían acceder a la pensión de viudez? El Gobierno Regional de Madre de Dios responde que deberían someterse a las normas del Código Civil respectivas **al matrimonio civil**; es decir, primero tendrían que aprender a hablar un **idioma que no es el suyo** para **conocer las normas del Código Civil** y comunicarse con las **autoridades respectivas**; luego, aprender a escribir ese idioma para llenar las **solicitudes de registro**; una vez adoptado el idioma castellano tendrían que aproximarse ante una Municipalidad presentando sus **partidas de nacimiento (si es que las tienen)**, el certificado de domicilio, el certificado de salud, presentar dos testigos, etc. Es decir, tendrían que adoptar necesariamente **reglas y conductas ajenas a su cultura**; en otras palabras, **ser absorbidos por la cultura predominante** perdiendo la originalidad de su propia cultura.

CUADRAGÉSIM-. - Esta situación de hecho, a criterio de este Juzgado, resulta **inconstitucional**, pues significa un menoscabo en la **identidad étnica y cultural** de los Machiguenga en general y de la demandante en particular. Es un proceso que los antropólogos llaman **asimilación**, por el cual las minorías abandonan sus tradiciones y valores culturales, y los sustituyen con los de la población mayoritaria²³. A este concepto se opone el de multiculturalismo, que es la visión de la diversidad cultural en un país como algo bueno y deseable, la visión multicultural alienta la práctica de las tradiciones culturales-étnicas. Y se dice que es **inconstitucional** porque la demandante no tiene la libertad de elegir si decide hacer o no suyos los valores culturales relativos al matrimonio de la cultura mayoritaria, sino que necesariamente tendrá que **adoptarlas si es que quiere gozar de los beneficios que la Constitución** otorga a todos los peruanos. [énfasis añadido]

- 3) **Funciones Jurisdiccionales.** El artículo 149 de la Constitución reconoce el ejercicio de “funciones jurisdiccionales” a las autoridades comunales y ronderas, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho consuetudinario, lo cual se debe interpretar según el *corpus iuris* de los pueblos. Ello significa el reconocimiento de la potestad de los pueblos indígenas y tribales de esclarecer problemas y valores colectivos; determinar derechos y obligaciones, y resolver cualquier tipo de conflictos respecto de cualquier persona, natural o jurídica, y respecto de cualquier materia que afecte sus bienes jurídicos o los intereses de sus miembros, aplicando su derecho. Esta provisión constitucional rompe con la tradición de monismo jurídico que solo

reconocía al Estado el monopolio de la violencia legítima, teniendo el Poder Judicial la potestad exclusiva de administrar justicia (Constitución Política del Perú, 1993, art. 139), el Ministerio Público la atribución exclusiva de la acción penal pública (Constitución Política del Perú, 1993, art. 159) y la Policía de mantener el orden público (Constitución Política del Perú, 1993, art. 166). Las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas y tribales comprenden, además de sus atribuciones intrínsecas derivadas de su propio derecho, las mismas facultades que tiene el Poder Judicial de administrar justicia, incluyendo la atribución de convocar a las partes, aun de grado o fuerza (*vocatio*), conocer todo tipo de problemas (*notio*), resolver conflictos (*iudicium*) y ejecutar las decisiones usando la coerción o fuerza legítima (*imperium*)³⁵. Este concepto de funciones jurisdiccionales, con las potestades mencionadas ha sido recogido también por el TC (Tribunal Constitucional, 2017).

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2017). Exp. n.º 02765-2014-PA/TC. Amazonas, Carmen Zelada Requelme y otros.

1. “49. Nuestra Constitución reconoce la **potestad de ejercer funciones jurisdiccionales** a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, la cual implica la facultad de aplicar su derecho consuetudinario para la resolución de conflictos. Desde nuestro tradicional punto de vista de derecho occidental, esta potestad suele implicar, por lo menos, tres atributos) *Notio*, que es la facultad referida a la competencia de conocer los asuntos que le corresponden, incluyendo funciones administrativas, citar a las partes y recaudar pruebas.

(ii) *Iudicium*, que es la capacidad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio criterio normativo o derecho consuetudinario.

(iii) *Imperio o coercio*, que es la potestad de hacer efectivas sus decisiones en caso sea necesario y que éstas tengan la calidad de cosa juzgada.”

La Constitución reconoce que las autoridades de las comunidades “pueden” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 149) ejercer funciones jurisdiccionales. Ello significa que es una potestad de los colectivos y no de los individuos. Es decir, está en manos de los pueblos decidir si intervienen o no y cómo ejercen sus funciones jurisdiccionales. El ejercicio de funciones jurisdiccionales va más allá de aplicar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a los que cualquier parte puede recurrir de forma voluntaria, respecto de bienes disponibles. En cambio, el hecho de que los pueblos tengan funciones jurisdiccionales significa que, cuando deciden ejercerlas ello se impone a los individuos. En principio, no está en los individuos aceptar o rechazar el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la autoridad. Y tampoco es optativo el acatamiento de sus decisiones, las cuales son de obligatorio cumplimiento, aún en contra del individuo. Así, por ejemplo, si un individuo no quiere someterse a la justicia, puede ser

35 La “potestad jurisdiccional [tiene como] elementos integrantes a saber: *notio*, que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (*vocatio*) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etcétera; *iudicium* que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa y, finalmente, el *imperium*, consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales” (Omega 1963, como se cita en Yrigoyen Fajardo, 2003, p. 443).

llevado de grado o fuerza, o si luego no quiere reparar un daño, la autoridad puede incautar sus bienes para tal efecto. Esta comprensión de que los pueblos tienen funciones jurisdiccionales es muy importante porque algunos operadores de justicia consideran que si un individuo no quiere ser juzgado por la jurisdicción especial y quiere ir a la justicia ordinaria (donde, eventualmente, puede tener alguna ventaja), está en su decisión cuestionar la jurisdicción especial y abrir un conflicto de competencia para escapar de la justicia indígena. Ello, no se condice con el artículo 149 de la Constitución. En el mismo sentido, no configura delito de coacciones, usurpación de funciones, secuestro ni ningún delito cuando las autoridades indígenas ejercen estas funciones, aún en contra de la voluntad de los individuos, pues es la naturaleza de la potestad jurisdiccional que, eventualmente, la misma pueda ser impuesta en contra de la voluntad de los individuos. Esta falta de entendimiento, por parte de algunos operadores de justicia, respecto de la naturaleza jurisdiccional de la actuación de autoridades comunales y ronderas es lo que da lugar a la gran cantidad de denuncias contra más de 3 mil autoridades comunales y ronderas (Secretaría General del Ministerio Público, 2021).

La consecuencia del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial es que las decisiones de la jurisdicción especial tienen el mismo valor que las decisiones de cualquier juez y deben ser acatadas por toda persona e institución como tales. En este sentido, se ha pronunciado la sentencia del caso de la comunidad de Poyentimari y Eva Cárdenas arriba mencionado (Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, 2020). En este caso, la comunidad de Poyentimari se había reunido en asamblea y había esclarecido que Eva Cárdenas había tenido una unión conyugal con Raúl Metaki, según las costumbres y el derecho mashiguenga (por 40 años, con ocho hijos), por lo que, al fallecer su cónyuge, ella tenía la condición de viuda y, en consecuencia, debía recibir todos los derechos que le corresponden según esa condición. El Gobierno Regional de Madre de Dios (Goremad) se negaba a pagar la pensión de viudez considerando que el acta comunal no tenía valor de sentencia judicial. El juez constitucional estableció, en aplicación del artículo 149 de la Constitución, falla estableciendo que el Acta comunal refleja el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la comunidad, como parte de su sistema jurídico, por lo que debe ser considerada como cualquier otra decisión jurisdiccional y acatada como tal. Es interesante que la consecuencia de ello es que, al ser una decisión jurisdiccional, no solo vincula a los individuos, sino que tiene consecuencias respecto de toda entidad pública, como es el caso del Goremad, el cual quedó obligado a pagar la pensión de viudez sobre la base de la decisión comunal.

Sentencia del Juzgado Civ-I - Sede Tambopata. Resolución n.º 19. (26/2/2020)

DÉCIMO CUARTO.- Siendo esto así, la Comunidad Nativa Poyentimari *ha resuelto, en mérito a sus atribuciones jurisdiccionales* [énfasis añadido] y en el *marco de su propio sistema jurídico* [énfasis añadido], reconocer a Eva Cárdenas Pereira como viuda de Raúl Pedro Metaki Olivera, debiendo recibir todos los derechos que le corresponden por esa condición. Es decir que la Comunidad demandante ha ejercido el poder/deber de resolver un caso concreto, lo que en el derecho occidental se conoce como *iudicium* [énfasis añadido]. Por tanto, los *poderes públicos y los ciudadanos en general tienen el deber de acatar esa decisión* [énfasis añadido], cual si fuese una sentencia de la jurisdicción ordinaria, siempre y cuando no se viole derechos fundamentales, pues ese es el único límite que impone el artículo 149°.

(...)

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.- Que por tanto, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, debe declararse la nulidad de la Resolución Gerencial Regional N° 161-2017-GOREMAD/GRDS, de fecha 04 de mayo de 2017, *ordenado al Gobierno Regional de Madre de Dios cumpla con acatar la decisión de la Asamblea* [énfasis añadido] de la Comunidad Nativa de Poyentimari del pueblo indígena Machiguenga *contenida en el "Acta comunal* [énfasis añadido] que esclarece la unión conyugal y reconoce derechos de viudez según el derecho Machiguenga" y, en consecuencia, otorgue la pensión de viudez a la demandante Eva Cárdenas Pereira.

(...)

3. ORDENANDO al Gobierno Regional de Madre de Dios *CUMPLA con ACATAR la decisión de la Asamblea de la Comunidad Nativa de Poyentimari* [énfasis añadido] del pueblo indígena Machiguenga contenida en el "Acta comunal que esclarece la unión conyugal y reconoce derechos de viudez según el derecho Machiguenga" de fecha 01 de diciembre de 2016; en consecuencia:

4. Se ORDENA al Gobierno Regional de Madre de Dios que EXPIDA nueva resolución administrativa, *disponiendo se OTORGUE la PENSIÓN DE VIUDEZ* [énfasis añadido] a favor de EVA CÁRDENAS PEREIRA, con *abono de las pensiones DEVENGADAS* [énfasis añadido] a partir del 11 de enero de 2016".

g) **Ámbito Territorial de la Jurisdicción Especial**

La Constitución establece que las autoridades colectivas ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, el cual comprende todo el hábitat que utilizan u ocupan los pueblos indígenas (1993, art. 149). En el caso de las comunidades campesinas y nativas, es el territorio que poseen u ocupan, ya sea titulado en propiedad o no. En el caso de las rondas campesinas, cada ronda de base tiene un ámbito de actuación, ya sea dentro de una comunidad o de un caserío o centro poblado. Además, la estructura institucional de las rondas campesinas comprende niveles superiores de articulación en los que ejerce sus funciones jurisdiccionales de forma coordinada, a nivel distrital, provincial, regional y nacional, siendo la estructura nacional la Cunarc-P³⁶. En el caso de los pueblos o naciones indígenas, ejercen sus funciones jurisdiccionales dentro de todo el territorio que ocupan, el cual comprende un

36 Dada esta presencia nacional, la Cunarc-P está incorporada en la Base de Datos de Pueblos Indígenas como organización nacional representativa de pueblos originarios.

conjunto de comunidades, aunque no tengan título de propiedad de todo el territorio que ocupan (lo cual es una omisión del Estado). Así, por ejemplo, la Fenap ejerce sus funciones jurisdiccionales dentro del ámbito de todo su hábitat. Aquí los fundamentos:

- El artículo 13 del Convenio 169 de la OIT reconoce que el territorio de los pueblos indígenas es el espacio que “ocupan o utilizan de alguna manera” y que comprende “todo su hábitat”(OIT, 1989, art. 13) esté titulado o no.
- El TC ha interpretado la categoría “tierras” del artículo 89 de la Constitución de conformidad con el Convenio 169 de la OIT que utiliza el concepto de “territorio”, el cual comprende el concepto de autogobierno y autonomía³⁷.
- El Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia del Poder Judicial también recoge este concepto de ámbito territorial, que comprende “todo el hábitat” de las comunidades y rondas.

Fuera de su territorio, la jurisdicción indígena solo tiene competencia para el control de sus miembros, con base en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT.

h) Competencia Personal de la Jurisdicción Especial

El artículo 149 de la Constitución establece la competencia de la jurisdicción especial dentro de su ámbito territorial, sin límite alguno respecto de la persona, por lo que comprende toda persona que se encuentre dentro de dicho ámbito territorial sea miembro o no del pueblo indígena en cuestión. El fundamento de ello es que los pueblos tienen derecho a controlar sus instituciones, territorio, forma de vida y desarrollo, y cualquier persona que entre en su territorio puede impactar en sus bienes jurídicos, por lo que los pueblos pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales respecto de cualquier persona natural o jurídica, organización social o empresa. Aquí los fundamentos:

- Miembros, terceros y organizaciones. El artículo 7 de la Ley n.º 27908, Ley de Rondas Campesinas (2003), establece como ámbito de actuación de las rondas campesinas tanto respecto de los miembros de la comunidad y organizaciones de su jurisdicción, como respecto de terceros, en tanto los hechos se hayan suscitado dentro del ámbito territorial de la ronda (Ley n.º 27908, 2003).
- Miembros y externos. El acuerdo plenario del Poder Judicial (1-2009) también considera que la competencia de las rondas campesinas alcanza no solo a sus miembros sino a terceros o externos que, ingresando a su ámbito territorial, puedan afectar bienes comunales o de sus miembros (Corte Suprema de Justicia, 2009, párr. 10, C).
- Terceros. También hay jurisprudencia de la Corte Suprema del Poder Judicial (CS del PJ) que ha reconocido esta amplia competencia de la jurisdicción especial respecto

37 “Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de ‘territorio’ de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término ‘tierras’ debe incluir el concepto de ‘territorios’. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas” (Tribunal Constitucional, 2012a, f.j. 22).

- de terceros, pues las rondas campesinas, comunidades y pueblos buscan proteger sus bienes jurídicos afectados por cualquier persona, propios y extraños. Así, en el caso mencionado de Soritor-Moyobamba, las rondas campesinas juzgaron a una banda conformada por personas externas a las comunidades y rondas de la zona, y la Fiscalía denunció a las autoridades ronderas por secuestro y la Corte Superior les condenó. La CS casó dicha sentencia declarando su nulidad de la misma, motivando la misma en que las rondas campesinas habían aplicado el artículo 149 de la Constitución.
- Terceros y empresas. En el caso de la comunidad nativa Tres Islas, se establece el estándar de que el ejercicio de la jurisdicción especial puede darse respecto de terceros, no solo personas naturales sino también de empresas. En dicho caso, la comunidad era afectada por el ingreso de mineros informales y dos empresas de transporte (Los Mineros y Los Pioneros) que llevaban mineros a su territorio. La comunidad tomó la decisión de impedir el ingreso de dichos terceros para proteger su territorio de la destrucción de su hábitat, contaminación, instalación de prostíbulos, etc. Sin embargo, un juez constitucional consideró que la comunidad no tenía atribución para impedir el paso de las empresas de transporte y otros terceros, por lo que le ordenó dejar ingresar a todo peruano dentro de su territorio, y dispuso que el Ministerio Público abriera proceso penal contra la presidenta de la comunidad, por extorsión, y así fue. Cuando la presidenta y toda la junta directiva comunal enfrentaba seis años de prisión, la comunidad presentó una excepción de improcedencia de la acción que fue denegada en todas sus instancias hasta que llegó en queja a hasta la CS, la cual la admitió (Yrigoyen Fajardo, 2013). En vía de casación, la CS del PJ estimó que, si bien la comunidad había impedido el ingreso de terceros (los mineros y las empresas de transporte mencionadas), ello no configuraba delito de obstaculización de las vías de comunicación (Código Penal, 1991, extorsión, art. 200), sino que era parte del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales reconocidas en el artículo 149 de la Constitución (CS del PJ, 2010).

i) Competencia Material de la Jurisdicción Especial

El artículo 149 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos dentro de su ámbito territorial, según su derecho propio, sin límite de materia. De este modo, la Constitución reconoce que los pueblos pueden resolver todo tipo de problemas o conflictos, lo que el derecho ordinario llama derecho civil, penal, ambiental, laboral, etc. La falta de limitación de la materia por la Constitución y demás instrumentos internacionales no es una omisión que deba ser suplida ni por el legislador ni por los operadores de justicia, sino que es una opción de la Constitución y del derecho internacional que da libertad a los pueblos de regular y aplicar su derecho en diferentes campos de la vida social. Se trata del respeto al derecho de los pueblos de controlar sus instituciones, forma de vida y desarrollo. Cada pueblo tiene su propia cosmovisión y su sistema clasificatorio de instituciones, bienes jurídicos y problemas. El Estado no puede imponer a los pueblos su taxonomía jurídica, que sería volver a la era del monismo jurídico o del reconocimiento restringido, de cuño colonial o integracionista.

Con este reconocimiento de la jurisdicción especial sin límite de materia, la Constitución ha superado la política integracionista, que tenía como supuesto que los indígenas eran incapaces y que no podían resolver casos graves, complejos o casos de mayor cuantía, sino solo las

faltas y los de libre disposición de las partes, que dependían de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley de Comunidades Nativas de 1978, establece que tales comunidades solo pueden resolver conflictos de “faltas”, pero no delitos, y controversias de naturaleza civil de “mínima cuantía”, pero no las de mayor cuantía (Ley n.º 22175) (Congreso del Perú, 1978). Tales normas limitativas ya no son aplicables por el bloque de constitucionalidad³⁸. De hecho, ya existe una jurisprudencia relevante donde las rondas, por ejemplo, aplican su sistema en casos de homicidio (como el citado caso Soritor), lesiones, robo abigeato, donde las comunidades nativas impiden la realización de actividades mineras contaminantes en su territorio (como en el citado caso de la comunidad nativa Tres Islas), donde resuelven conflictos de tierras o esclarecen situaciones de familia (como el caso de la comunidad Poyentimari y Eva Cárdenas), filiación, alimentos, entre otros.

De forma expresa, el Código Procesal Penal (2004), como norma de desarrollo constitucional del artículo 149 de la Constitución, establece que la jurisdicción penal ordinaria carece de competencia para intervenir dentro del ámbito territorial de los pueblos, dado que ello es competencia de la jurisdicción especial.

Artículo 18 - Límites de la jurisdicción penal ordinaria

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer [énfasis añadido]:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. *De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución* [énfasis añadido]. (Código Procesal Penal, 2004)

Esta norma es vinculante y debe acatada por todos los operadores de justicia. Cuando la jurisdicción especial interviene respecto de hechos punibles dentro de su ámbito territorial, no le compete intervenir a la jurisdicción penal ordinaria, pues estaría generando un doble juzgamiento para la misma situación y estaría usurpando las funciones de la jurisdicción especial.

j) Respeto de los Derechos Fundamentales de la Persona y Coordinación

El artículo 149 de la Constitución (1993) reconoce las funciones jurisdiccionales “siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. En el mismo sentido, el derecho internacional reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas “de conformidad con los derechos humanos” (DNU DPI, 2007, art. 34; Dadpi, art. XXII; Reglas de Brasilia, 2008, Regla 48). Es claro que todo sistema jurídico supone el uso de mecanismos de coacción (para imponer reglas), incluyendo el uso de la coerción (uso de la violencia legítima). Y, en tal sentido, todo sistema jurídico requiere de controles para evitar el uso arbitrario o ilegítimo del poder. Siendo esto así, es necesario distinguir entre el uso legítimo de la violencia y las restricciones legítimas a los derechos de las violaciones a los derechos de la persona.

Definición Dialógica. Antes de problematizar la definición de los derechos de la persona o los derechos humanos, cuyo contenido es dinámico, cabe precisar que el *corpus iuris* de los pueblos no limita los sistemas jurídicos indígenas a cumplir toda la Constitución y las leyes,

38 “El *parámetro de control o bloque de constitucionalidad* [énfasis añadido] son las normas que sirven para determinar si una norma con rango de ley es constitucionalmente válida. Por ello está constituido por la Constitución, los tratados de derechos humanos y algunas normas de rango legal que desarrollan el contenido de los derechos y principios constitucionales” (Landa Arroyo, 2018, p. 177).

sino solo los derechos humanos. Por lo tanto, los operadores de justicia no pueden exigir a los sistemas jurídicos de los pueblos adecuarse a las leyes. Y, en cuanto a la definición de los derechos humanos, cabe señalar que la misma tiene un carácter dinámico, en la medida que es contextual y en constante desarrollo, debido a que incluso dentro de una misma sociedad o cultura puede haber posiciones diversas según el género o el grupo generacional. En contextos de pluralidad cultural y jurídica, donde el Estado reconoce como valor constitucional la diversidad, la definición de los derechos humanos se debe hacer en el marco de un diálogo intercultural. En este sentido, el TC reconoce que la definición de los derechos fundamentales de la persona es dinámico, inacabado y se debe construir de forma dialógica en un contexto plural, para evitar la imposición cultural³⁹.

Resolución Interna. En caso de que hubiera una presunta vulneración de los derechos de la persona por parte de la jurisdicción especial, ello debería tratar de ser resuelto, en primer lugar, dentro de las propias estructuras institucionales de los sistemas jurídicos indígenas. De ese modo, los propios sistemas podrían ejercer control respecto de sus miembros que cumplan alguna función de autoridad, en caso de que se haya tratado de una actuación abusiva o arbitraria, incluso si ello configurase un hecho considerado punible. El control interno por los propios sistemas jurídicos indígenas aseguraría una mayor efectividad que tratar de llevar el caso a sistemas externos. De hecho, el artículo 9,1 del Convenio 169 establece que el Estado debe respetar los métodos de control y represión de delitos de sus miembros. Igualmente, el artículo 35 de la DNUDPI establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades” (2007) y el artículo 18, inciso 3 del Código Procesal Penal dispone que la jurisdicción penal ordinaria no es competente respecto de los hechos punibles suscitados dentro del ámbito territorial de la jurisdicción especial prevista en el artículo 149 de la Constitución.

Participación. En caso de que las estructuras institucionales de los propios sistemas jurídicos de los pueblos no puedan atender reclamaciones sobre presuntas vulneraciones de derechos de la persona y persistiese una incompatibilidad entre el derecho indígena y los derechos humanos, ello debe ser resuelto de forma coordinada. Así, el artículo 8,2 del Convenio 169 de la OIT establece que “deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (1989). Estos procedimientos para solucionar presuntos conflictos entre derechos humanos y derecho indígena requieren de una acción coordinada entre los pueblos y las entidades del Estado, según el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT. En el mismo sentido, la Dadpi, en su artículo XXXIV, establece que “en caso de

39 “Señalado esto, es necesario expresar asimismo que, conforme lo prescribe el artículo 149 de la Constitución, el límite impuesto a la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas es el respeto a los derechos fundamentales. Sobre esta exigencia constitucional, considera el Tribunal que es necesario realizar una precisión en torno al significado o la forma en la que deben entenderse los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción comunal, con el objeto de *eliminar cualquier sospecha de imposición cultural* [énfasis añadido] hacia las diferentes comunidades campesinas y nativas, las cuales están facultadas a resolver sus conflictos intersubjetivos aplicando el Derecho consuetudinario [...]

27. Y es que solo una Constitución consciente de que la diversidad como hecho forma parte de la realidad social que ordena, garantiza la promoción de una concepción de los derechos fundamentales como acuerdos iniciales y no acabados, receptivos de distintas pretensiones de moralidad para incorporarlas a su contenido normativo. Y esto es posible porque en un Estado constitucional, promotor de una Constitución viviente (cfr. STC 00048-2004-AI/TC, fundamento 10), no hay cabida para atribuirle un sentido absoluto y, sobre todo, estático a los derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional, 2021, f.j. 25 y 27).

conflictos y controversias con los pueblos indígenas, los Estados proveerán, con la participación plena y efectiva de dichos pueblos” (2016).

Proscripción de Subordinación o Violencia. El artículo 149 de la Constitución establece que debe haber una “coordinación” entre la jurisdicción especial y las demás instancias del Poder Judicial. En ningún caso el diseño constitucional plantea una “subordinación” o una supervisión de la jurisdicción indígena por la jurisdicción ordinaria y, menos, que el Estado pueda usar una vía punitiva para el disciplinamiento de la jurisdicción indígena o la conformación de la misma a los valores de los derechos humanos. El *corpus iuris* de pueblos establece el “mutuo respeto” de los sistemas jurídicos, lo que presupone que cada sistema tiene un concepto de derechos y que es posible construir un concepto común con base en la participación y el diálogo intercultural, pero no sobre la base de la violencia. El *corpus iuris* de pueblos prohíbe el uso de la violencia para integrar de modo forzoso a los sistemas indígenas dentro de la cultura dominante. Así, el artículo 3 del Convenio 169 de la OIT prohíbe a los Estados emplear alguna “forma de fuerza o de coerción” que viole los derechos de los pueblos. De igual forma, el artículo 8, inciso 1 de la DNUDPI (2007) establece el derecho de los pueblos a no ser sometidos a ninguna forma de “asimilación forzada” e, incluso, en el artículo 8, inciso 2, (d) dispone que los Estados deben prevenir y resarcir “toda forma de asimilación o integración forzada”.

Como, a pesar de estas normas, las autoridades de las rondas campesinas y las comunidades seguían siendo criminalizadas, tales organizaciones impulsaron, entre otras medidas, una Ley de Amnistía para el cese de la represión, la cual fue aprobada por el Congreso cuando empezó la democracia, al terminar el gobierno de la dictadura de Fujimori. Así, el 2001, se dio la Ley n.º 27599, “Ley que concede amnistía a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales que vienen siendo procesados por tenencia ilegal de armas y secuestro”. Lo interesante de esta ley es que la amnistía no presupone que dichas autoridades o miembros de las comunidades o rondas han cometido delitos, sino que es “por cualquier hecho o delito vinculado con sus labores comunales” por los que estén siendo procesados o hayan sido condenados. Sobre la base de esta norma, que está plenamente vigente, los operadores de justicia tienen el deber de cesar la criminalización de inmediato, archivar el caso y ordenar la inmediata libertad de las personas criminalizadas. Esta ley alcanza para la mayor parte de tipos penales por los que las autoridades de la jurisdicción especial son perseguidas (y excluye supuestos de delitos contra la humanidad, tortura con lesiones graves, secuestro seguido de desaparición, terrorismo, narcotráfico, delitos contra la libertad sexual).

Ley n.º 27599 de 2001. Ley que concede amnistía a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales que vienen siendo procesados por tenencia ilegal de armas y secuestro

Artículo 1.- Objeto de la ley

Concédese amnistía general a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales reconocidas en la Ley n.º 24571, que se encuentren procesados por la tenencia ilegal de armas y secuestro, siempre y cuando este último hecho no esté signado de desaparición o tortura de los afectados.

La amnistía alcanza a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales que **por cualquier hecho o delito vinculado con sus labores comunales vienen siendo procesados** y/o hayan sido condenados después del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992.

Artículo 2.- Aplicación jurisdiccional de la ley

Las autoridades correspondientes, en el mismo acto del archivamiento dispondrán la inmediata libertad de todos aquellos a quienes se refiere la presente Ley que estuviesen recluidos, inclusive a aquellos con sentencia condenatoria ejecutada o en ejecución.

En ambos casos se dispondrá igualmente la anulación de los antecedentes policiales y judiciales de las personas beneficiarias de la presente Ley.

(...).

Maximización Participativa de Derechos Humanos. En síntesis, el *corpus iuris* de los pueblos que existe actualmente presupone, por un lado, que todo pueblo tiene dignidad y derechos, y su propio concepto de derechos humanos, que los pueblos indígenas no son salvajes, primitivos o carentes de un concepto propio de dignidad humana. De otro lado, que no hay autorización del derecho internacional de los derechos humanos para usar la violencia punitiva ni de ningún otro tipo contra los pueblos indígenas para obligarlos a conformarse a los derechos humanos. El uso de la violencia para la integración forzosa sería, en sí misma, una forma de violación de los derechos humanos, proscrita por el derecho internacional. Por lo tanto, en caso de presunta vulneración de derechos humanos por los sistemas jurídicos indígenas solo cabe establecer mecanismos de coordinación, con la participación de los pueblos donde, sobre la base del diálogo intercultural, se pueda construir conceptos consensuados y resolver casos para maximizar los derechos colectivos e individuales.

IV. Nudos Problemáticos

No obstante que el reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas forma parte del *corpus iuris* vinculante para el Estado peruano, todavía persiste una cultura jurídica que niega o minoriza los pueblos indígenas, sus derechos territoriales, autonomía, autoridad y funciones jurisdiccionales, desde un enfoque de monismo jurídico, o desde un enfoque de subordinación de cuño colonial o integracionista, bajo un presupuesto de inferioridad indígena. Aquí siguen algunos ejemplos de esa negación de derechos, que es abiertamente inconstitucional y que debe ser superada.

1. *Balance Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

A nivel de la jurisprudencia del TC, hay un par de sentencias emblemáticas que garantizan los derechos indígenas de acuerdo con los estándares internacionales. Una es del caso de la comunidad nativa Tres Islas (Expediente n.º 1126-2011-HC/TC), que garantiza los derechos de pueblos indígenas a su autonomía y propiedad territorial sobre la base del Convenio 169 y, “en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]” (Tribunal Constitucional del Perú, 2012a, f.j. 23)⁴⁰. La otra es del caso de una mujer indígena quechuahablante, María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, que declara que el incumplimiento de los derechos lingüísticos configura un “estado de cosas inconstitucional” y obliga a cumplirlos a las entidades públicas y privadas (Tribunal Constitucional, 2018). Lamentablemente, en materia de pluralismo jurídico, más allá de algunas sentencias decididas a nivel local (como la sentencia de la comunidad de Poyentimari y Eva Cárdenas), no hay ninguna sentencia del TC que haya desarrollado el artículo 149 desde un enfoque de pluralismo igualitario, como sí encontramos en el derecho constitucional comparado. Por el contrario, en esta materia, las sentencias del TC son, —diríamos— contradictorias, con una parte decisoria de corte restrictivo, pues buscan limitar los alcances de la jurisdicción especial mucho más allá del texto constitucional y de los estándares internacionales, así como subordinar los sistemas jurídicos de los pueblos a los criterios de debido proceso ordinario y al control por la jurisdicción ordinaria penal. Peor aún, las últimas sentencias del TC sobre materia indígena son totalmente regresivas al negar incluso la vinculatoriedad del Convenio 169 de la OIT. Aquí algunos ejemplos.

a) **Sobre la Negación de la Vinculatoriedad del Convenio 169 de la OIT y los Tratados de Derechos Humanos**

El TC, contra su propia línea jurisprudencial⁴¹, y sin motivación debida, ha mostrado una regresión en materia de derechos de pueblos indígenas en sus dos últimas sentencias sobre derechos indígenas en las que los pueblos demandaban el amparo de los derechos de consulta previa y territorio, entre otros, exigiendo la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional. Así, el TC denegó la tutela de los derechos demandados en los casos del pueblo achuar del Pastaza, representado por la Fenap⁴², y de las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará⁴³. La denegatoria del TC se basa en la alegación de

40 Esta sentencia fue seguida por otra decidida en la Corte de Madre de Dios que aplica el principio de convencionalidad y declara la nulidad de todas las concesiones mineras, derechos de agua y adjudicación de predios agrícolas y todo acto administrativo que da autorizaciones a terceros en el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas sin consulta previa. En ese caso, el juez constitucional aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana que declara la consulta previa como un principio de derecho (Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, 2019).

41 Desde el 2010, de forma constante, el afirmaba que el Convenio 169 de la OIT era vinculante, parte del bloque de constitucionalidad, y también, desde el 2012 se basaba en la DNUDPI (Yrigoyen Fajardo Fajardo, 2013).

42 La Fenap demandó que el TC interprete los derechos a la personalidad jurídica, autonomía y propiedad de tierras previsto en el artículo 89 para comunidades campesinas y nativas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, a fin de garantizar su personalidad jurídica como pueblo o nación indígenas (y su inscripción como tal en los Registros Públicos), su derecho a la consulta previa, y su derecho a la titulación de la propiedad de su territorio como pueblo (Tribunal Constitucional, 2021a).

43 Las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila (Pucará) también demandaron por su derecho a la consulta previa, consagrado en el Convenio 169 de la OIT, violado cuando el Estado entregó concesiones de forma inconsulta (Tribunal Constitucional, 2022).

que los derechos de los “pueblos indígenas”, como la “consulta previa”, no están consagrados de “forma tácita o expresa” en la Constitución, sino que emanan del Convenio 169, “el cual no les otorga el carácter de derecho fundamental” y que el Convenio 169 de la OIT “no tiene rango constitucional”, por lo que tales derechos no merecen tutela constitucional⁴⁴.

Estas sentencias del TC van, abiertamente, contra provisiones constitucionales expresas que establecen que los tratados ratificados forman parte del derecho nacional (art. 55), y que los derechos fundamentales se deben interpretar de conformidad con los tratados y acuerdos de derechos humanos (cuarta disposición final transitoria). E, incluso, si los derechos demandados provinieran de otras fuentes, tales cuentan con protección constitucional por la cláusula abierta de derechos (Constitución Política del Perú, 1993, art. 3), considerando que la defensa de la persona es el fin supremo del Estado (1993, art. 1). Además, esas sentencias desconocen la disposición del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) que obliga al TC a interpretar los derechos constitucionales “de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (2021, art. VIII). Y, en efecto, los derechos de pueblos indígenas y tribales no solo están consagrados en el Convenio 169 de la OIT, sino que, además, han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH en varias sentencias (*Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001; *Saramaka vs. Surinam*, 2007, 2008; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 2012, entre otras), la cual es vinculante para el Perú. El Perú ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1978, y en 1982 se sometió a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que si un Estado ratifica un tratado debe cumplirlo de buena fe y no puede excusar su incumplimiento en sus disposiciones de su derecho interno (1969, arts. 26 y 27).

Un “argumento” para negar los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT, que expresa un voto singular, es que el Convenio no habría sido ratificado “conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional”⁴⁵. Ello ignora que la aprobación de la ratificación de dicho convenio fue hecha por el CCD con sus funciones de Congreso y Congreso Constituyente (art. 2 del Reglamento del CCD), es decir, con la misma atribución que el CCD tenía para elaborar la Constitución. Cabe recordar, además, que esta alegación, por la que el TC negó la vigencia del Convenio hasta el 2007, ya fue superada por la jurisprudencia posterior del propio TC, que venía reconociendo la exigibilidad del Convenio 169 de la OIT

44 “Sin embargo, el derecho a la consulta previa *no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita* [énfasis añadido], por lo que *no cabe reclamar respecto de él tutela* [énfasis añadido] a través del proceso de amparo, ya que *no es un derecho fundamental* [énfasis añadido].

4. En todo caso, el derecho a la consulta previa *emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental* [énfasis añadido], por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y *menos que tenga rango constitucional* [énfasis añadido]” (Magistrado Ponente Blume Fortini, Tribunal Constitucional, 2022, f.j. 3 y 4).

45 “El derecho a la *consulta previa tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución* [énfasis añadido], ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos *tribales e indígenas* [énfasis añadido] a los que se refiere el Convenio 169, en cambio, *es independiente del orden jurídico* [énfasis añadido] [...] este convenio fue *aprobado por el Perú* [énfasis añadido] el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución. Esta entró en vigor recién el 31 de diciembre de 1993. Para que el Convenio 169 de la OIT *hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución* [énfasis añadido], su aprobación *tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional* [énfasis añadido]. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera” (Voto Singular del Magistrado Sardón de Taboada, Tribunal Constitucional, 2019, f.j. 3).

en los últimos 15 años⁴⁶. El retroceso que hace el TC en estas sentencias, al negar la protección de los derechos de pueblos indígenas, viola la prohibición de no-regresividad y el principio de irreversibilidad de derechos del derecho internacional de los derechos humanos (Rossi, 2006). Además, el TC desconoce que, al margen de la jerarquía que tengan los tratados o normas que reconocen derechos, siempre priman las normas que otorgan más derechos a los pueblos indígenas, sin importar la jerarquía que tengan, por el principio propueblos (*pro homine*), según consagra el NCPC (2021, art. VIII).

b) Sobre la Presunción de que los Sistemas Jurídicos Indígenas Violan los Derechos de las Mujeres, Niñas, Niños y Personas Vulnerables

Una traba a superar es que el TC considera que el Estado, ya sea el legislador o la judicatura, tienen la potestad de limitar las materias de conocimiento de la jurisdicción especial, cuando no hay ninguna autorización para ello en el artículo 149 de la Constitución. El único límite que establece la Constitución al ejercicio de la jurisdicción especial es no violar los derechos de la persona. El TC se justifica en ello para limitar las competencias de la jurisdicción especial, con base en el supuesto de que la jurisdicción indígena violará, de todos modos, los derechos humanos si conoce delitos que involucran derechos fundamentales. Así, para el TC, la jurisdicción especial no puede conocer “ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos” (Tribunal Constitucional, 2013). Entre los delitos que el TC excluye de conocimiento de la jurisdicción especial están los que puedan lesionar derechos como “la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros”, así como los que “puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc. (Tribunal Constitucional, 2013)”⁴⁷. Esta sentencia, en la práctica, vacía la jurisdicción especial, sobre un presupuesto que conceptualiza a los pueblos indígenas como violadores de derechos humanos de personas vulnerables, concepto contrario a la valoración de la pluralidad étnica, cultural y jurídica que hace la Constitución y el *corpus iuris* de los pueblos, por lo que resulta claramente inconstitucional.

46 Véase un análisis del desarrollo jurisprudencial del TC respecto del Convenio 169 de la OIT: la etapa de negación de la vigencia del Convenio, con la sentencia Exp. 0033-2005-PI/TC del 14/3/2007 (f.j. 4. a); la apertura al reconocimiento del Convenio 169 como parte del “bloque de Constitucionalidad” con la sentencia exp. 003343-2007-PA/TC del 19/2/2009; la limitación de su vigencia temporal con la sentencia Exp. 06316-2008-PA/TC del 24/8/2010; la que revierte dicha limitación con el Exp. 0025-2009-PA/TC del 17/2/2012, confirmando la efectiva vinculatoriedad del Convenio 169 de la OIT. Le sigue la sentencia Exp. 1126-2011-HC/TC del 11/9/2012 (Comunidad Nativa Tres Islas) que interpreta los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y funda los derechos de los pueblos, “en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]” (Tribunal Constitucional del Perú, 2012a, f.j. 23) (Yrigoyen Fajardo Fajardo, 2013).

47 “En el escenario descrito, queda claro que, por ejemplo, *no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos* [énfasis añadido] *que recaigan sobre derechos fundamentales* [énfasis añadido] como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos [énfasis añadido], etc.” (Tribunal Constitucional, 2016, f.j. 35).

Incluso en el caso de presuntas graves violaciones a los derechos de la persona por los sistemas jurídicos indígenas, el TC no puede excusarse en ello para, en la práctica, anular la jurisdicción especial como pretende esta sentencia, que resulta totalmente regresiva. Esta sentencia pretende excluir de la jurisdicción indígena, en materia de hechos punibles, a más de la mitad de la población, al excluir a los niños, adolescentes, mujeres embarazadas, ancianos y personas vulnerables, así como hechos que ven todos los días en la jurisdicción especial (como los que afectan la vida, integridad, salud, etc.). Ya hemos sustentado que, en el supuesto de presuntas violaciones de derechos humanos por parte de la jurisdicción especial, el *corpus iuris* de pueblos dispone que deben establecerse procedimientos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria para resolver tales casos con base en un diálogo intercultural. De ese modo, se dará una solución permanente y se evitará la imposición y la violencia por parte del Estado hacia los pueblos indígenas.

c) Sobre la Negación del Debido Proceso Indígena y Exigencia de Cumplimiento del Debido Proceso Ordinario

Un problema serio que se ha presentado en varias sentencias del TC es el desconocimiento absoluto del pluralismo jurídico y del propio debido proceso que tiene cada sistema jurídico de los pueblos indígenas, según su propio derecho consuetudinario, idiomas, prácticas propias y cosmovisión. De forma contradictoria con afirmaciones del mismo TC que señalan que el debido proceso indígena no tiene por qué sujetarse a las mismas reglas de la justicia ordinaria⁴⁸, el TC exige a todos sistemas jurídicos indígenas que cumplan el mismo concepto de “debido proceso y tutela jurisdiccional” (Tribunal Constitucional, 2006) de la justicia ordinaria⁴⁹, sobre todo en lo que respecta al derecho a la defensa, que considera “mínimos indelegables” (Tribunal Constitucional, 2017, f.j. 83)⁵⁰.

El celo del TC para imponer los criterios del debido proceso occidental a la jurisdicción indígena ha ido, inclusive, más allá de los derechos demandados. Así, en el caso Zelada Requelme, el TC falló que la jurisdicción especial violó el derecho de defensa, central al debido proceso, actuando de forma *extra petita*. En este caso, los demandantes, que habían sido expulsados de la comunidad de Montevideo a raíz de una sanción comunal por reiterado abigeato, solicitaron que el TC deje sin efecto dicha decisión de la jurisdicción especial,

48 “De similar forma, este supremo intérprete de la norma fundamental ha establecido que, en el caso de actuaciones desarrolladas por órganos de justicia comunal, también existe un derecho al debido proceso [énfasis añadido], pero sus alcances específicos *no tienen que ser necesariamente los mismos que los existentes en el fuero judicial* [énfasis añadido] [cfr. STC 02765-2014-PA, fundamento 76]” (Tribunal Constitucional, 2021b, f.j. 13).

49 “En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el *debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional* [énfasis añadido] (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)” (Tribunal Constitucional, 2006, f.j. 43).

50 “Sobre ello, el Tribunal ha precisado [STC N° 00023-2005-AI/TC, fundamento 43] que el derecho fundamental al *debido proceso es exigible a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional* [énfasis añadido] [...] Siendo esto así, nada impide que este derecho se extienda, al menos a través de ciertas garantías mínimas, a la jurisdicción comunal, pues, como las anteriores, es también una jurisdicción que existe y está reconocida constitucionalmente. El ámbito de la jurisdicción comunal, como se señaló anteriormente, debe analizarse desde una perspectiva intercultural, y debe suponer, según lo establece la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra, claro está, el *debido proceso* [énfasis añadido]” (Tribunal Constitucional, 2017, f.j. 77).

alegando que la sanción de expulsión no se encontraba en la Ley General de Comunidades Campesinas (Tribunal Constitucional, 2017)⁵¹. El TC no resolvió ese punto en la sentencia y, si lo hubiera hecho conforme a la Constitución, tendría que haber dado la razón a la comunidad de Montevideo, como habían hecho las instancias anteriores. Ello, en la medida que el artículo 149 de la Constitución no exige que la jurisdicción especial actúe de conformidad con la Ley de Comunidades u otras leyes, sino solo de acuerdo a su propio derecho consuetudinario. El TC no atendió dicho asunto y, sin elementos empíricos entró, supuestamente, a velar por el cumplimiento del debido proceso por la jurisdicción especial. Solo sobre la base de una lectura del acta escrita de la comunidad (como si ella tuviera la obligación de contener todo lo actuado), el TC asumió que la comunidad no había garantizado el derecho de defensa, al señalar que no se había consignado “los descargos” en el Acta (f.j. 80). En consecuencia, dejando sin efecto el proceso comunal llevado a cabo, ordenó que la comunidad hiciera un nuevo proceso donde la jurisdicción especial debía cumplir con los contenidos del “debido proceso” aplicables a todo órgano jurisdiccional del Estado. Contradictoriamente, el TC no le permitió defenderse a la comunidad de dicho nuevo cargo (no haber garantizado el derecho de defensa en el proceso comunal) antes de emitir la sentencia.

En otras sentencias, de igual forma, el TC exige a la jurisdicción indígena cumplir con el derecho de defensa desde el modelo del derecho positivo, lo que comprende la exigencia de “notificaciones escritas” (2012b, f.j. 6, f)⁵², la “tipificación de conductas en estatutos o normas escritas”⁵³ (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 6) la “imputación” escrita de “cargos concretos”, “acusación puntual”, “asesoría de un letrado”, plazos de ley, entre otros “contenidos mínimos” de un debido proceso que responde a procedimientos escritos y formales (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 4)⁵⁴. Al no encontrar tales elementos en los procesos indígenas ni hacer ningún esfuerzo por entender cómo funciona el debido proceso en los sistemas indígenas, el TC dejó sin efecto decisiones tomadas por la jurisdicción especial, como la expulsión de miembros que habían cometido hechos graves (como reiterado abigeato) o exautoridades

51 “Sostienen que las decisiones tomadas por la Asamblea General de la Comunidad Campesina de Montevideo, consistentes en su expulsión del distrito y la reversión de sus terrenos a la comunidad, son *arbitrarias debido a que las disposiciones aplicables, tales como la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24656, o el Decreto Supremo 008-91-TR, no disponen ese tipo de sanción* [énfasis añadido]” (Tribunal Constitucional, 2017, antecedentes).

52 “La entidad emplazada no ha acreditado que haya *notificado previamente a los demandantes* [énfasis añadido] de las acusaciones existentes en su contra, así como tampoco que les haya *otorgado un plazo* [énfasis añadido] a fin de que estos puedan presentar sus respectivos descargos” (Tribunal Constitucional, 2012b, f.j. 6, f).

53 “6. Ahora bien, con respecto a las *garantías mínimas exigibles* [énfasis añadido] en los procesos llevados a cabo en la jurisdicción comunal, es preciso señalar que, por lo complejo y controvertido del asunto, estas no deben ser tratadas como garantías meramente formales o procedimentales. Así estas *deben incluir* [énfasis añadido] los derechos a tomar conocimiento de los hechos atribuidos con la finalidad de preparar la propia defensa; a que la *falta o sanción esté tipificada en una norma previa* [énfasis añadido] o, en su defecto, a que las decisiones se basen en el derecho consuetudinario; y a *preparar la defensa* [énfasis añadido] y a poder presentarla, entre otros” (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 6).

54 “4. Tal como consta en autos, la demandada ha violado el derecho al debido proceso del actor, en su manifestación de su *derecho de defensa* [énfasis añadido], porque no cumplió con *imputarle cargos concretos* [énfasis añadido]. No basta con citarlo a una sesión de asamblea en la que se ha puesto en agenda la discusión sobre su “situación” (cfr. folio 105) si, *con antelación, no se le ha comunicado* [énfasis añadido] lo que se le atribuye a fin de que pueda elaborar sus descargos y argumentar motu proprio, o con la *asesoría de un letrado* [énfasis añadido], lo que auto determinativamente considere pertinente para defenderse de lo que puntualmente se le acusa, a efectos de que la asamblea tome una decisión informada” (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 4).

comunales infractoras (que habían faltado de forma grave a su cargo). Al TC no le importó que las sanciones hubiesen sido aplicadas en asambleas indígenas y que no era necesaria una tipificación escrita de conductas consideradas dañinas para el derecho consuetudinario como el abigeato, robo o apropiación ilícita.

En sus sentencias, el TC no ha tenido en cuenta que en los sistemas jurídicos indígenas los procesos son orales, en los idiomas indígenas; que en las asambleas el debate es público y ahí participan todos, y entre todos esclarecen los hechos y aportan pruebas; que las conductas no requieren estar tipificadas por escrito, pues toda la comunidad conoce los hechos prohibidos —por su participación en asambleas— e, incluso, cuando se trata de situaciones nuevas, se basan en principios axiológicos que son compartidos o debatidos en largas asambleas por todos hasta llegar a acuerdos consensuados. Inclusive, se debe tener en cuenta que los principios del derecho positivo son muy distintos de los sistemas indígenas, pues en el primero prima el derecho individual a preparar sus estrategias de defensa con la asesoría de abogados, los imputados no están obligados a decir la verdad ni a interiorizar valores de bien común, porque tienen “libertad de conciencia”, derecho a guardar silencio y a no autoinculparse. Por el contrario, en los sistemas indígenas, que no tienen cárceles para neutralizar a infractores, les interesa resolver los problemas de fondo, prima la búsqueda de la verdad material por sobre el derecho individual de preparar una defensa donde, por estrategia, el procesado puede negar su responsabilidad; buscan que las personas digan la verdad y acojan los valores comunitarios para integrarse a la comunidad y, si ello no es posible, que salgan de la misma. En todo caso, el TC debió haber pedido explicación a los pueblos indígenas sobre sus sistemas de justicia y no resolver con base en prejuicios. El desconocimiento del derecho indígena por el TC tiene como consecuencia el debilitamiento de la autoridad indígena, sus estructuras de toma de decisiones en asambleas y su capacidad de determinar responsabilidades de sus propios miembros, lo que configura una violación del *corpus iuris* de pueblos (Convenio 169 de la OIT, 1989; DNUDPI, 2007, art. 34 y 35; Dadpi 2016, art. 4).

d) Sobre la Supervigilancia Penal de la Jurisdicción Especial

Otro problema serio a superar es que, para el TC, la jurisdicción indígena puede estar sujeta a supervigilancia penal permanente (a lo largo de toda su actuación) a fin de controlar que, eventualmente, no viole derechos fundamentales. Por lo tanto, para el TC, no configura una injerencia arbitraria de la justicia penal ordinaria abrir investigaciones contra las autoridades indígenas por el solo hecho de ejercer sus funciones jurisdiccionales. Así falló el TC en el caso de las rondas de la provincia de Quispicanchis, Cusco (Tribunal Constitucional, 2021d). En el caso de las rondas de Quispicanchis, las mismas presentaron una demanda de amparo contra la Fiscalía por injerencia indebida, y solicitaron al TC que deje sin efecto las actuaciones de la Fiscalía por violar la autonomía jurisdiccional indígena. Dichas rondas habían iniciado una investigación por el homicidio de un comunero, por denuncia de los hermanos del fallecido contra otros comuneros. Como parte del proceso, en una asamblea de nivel comunal decidieron que, dada la complejidad del caso, iban a interrogar a los denunciados en una asamblea mayor, de nivel interdistrital, en Marcapata. Los denunciados, al ser citados por las rondas para ser interrogados, por su parte, presentaron una denuncia penal contra las rondas campesinas ante la Fiscalía, por coacciones, y le solicitaron que impidiera la asamblea. A raíz de ello, la Fiscalía abrió una investigación preliminar contra las autoridades de las rondas campesinas

y recomendó a las mismas “que se abstengan de incurrir en actos vedados por la ley en agravio de los denunciantes” (Tribunal Constitucional 2021d, p. 4). Las rondas, de todos modos, llevaron a cabo la asamblea, a donde también invitaron a la Fiscalía y a la Policía, que sí asistió, y otras autoridades. En la asamblea, “los denunciados declararon ser los responsables de la muerte del comunero”. La Fiscalía prosiguió con el caso y acusó penalmente a las autoridades ronderas, “considerando que los actos realizados en la asamblea (interrogatorio y medidas empleadas por las autoridades ronderas) configuran actos de coacción”. El requerimiento de la acusación da cuenta de que los denunciantes afirman que habrían sido maltratados para declararse culpables. Para el TC, estas afirmaciones son contradictorias, pero considera que los hechos deben seguir siendo investigados y, si corresponde, sancionados en el proceso penal en curso. En consecuencia, falla declarando infundada la demanda de amparo. Además, exhorta al Congreso a publicar la Ley de Coordinación referida en el artículo 149 de la Constitución.

En este caso, el TC afirma, de un lado, que la Constitución ha reconocido la autonomía jurisdiccional indígena (lo que comprende facultades para investigar y sancionar, de conformidad con su propio derecho consuetudinario), que no debe haber imposición de una cultura sobre otra y que debe haber un diálogo intercultural en caso de presuntas violaciones a los derechos humanos. No obstante, de forma contradictoria, concluye que no constituye una injerencia que la jurisdicción penal ordinaria (Fiscalía y juzgado penal) abra denuncia penal contra las autoridades indígenas justamente, por realizar acciones jurisdiccionales (como investigar y sancionar), sobre la base del argumento de que “toda autoridad jurisdiccional está sujeta a control”.

Consideramos que, en este caso, es necesario distinguir dos momentos. El primero, cuando las rondas son denunciadas por coacciones, por el solo hecho de citar a los presuntos responsables a declarar en una asamblea. Y, el segundo, cuando se presentan las denuncias contra las rondas por presuntos hechos de “maltrato” físico a los comuneros.

Respecto del primer momento, cuando las autoridades ronderas citan a los denunciados a un interrogatorio en una Asamblea, están ejerciendo sus funciones de *notio* y *vocatio*, en el marco del debido proceso de su propio derecho consuetudinario y sin violar ningún derecho humano. Por lo tanto, la actuación de la Fiscalía, al abrir una denuncia preliminar y emitir una advertencia a la autoridad rondera, claramente, configura una injerencia ilegítima. Al TC le correspondía esclarecer que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial, justamente, tiene el efecto de descriminalizar la actuación jurisdiccional de las autoridades ronderas. Carece de sentido decir que la Constitución reconoce el ejercicio de la jurisdicción indígena y, a su vez, considerar que es legítima la persecución penal de las autoridades indígenas por el mero hecho de ejercer de dicha función, sin que medie ninguna denuncia por violación de derechos humanos. Dicha injerencia supone que toda autoridad indígena está obligada a tener que ir a citaciones, buscar abogados, movilizarse de su comunidad hasta donde está la capital de la provincia a declarar ante la Fiscalía, y tener algunas restricciones no por una presunta violación de derechos humanos, sino tan solo por avocarse al conocimiento de un caso y citar a los denunciados a declarar ante una asamblea.

El otro momento es cuando media una denuncia por presuntos “maltratos físicos” que podrían entrar en el supuesto del artículo 149 de la Constitución (sobre “violaciones a los derechos fundamentales de la persona”), aunque, según el TC, esto no es claro por las contradicciones existentes. En efecto, no queda claro en qué momento se habrían producido los

presuntos maltratos, pues en la asamblea donde se dio el interrogatorio estuvieron presentes la Policía y otras autoridades. Y, de haberse dado los presuntos maltratos, no se especifica cuáles forman parte del derecho indígena y cuáles no, y serían abusos individuales. En este caso, hay hechos denunciados que el derecho ordinario podría considerar “coacciones para declarar” (como son los ejercicios físicos y baños de agua fría), pero que no lo son para el derecho consuetudinario indígena, como no lo es cuando la justicia ordinaria encarcela a una persona hasta por 36 meses durante la etapa investigatoria. Lo que sí no es parte del derecho consuetudinario ni es admisible para el derecho ordinario son las formas de maltrato físico que pueden constituir “tortura”.

- Aquí, en primer lugar, la autoridad encargada de controlar a sus miembros por presuntos hechos de maltrato o tortura que no están admitidos ni en su propio derecho (como el maltrato físico denunciado) es la propia autoridad jurisdiccional indígena, según sus estructuras institucionales propias (si el hecho de maltrato ocurrió a nivel de las rondas de provincia, le corresponde al nivel regional y de ahí al nacional, la Cunarc-P).
- En segundo lugar, si la autoridad jurisdiccional indígena no sanciona a los infractores directos o viola los derechos fundamentales de la persona, no es la Fiscalía sino la jurisdicción constitucional la competente para intervenir.
- Para el derecho internacional, cuando hay incompatibilidad entre el derecho indígena y los derechos humanos, debe establecerse procedimientos coordinados. No compete que intervenga la justicia penal que, por definición, hace uso de la violencia coercitiva para la acomodación de comportamientos, lo que se traduciría en una integración forzosa, proscrita por el derecho internacional.
- La jurisdicción constitucional tiene la obligación de generar un mecanismo de “diálogo intercultural”, con participación efectiva de los pueblos indígenas, para evitar la imposición de una cultura jurídica sobre otra y resolver la incompatibilidad. El TC, en la parte considerativa, sustenta la necesidad de un “diálogo intercultural” para definir cuándo estamos ante violaciones de derechos. No obstante, en el caso concreto, el TC no aplica ese principio y deja que sea la justicia penal la que supervigile la jurisdicción indígena. Y ¿por qué es importante resolver este asunto en un espacio de coordinación y diálogo intercultural? Porque en el caso se alega hechos que son percibidos de diferente forma para una cultura jurídica y para la otra. Por ejemplo, para las rondas, son medios legítimos, que no constituirían tortura, los ejercicios físicos, baños de agua fría o, incluso, el uso de ortiga. En cambio, no forma parte del derecho indígena la aplicación de torturas, con ronderos encapuchados, como algunos hechos denunciados. En tal caso habría que determinar si se trataría de abusos individuales o fue permitido por la justicia indígena. En cualquier caso, ello correspondería ser sancionado por niveles superiores de la estructura de la justicia indígena.

V. A Modo de Conclusión: Retos para la Efectividad del Pluralismo Jurídico Igualitario

Dado el reconocimiento del derecho intrínseco de los pueblos indígenas y tribales/afrodescendientes a sus sistemas jurídicos, con su propio derecho, sistema de autoridades e instituciones, y funciones jurisdiccionales, ello debe ser respetado como parte del Estado social, democrático y plural de derecho. Para tal efecto, es necesario superar los principales problemas que impiden la efectividad de dicho derecho, entre ellos: la criminalización de los sistemas jurídicos

indígenas, la negación a los actos y las decisiones de los sistemas jurídicos de los pueblos, de los mismos efectos jurídicos que tiene cualquier otro acto público o decisión jurisdiccional; la inferiorización o limitación de sus competencias o los intentos de subordinación de sus autoridades, derecho o funciones jurisdiccionales, y la falta de mecanismos de coordinación sobre la base de un diálogo intercultural igualitario. Esto genera tareas para todos los poderes públicos, operadores de justicia, organizaciones de pueblos y la academia, entre otros actores sociales. Aquí algunos de los principales retos para dar efectividad al pluralismo jurídico desde un enfoque igualitario y no subordinado.

1. *Descriminalización*

Cese de la criminalización de las autoridades y miembros de los pueblos indígenas por el solo hecho de aplicar su derecho propio y ejercer sus funciones jurisdiccionales. Para tal efecto, los operadores de justicia cuentan con varias herramientas que les toca aplicar cuando se encuentran ante esta situación:

- Aplicación del artículo 18, inciso 3 del Código Procesal Penal, que establece que la jurisdicción penal ordinaria no es competente en los supuestos del artículo 149 de la Constitución. Ello evita la interferencia de los agentes de la jurisdicción penal ordinaria dentro del ámbito territorial de los pueblos, comunidades y rondas campesinas. De ese modo, la jurisdicción indígena puede resolver, con su propio derecho, los problemas suscitados dentro de su ámbito territorial sin injerencia de agentes punitivos del Estado.
- Aplicación del Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, que ofrece un conjunto de salidas ante la criminalización indebida de autoridades indígenas por ejercer sus funciones jurisdiccionales, como la aplicación de las figuras de atipicidad (ante la imputación de delitos como “secuestro”, “usurpación de funciones”, “coacciones”, y otros presuntos delitos); causas de justificación (Código Penal, 1991, art. 20.8); error de prohibición (Código Penal, 1991, art. 15) para eximir o atenuar la pena; entre otros que eviten la persecución penal.
- Aplicación de la Ley de Amnistía n.º 27599, que deja sin efecto, en el estado en el que se encuentren, las denuncias y procesos judiciales contra autoridades y miembros de los pueblos indígenas (comunales, ronderas) criminalizados por hechos o cualquier delito, relacionados con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la defensa de sus territorios, participación en movilizaciones u otras acciones realizadas como parte de sus “labores comunales”; disponiendo el archivo definitivo de los procesos y la libertad inmediata de quienes estuvieran presos.

2. *Respeto de los Sistemas Jurídicos*

Observancia y acatamiento de los actos y las decisiones de los sistemas jurídicos de los pueblos por toda persona y entidad pública con la misma eficacia que cualquier otro acto público o decisión jurisdiccional. Para tal efecto:

- Toda persona y los operadores de toda entidad pública deben respetar y acatar las decisiones jurisdiccionales de los pueblos indígenas con el mismo valor de cualquier otra decisión jurisdiccional (como lo dispuesto en el caso de la comunidad Poyentimari y Eva Cárdenas).

- Los operadores de las entidades registrales de datos vitales de la persona deben registrar los actos y decisiones de los sistemas jurídicos indígenas relativos a estado civil, filiación, nombre y otros actos que realizan los pueblos, según su propio derecho, normas y procedimientos (sin exigirles la aplicación del Código Civil y leyes nacionales, ni sentencias de la jurisdicción ordinaria).
- Los operadores de los Registros Públicos deben acatar las decisiones de los pueblos indígenas que resuelven asuntos que involucran la propiedad de bienes muebles e inmuebles y registrar lo correspondiente (sin exigirles la aplicación del Código Civil y leyes nacionales, ni sentencias de la jurisdicción ordinaria).
- Los operadores de la justicia penal no deben intervenir en los casos suscitados dentro del ámbito territorial de la jurisdicción especial cuando ella interviene, de conformidad con el artículo 18, inciso 3 del Código Procesal Penal, y, menos, deben abrir denuncias o procesos penales contra las autoridades de la jurisdicción especial por el solo hecho del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.
- Los operadores de justicia no deben discriminar, subordinar ni intentar limitar o restringir las funciones jurisdiccionales que tienen las autoridades de los pueblos indígenas (y dejar de aplicar normas, protocolos o políticas que limiten o subordinen los sistemas jurídicos indígenas en contra del *corpus iuris* de pueblos).

3. Coordinación

Instalación inmediata de “mecanismos de coordinación y diálogo intercultural entre los sistemas jurídicos de los pueblos y las entidades del Estado” (Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, 2022, p. 248), con efectiva participación de los pueblos en igualdad de condiciones. Para tal efecto, las entidades de justicia del Estado, con participación de los pueblos, deben garantizar:

- Aplicación de los mecanismos de diálogo y trato directo entre la jurisdicción ordinaria y la especial para resolver los casos de conflicto de competencia que existen actualmente, según prevé el protocolo de coordinación entre sistemas de justicia (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2014).
- Instalación de “mecanismos de coordinación y diálogo intercultural entre los sistemas jurídicos de los pueblos” (Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, 2022, p. 248) y la jurisdicción constitucional para resolver las denuncias de presunta violación de derechos de la persona por la jurisdicción especial, sobre la base del principio de la pluralidad y la igual dignidad de pueblos y culturas.
- Levantamiento de un diagnóstico, por parte de las entidades de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, sistema penitenciario) y con participación de las organizaciones de pueblos, para dar cuenta del número de casos sobre pueblos indígenas, casos contra autoridades o miembros de pueblos indígenas, a fin de hacer planes realistas que con miras a dar efectividad a los derechos de los pueblos indígenas.
- Instalación de espacios de diálogo intercultural entre autoridades de la jurisdicción indígena y ordinaria, para que estas últimas conozcan cómo son y funcionan los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, a fin de que los puedan respetar.

- Desarrollo de protocolos, normas y políticas de coordinación entre los sistemas jurídicos de los pueblos y las entidades del Estado, con participación de los pueblos, y con un enfoque igualitario, con base en el *corpus iuris* de pueblos (y revisión de los protocolos existentes del Poder Judicial [Comisión de Justicia Intercultural del Poder Judicial, 2018], de forma participativa, para modificar las provisiones que buscan limitar la jurisdicción especial).
- Formación de operadores de justicia para que apliquen el principio de convencionalidad y propueblos en sus decisiones, y desarrollen capacidades de diálogo intercultural para establecer relaciones de coordinación igualitaria con los sistemas jurídicos de los pueblos.

4. *Desarrollo Legislativo Participativo y Según los Más Altos Estándares*

La principal tarea pendiente que tiene el Congreso es debatir y aprobar una Ley de Coordinación entre sistemas jurídicos que desarrolle el artículo 149 de la Constitución, sobre la base de los más altos estándares, y que garantice la participación, consulta y consentimiento de las organizaciones representativas de pueblos; para lo cual debe tener en cuenta la propuesta presentada por las organizaciones de pueblos (Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e IIDS, 2022). Al respecto, el TC, en su sentencia del caso expediente n.º 03158-2018-PA/TC del 1 de marzo de 2021, exhortó al Congreso a publicar la “ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución” en un plazo no mayor de dos años desde la expedición de dicha sentencia (Tribunal Constitucional, 2021d, f.j. 2)⁵⁵. El TC establece que, para la elaboración de dicha ley, el Congreso debe cumplir con el derecho de consulta previa de pueblos indígenas⁵⁶ y debe convocar “mesas de diálogo” en las que participen autoridades jurisdiccionales indígenas, de los organismos de justicia, la academia, etc. (Tribunal Constitucional, 2021d, f.j. 48). El plazo dado por el TC al Congreso ya se venció en marzo del 2023.

A la fecha, solo hay un proyecto de ley en curso sobre la materia, denominado “Proyecto de Ley n.º 00546/2021-CR, Ley de coordinación intercultural entre sistemas jurídicos de pueblos originarios y afroperuanos, y entidades del Estado” (Congreso del Perú, 2021). Este proyecto, propuesto por las organizaciones impulsoras de la agenda de los pueblos indígenas

55 “Exhortar al Congreso de la República para que, en un *plazo no mayor a dos años* [énfasis añadido] contado a partir de la *expedición de la presente sentencia, publique la ley de coordinación* [énfasis añadido] entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución. El control de esta exhortación estará a cargo de la Comisión de Supervisión y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional” (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 2).

56 “Para esta labor, el Tribunal considera que el Congreso de la República *debe realizar mesas de diálogo* [énfasis añadido] en las que participen autoridades jurisdiccionales indígenas (el *derecho a la consulta previa que estas titularizan así lo exige* [énfasis añadido], con lo cual el Congreso debe hacer el esfuerzo por convocar a los representantes de todas las Comunidades del país), autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, órganos constitucionales autónomos, el foro académico y distintas organizaciones civiles cuyo campo de acción tenga relación con la temática de la jurisdicción indígena. Ello con el propósito de intercambiar ideas técnicas y nutrirse de la experiencia, así como de los resultados de las diferentes investigaciones y estudios que las instituciones estatales, la academia y organizaciones privadas, hayan podido realizar en torno a la justicia indígena de nuestro país” (Tribunal Constitucional, 2021c, f.j. 48).

y afroperuanos contaba con dictamen favorable en la legislatura anterior y, al ser actualizado requiere un nuevo dictamen⁵⁷. Este proyecto desarrolla un marco bastante completo de respeto y coordinación entre sistemas, con base en el *corpus iuris* de pueblos y desde el enfoque del pluralismo jurídico igualitario. El Congreso debería agilizar su nuevo dictamen, debate y aprobación.

Existe, además, un proyecto corto denominado “Proyecto de Ley n.º 4878/2022-CR, Ley marco sobre la justicia intercultural para los pueblos indígenas u originarios” (Congreso del Perú, 2022), que no tiene consulta previa, y solo recoge algunos principios de pertinencia cultural de la justicia ordinaria, pero no establece mecanismos de coordinación, ni cómo resolver conflictos entre sistemas. Asimismo, obran otros proyectos de ley en el Congreso inconsultos y que buscan desarrollar temas puntuales. Un proyecto busca ampliar la participación de las rondas dentro del sistema de seguridad ciudadana y otro busca dar incentivos económicos individuales a las rondas. Asimismo, hay dos proyectos específicos sobre rondas campesinas inconsultos y que buscan subordinar a las rondas, uno a la Policía y la ley, reduciendo sus funciones, y el otro limitando a participación de sus miembros y funciones a la ley. Al Congreso le corresponde debatir y aprobar el proyecto presentado por las organizaciones de pueblos indígenas que ya contaba con dictamen favorable, lo que contribuiría para dar efectividad al pluralismo jurídico igualitario.

57 Fue presentado como Proyecto de Ley el 2020 por el Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE), quien luego de acoger la propuesta de las organizaciones de pueblos indígenas y afroperuanos lo sometió a un proceso de participación, consulta y consentimiento, logrando obtener un Dictamen favorable antes de cerrar la pasada legislatura. En la presente Legislatura, el Proyecto fue desarchivado y actualizado (2021), y se encuentra en la CPAAAAE.

REFERENCIAS

- Aloboetoe y otros vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 04 de diciembre de 1991. Serie C, n.º11. (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Corte Internacional de Derechos Humanos). <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966b). *Situación del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*. Repositorio de Tratados de las Naciones Unidas. (vol. 999). https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Central Única Nacional de Rondas Campesinas [CUNARC-P] (08 de junio de 2021). *La Central única Nacional de Rondas Campesinas, Organización Patriótica, Reserva Moral de la Patria, Alerta a todos los ronderos del Perú a defender sus votos*. [Publicación de Estado]. Facebook. https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1212047322574093&id=622502911528540
- Código Civil. (1984). Decreto Legislativo n.º 259. Lima, 15 de julio de 1984. (Perú).
- Código Procesal Penal. (2004). Decreto Legislativo n.º 957. (Perú).
- Comisión de Justicia Intercultural del Poder Judicial. (2018). Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. En Poder Judicial del Perú, Comisión de Justicia Intercultural (2ª Ed.), *Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico* (pp. 511-551) Fondo Editorial del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b980860047a07818a300a31612471008/LIBRO-INTERCULTURALIDAD.pdf?MOD=AJPERES>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC). (2020). *Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/47). http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45664/S2000125_es.pdf?sequence=51&isAllowed=y
- Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana. (2022). Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, Pronunciamiento público a favor del cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas u originarios y afrodescendientes del Perú. En

- Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS). *Agenda de los Pueblos para el Bicentenario* (pp. 247-248). IIDS. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2022/41/76375.pdf?app=cidh&class=2&field=168&id=38686>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (2014). *Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia*. Poder Judicial. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Protocolo%20de%20coordinacion%20entre%20sistemas%20de%20justicia.pdf>
- Consejo Ejecutivo de Poder Judicial (2020). *Resolución n.º 00198-2020-CE-PJ. Aprueban adhesión a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, disponiendo su aplicación por todos los jueces de la República, incluidos los jueces de paz*. Publicado el 01 de agosto de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-adhesion-a-las-reglas-de-brasil-ia-sobre-acceso-a-la-resolucion-administrativa-no-000198-2020-ce-pj-1874495-4/>
- Congreso del Perú. (1978). Decreto-Ley n.º 22175 de 1978. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva. Congreso de la República, 9 de mayo de 1978. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/\\$FILE/\(1\)leydecomunidadesnativasley22175.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/$FILE/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf)
- Congreso del Perú. (1987). Ley n.º 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*. 13 de abril de 1987. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/1DAB0BF2E43B8FBB0525797B006DE3C0/%24FILE/1_LEY_24656_Ley_General_Comunidades_Campesinas_SPIJ.pdf
- Congreso del Perú. (2001). Ley n.º 27599, *Ley que concede amnistía a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales que vienen siendo procesados por tenencia ilegal de armas y secuestro*. 14 de diciembre de 2001. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27599-dec-14-2001.pdf>
- Congreso del Perú. (2002). Ley n.º 27811, *Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. 24 de julio de 2002. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>
- Congreso del Perú. (2003). Ley n.º 27908, *Ley de Rondas Campesinas*. 6 de enero de 2003. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27908.pdf>
- Congreso del Perú. (2005). Ley n.º 28495, *Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano*. 6 de abril de 2005. [https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/leyes%20de%20comunidades/\(5\)leydelinstitutonacionalley28495.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/leyes%20de%20comunidades/(5)leydelinstitutonacionalley28495.pdf)
- Congreso del Perú. (2010). Ley n.º 29565, *Ley de creación del Ministerio de Cultura*. 15 de julio de 2010. <https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/2019-06/Ley%20N%C2%B0%2029565.pdf>
- Congreso del Perú. (2021). Proyecto de Ley n.º 00546/2021-CR. *Ley de Coordinación Intercultural entre Sistemas Jurídicos de Pueblos Originarios y Afroperuanos, y*

- Entidades del Estado. Presentado el 26 de octubre de 2021. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Mzk3NQ==/pdf/PL-00546>
- Congreso del Perú. (2021). Ley n.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional.
- Congreso del Perú. (2022). Proyecto de Ley n.º 4878/2022-CR. Ley marco sobre la justicia intercultural para los pueblos indígenas u originarios. Presentado el 04 de mayo de 2023. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/OTczNjQ=/pdf/PL0487820230504>
- Congreso del Perú. (2023). Proyecto de Ley n.º 3916/2022-CR. Ley de reforma constitucional que garantiza la participación política de los pueblos indígenas y originarios y afroperuanos en elecciones congresales y Asamblea Constituyente. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/NjgyMjg=/pdf/PL0391620230105>
- Constitución Política del Perú. 29 de diciembre de 1993.
- Constitución para la República del Perú. 12 de Julio de 1979
- Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. (2019). Resolución n.º 20. Sentencia del Juzgado Civil Transitorio Puerto Maldonado-Tambopata. <https://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2019/sentencia-nulidad-concesiones.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. (2020). Sentencia del Juzgado Civil - Sede Tambopata del 26 de febrero de 2020. Resolución n.º 19. https://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2020/Exp_00515-2017-0-2701-JM-CI-01_EvaC..pdf
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2009). Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de 5 de agosto de 2009. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/06089c804075b990b629f699ab657107/ACUERDO_PLENARIO_01-2009-CJ-116_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=06089c804075b990b629f699ab657107
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2010). Expediente. n.º 952-2010-41. Incidente: Excepción de improcedencia de acción. Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2004) Sentencia de la Sala Penal Transitoria de 09 de junio de 2004. R.N. n.º 975-04, San Martín. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d3ab67804f209ee389fdbbcfbf0cc18d/RN+975-2004.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d3ab67804f209ee389fdbbcfbf0cc18d>
- Cortes Superiores de Amazonas, Loreto, San Martín y Ucayali. (2008) Pleno Jurisdiccional Regional Penal. Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Regional Penal del 30 y 31 de mayo del 2008, Iquitos. Centro de Investigaciones Judiciales. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30e3380043eb78339462d74684c6236a/PlenoRegPenal2008%28Iquitos%29_220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30e3380043eb78339462d74684c6236a
- Defensoría del Pueblo. (2004). *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia*. Defensoría del Pueblo https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2005/rondas_campesinas.pdf
- Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP). (27 de setiembre de 2021). Notificación del Pueblo Achuar del Pastaza Petroperú, Ministerio de Energía

- y Minas y empresas Petroleras: no ingresar a nuestro territorio. [Notificación Pública]. *Derecho y Sociedad*. <https://www.derechoysociedad.org/wp-content/uploads/2021/09/FENAP-Notificacio%CC%81n-PETROPERU-MINEM-29.09.2021.pdf>
- Gobierno Regional de Loreto. (2010). Ordenanza Regional n.º 002-2010-GRL-CR, 8 de enero de 2010. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2538268/Ordenanza%20Regional%20N%C2%B0%20002-2010%20GRL-CR.pdf?v=1638287617>
- Gobierno Regional de Loreto. (2018). *Resolución Ejecutiva Regional n.º 253-2018-GRL-P*, 5 de junio de 2018. Recuperado de http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2018/Resolucion_Ejecutiva_Regional_253-2018-PI.pdf
- Harris, M., Bordoy, V., Revuelta, F., y Velasco, H. M. (1990). *Antropología cultural*. Alianza editorial.
- Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. (2017). *Compendio normativo sobre los derechos del Pueblo Achuar del Pastaza - FENAP*. Editorial Gráfica Educart S.A.
- Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. (2023). *La larga lucha del Pueblo Achuar por su Autodeterminación*. IIDS.
- Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA). (2010). [Mapa etnolingüístico]. Scientific Electronic Library Online (SciELO Perú). Recuperado el 12 de abril de 2024. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342010000200019
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI). (2018a). *Perú: Perfil Sociodemográfico, Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de la Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. INEI. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI). (2018b). *Directorio de Comunidades Nativas y Campesinas TOMO I. Censos Nacionales 2017: XII de la Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas*. INEI. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1597/
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI). (2021). *Perú: Estado de la Población en el año del Bicentenario 2021*. INEI. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1803/libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI). (10 de julio 2022). Población peruana alcanzó las 33 millones 396 mil personas en el año 2022 (Nota de prensa n.º 115). *INEI*. <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-115-2022-inei.pdf>
- Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de abril de 2009, Serie C, n.º. 196. (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- Landa Arroyo, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*, (1ª ed.), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170693/36%20Derecho%20procesal%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C, n.º 269. (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- Matos Mar, J. y Fuenzalida, F. (1976). Proceso de la sociedad rural. En J. Matos Mar (Comp.), *Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú* (pp. 15-50). Instituto de Estudios Peruanos. (Trabajo original publicado en 1969) <http://repositorio.iep.org.pe/bitstream/handle/IEP/677/Haciendacomunidad.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Migalhas Latinoamérica. (27 de noviembre 2014). Fiscalía acusa a petrolera por intento de genocidio: Perú. Denuncia, Migalhas Calientes. *Migalhas Latinoamérica*. <https://la.migalhas.com/Calientes/134,MI211991,41046-Fiscalia+acusa+a+petrolera+por+intento+de+genocidio+Peru>
- Ministerio de Cultura. (2021). Base de *Lista de Lenguas Indígenas u Originarias*. https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/paginas_internas/descargas/Lista%20de%20Lenguas%20Indi%CC%81genas%20u%20Originarias%202021.pdf
- Ministerio de Cultura. (23 de abril de 2022). Ministerio de Cultura oficializa incorporación de Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú a la BDPI. [Nota de Prensa]. *Noticias, Ministerio de Cultura*. <https://www.gob.pe/institucion/cultura/noticias/601803-ministerio-de-cultura-oficializa-incorporacion-de-central-unica-nacional-de-rondas-campesinas-del-peru-a-la-bdpi/>
- Ministerio de Salud. (2006). *Análisis de Situación de Salud del Pueblo Achuar*. Dirección General de Epidemiología. https://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub_asis/asis20.pdf
- Organización de Estados Americanos (OEA). (2016). Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) del 14 de junio de 2016.
- Organización de Estados Americanos (OEA). (s.f.). Relación de ratificaciones en portal de la OEA. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Oficialía Mayor del Congreso de la República. (2021). *Reglamento del Congreso de la República*. Edición oficial. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-2021-01-07-2021.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1989). *Convenio (n.º 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 27 de junio de 1989.
- Organización Mundial del Trabajo (OIT). (1991). *Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169) Fecha de entrada en vigor: 05 de septiembre de 1991. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314
- Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS). (2022). *Agenda de los Pueblos para el Bicentenario*. IIDS. https://www.derechosociedad.org/wp-content/uploads/2022/11/Libro_Agenda_Legislativa_2022.pdf

- Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). (22 de mayo de 2014). *Clima de Cambios: Entrevista a José Álvarez Alonso*. <https://www.pucp.edu.pe/climadecambios/entrevistas/la-diversidad-biologica-es-el-mayor-capital-para-el-desarrollo-de-un-pais/#:~:text=Per%C3%BA%20est%C3%A1%20ubicado%20dentro%20de,80%25%20de%20la%20biodiversidad%20mundial>
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, n.º 245. (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, n.º 309. (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (2008). XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Resolución Administrativa n.º 00198-2020-CE-PJ de 2020. Aprueban adhesión a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, disponiendo su aplicación por todos los jueces de la República, incluidos los jueces de paz. Diario Oficial El Peruano. Publicado el 01 de agosto de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-adhesion-a-las-reglas-de-brasil-ia-sobre-acceso-a-la-resolucion-administrativa-no-000198-2020-ce-pj-1874495-4/>
- Rossi, J. (2006). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. En C., Courtis (Comp.), *La obligación de no regresividad en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (pp. 79-116). Centro de Asesoría Laboral del Perú y del Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2006/08/Ni-un-paso-atras.pdf>
- Secretaría General del Ministerio Público. (2021). *Información estadística de denuncias y procesos penales que involucra a miembros de pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y rondas urbanas*.
- Soncco Mamani, S. y Soncco Cutipa, A. (2023). *Chaninchay rondando en los pueblos por justicia, seguridad y buen vivir*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Sousa Santos, B. (1991). *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. ILSA.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sentencia recaída en el expediente n.º 07009-0023-2005-PI/TC. Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2012a) Sentencia recaída en el expediente n.º 01126-2011-HC/TC. Juana Griselda Payaba Cachique. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2012b). Sentencia recaída en el expediente n.º 00220-2012-PA/TC. Mago Isabel Tello Ramos y otros. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00220-2012-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Sentencia recaída en el expediente n.º 07009-2013-PHC/TC. Juan Villar Vargas y otros. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/07009-2013-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2017). Sentencia recaída en el expediente n.º 02765-2014-PA/TC. Carmen Zelada Requelme y otros. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02765-2014-AA.pdf>

- Tribunal Constitucional del Perú. (2018). Sentencia recaída en el expediente n.º 00889-2017-PA/TC. María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2019). Sentencia recaída en el expediente n.º 02196-2014-PA/TC. Federación Kichwa Huallaga El Dorado (Fekihd). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02196-2014-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021a) Sentencia recaída en el expediente n.º 01171-2019-PA/TC. Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (Fenap). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021b). Sentencia recaída en el expediente n.º 05637-2016-PA. General Electric International Perú y otra. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05637-2016-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021c). Sentencia recaída en el expediente n.º 04081-2016-PA/TC. Lizardo Victor Rios Rios. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04081-2016-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021d). Sentencia recaída en el expediente n.º 03158-2018-PA/TC. Francisco Rojas Condemayta y otros. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03158-2018-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2022). Sentencia recaída en el expediente n.º 03066-2019-PA/TC. Comunidades Campesinas Chambilla y Chila. Pucará. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>
- Urteaga Crovetto, P. (1993). *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa*. [Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho].
- Yrigoyen Fajardo, R. (2023a). Exclusión histórica de los pueblos y demanda de una Asamblea Constituyente Plurinacional. En Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. *Dossier Perú: Crisis de representación política y demandas indígenas para la descolonización del Estado*. IIDS, 191-227.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2023b). Egalitarian Legal Pluralism and Decolonialization of the Justice. https://www.pass.va/en/publications/studia-selecta/studia_selecta_10_pass/yrigoyen_fajardo.html
- Yrigoyen Fajardo, R. (2022a). Presentación. En Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS). *Agenda de los Pueblos para el Bicentenario* (pp. 13-17). IIDS. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2022/41/76375.pdf?app=cidh&class=2&field=168&id=38686>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2022b). Opinión Especializada a favor del PL 6699/2020-CR que propone el reconocimiento pleno y registro de la personalidad jurídica de pueblos indígenas u originarios, y pueblos afroperuanos. En Organizaciones de Pueblos Indígenas u Originarios y Afroperuanos impulsoras de la Agenda de los Pueblos para el Bicentenario e Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS). *Agenda de los Pueblos para el Bicentenario* (pp. 225-242). IIDS. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2022/41/76375.pdf?app=cidh&class=2&field=168&id=38686>

- Yrigoyen Fajardo, R. (2017). ABC 5. ¿Qué es el Pluralismo Jurídico Igualitario? En Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (edit.), *Revista Litigio Estratégico y Formación en Derechos Indígenas* 2(1), 10-15. https://issuu.com/iids/docs/revista_alertanet_2017
- Yrigoyen Fajardo, R. (2016a). Jurisdição indígena. En A. Sidekum, A.C., Wolkmer y S.M. Radaelli. (Eds.). *Enciclopedia Latinoamericana dos Direitos Humanos*. Blumenau-Nova Petrópolis: Nova Harmonia –Edifurb.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2016b). *Curso Pluralismo Jurídico y Sistemas Jurídicos indígenas*. Academia de la Magistratura. <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/703/MANUAL%20AUTOINSTRUCTIVO.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2016c). *Curso: Hitos históricos en el reconocimiento del pluralismo jurídico en las Américas*. Academia de la Magistratura. http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/704/AMAG_2016_Unidad%202.pdf?cv=1&isAllowed=y&sequence=4
- Yrigoyen Fajardo, R. (2013). *Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”. Madre de Dios - Perú*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. <https://www.derechoysociedad.org/wp-content/uploads/2021/02/Litigio-Estrate%CC%81gico-en-derechos-indi%CC%81genas-1.pdf>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2007). Hacia una jurisprudencia pluralista. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Revista Anuario de Derecho Penal*, 377-415. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos Humanos* (pp. 537-566) Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2005). *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los Países Andinos en el siglo XIX* [Tesis de doctorado, Universidad de Barcelona]. <https://www.tdx.cat/handle/10803/675383>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2002). Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal. *Revista Allpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*. 34(59), 31-81. <https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/Allpanchis/article/view/575/1226>
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_6_ryf_pautas_coordinacion.pdf

SE TERMINÓ DE DIAGRAMAR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-164 - BREÑA
CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com
PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com
TELÉFS.: 424-8104 / 424-3411
MAYO 2025 LIMA - PERÚ

En este tercer libro se recopilan textos de expertos y expertas sobre la Junta Nacional de Justicia (JNJ), la justicia y la democracia en el Perú. Luego de varios años de la labor de la JNJ, hoy en día todavía existen varios retos sobre la justicia en nuestro país que merecen atención, y que se abordan en este volumen, a la luz de la normativa y jurisprudencia nacional e internacional.

El CICAJ expresa nuevamente su agradecimiento al National Endowment for Democracy (NED) por el apoyo recibido para la realización del proyecto de seguimiento a la labor de la Junta Nacional de Justicia, que permite realizar esta publicación.

ISBN: 978-612-49809-2-3



9 786124 980923