

# El juez preconstituido por ley en tiempos de constitucionalismo

Cultura jurídica, constitución y justicia - a propósito de una obra fundamental del profesor Roberto Romboli<sup>(\*)</sup>

Gorki Gonzales Mantilla<sup>(\*\*)</sup>

## 1. El constitucionalismo como punto de referencia para la cultura jurídica

La Constitución, más allá del texto, es un proceso cultural, un triunfo de los derechos y su raigambre ciudadana para afirmar las instituciones de la propia democracia<sup>(1)</sup>. Una conquista de esta envergadura se edifica con la participación de los propios ciudadanos, desde los distintos planos de la vida pública, pero es el resultado además, del compromiso desplegado por los actores institucionales<sup>(2)</sup>.

Precisamente el carácter de este tipo de compromiso está fuertemente asociado al modelo de derecho vigente en la sociedad, así como a los valores y actitudes que respecto de él se gestan entre los actores institucionales<sup>(3)</sup>. Este es el espacio específico de la cultura jurídica que se construye, en gran medida, desde las escuelas de derecho y se expande con la praxis de los operadores. La cultura jurídica refleja las posiciones predominantes acerca de la naturaleza del Derecho, pero no deja de ser un campo de batalla, en el cual se confrontan las posturas e intereses que atribuyen sentido al Derecho, al margen de las normas escritas.

Sin embargo, con cierta uniformidad el discurso jurídico moderno ha tenido en el positivismo jurídico,

o en las distintas versiones que sobre él se han elaborado, una fuente de información y formación oficial que aún subsiste. Se creó con este enfoque un tipo de pensamiento circular o autorreferencial sumamente poderoso, pues el derecho será descrito por encima de la realidad o al margen de ella, será proyectado en forma autónoma como un conocimiento neutral y, en esa medida, será usado para justificar el ejercicio del poder. Esta visión del Derecho corresponde, en suma, a la de un paradigma vertebrado desde la esfera legislativa que atribuye a la función judicial un papel puramente instrumental.

La influencia de esta concepción, aún vigente sobre el pensamiento y la práctica jurídica, impide vislumbrar la fuerza normativa de los principios y valores incorporados en el orden jurídico-constitucional, como expresión de la vida social<sup>(4)</sup>. Impide valorar el carácter histórico de los derechos y debido al formalismo a-crítico que fluye de su actuación, sirve como un instrumento útil para legitimar visiones autoritarias sobre lo jurídico y contaminar el carácter de los propios sistemas democráticos. Contribuye, en todo caso, a confundir el "carácter normativo" de la Constitución con la idea de un orden articulado por principios ontológicos que se reflejan en la positividad del texto constitucional<sup>(5)</sup>. Un texto, en suma, que puede ser reconducido a la

(\*) Versión reactualizada de la publicada como prólogo al libro *El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano*. Lima: Pontificia Universidad Católica - Palestra Editores, 2005.

(\*\*) Doctor en "Justicia constitucional y derechos fundamentales" por la Universidad de Pisa-Italia y Magíster en Derecho por la PUCP. Profesor de filosofía y teoría del derecho de la PUCP. Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Véase LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. En: *Il futuro della costituzione* al cuidado de Gustavo Zagrebelsky y otros. Torino: Einaudi, 1999- p. 83 y siguientes.

(2) Al respecto resulta ilustrativo el punto de vista sugerido por el profesor Marcial Rubio Correa en: RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2006. p. 12.

(3) Sobre la Cultura Jurídica véase GUASTINI, Ricardo y Giorgio REBUFFA. En: Introducción a TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y Política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 24

(4) Sobre este particular vértice del problema, Habermas refiere la idea, para el caso del Derecho Privado, extensible, sin duda, para el Derecho en general, que "necesita de forma cada vez más urgente de una explicación y justificación de sus referencias a, y de sus relaciones con, la sociedad global, lo cual significa tanto de su propio nacimiento como de su forma de funcionar en la sociedad". En: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. p. 475.

(5) CARDUCCI, Michele. *Il problema esplicativo delle trasformazioni costituzionali. Appunti per una comparazione di teorie e prassi*. En: *Le*

idea de una estructura teórica, puramente racional, susceptible de ser analizada a través de fórmulas interpretativas desconectadas del proceso social, bajo esquemas de invariable inspiración legalista.

Las consecuencias anticipadas evidencian la crisis del paradigma y delimitan el escenario en el cual se debate la cultura jurídica contemporánea. En efecto, frente al estado de cosas descrito, el sentido de la Constitución y su presencia en el ordenamiento jurídico se propone como el contenido esencial que éste último debe desarrollar<sup>(6)</sup>, y se advierte como el hilo conductor de toda acción encaminada a promover la política para afirmar la democracia<sup>(7)</sup>. Este es el sentido *a priori* de la positividad que adquiere la Constitución y que reclama la convergencia de las voluntades ciudadanas para su permanente redefinición histórica<sup>(8)</sup>. Un sentido que debe fluir como teoría y práctica en la formación jurídica y en la función de los jueces que, en este caso, es la convicción que el profesor Romboli propone en su actividad docente y refleja en su obra escrita, a propósito de la cual se desarrollan las siguientes líneas.

## 2. Roberto Romboli y el *Gruppo di Pisa*: la docencia y el sentido de la cultura jurídica

En efecto, el profesor Roberto Romboli (Pontedera, Pisa-1950) es uno de los académicos más representativos del actual Derecho Constitucional italiano. Su sede natural es Pisa, la antigua universidad de Galileo, donde estudió y se desempeña como profesor Ordinario en las materias de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional. En esa misma casa de estudios ha sido Director del Departamento de Derecho Público (1990-1997) y, posteriormente, Decano de la Facultad de Derecho (1997-2000).

La labor docente, en el caso del profesor Romboli, se proyecta además, gracias a su abundante e imparable producción bibliográfica. Más de un centenar de escritos, entre libros, artículos y ensayos, son el testimonio de un trabajo abiertamente comprometido con la investigación como soporte esencial de la vida académica. Sus trabajos articulan un vasto territorio de temas, en el cual, Roberto Romboli ha sabido construir edificaciones de impecable rigurosidad y solidez teórica. El amplio catálogo de tópicos permite advertir, en forma

transversal, el estudio de los principios constitucionales involucrados en el ejercicio de la magistratura, las relaciones de ésta con el gobierno y el parlamento, los problemas derivados del sistema de fuentes del derecho, así como los dilemas de la interpretación en todo el itinerario de la justicia constitucional.

No resulta extraño, por ello, que la actividad editorial haya encontrado en el profesor de Pisa, un decidido impulsor. Roberto Romboli es, en efecto, el Editor de la sección de Derecho Constitucional de la más importante revista de Jurisprudencia en la península itálica: *Il Foro Italiano* (publicación fundada en el año de 1876 por Enrico Scialoja). Este espacio es un referente obligado para el debate académico en torno a los problemas de mayor actualidad e importancia en el mundo del Derecho. Al mismo tiempo, el profesor Romboli forma parte del Comité Directivo de la *Rivista di Diritto Costituzionale*, de la cual ha sido, por cierto, uno de sus fundadores, e integra las direcciones de las revistas *Giurisprudenza Costituzionale* y *Questione di Giustizia*.

Roberto Romboli es discípulo del profesor Alessandro Pizzorusso y en esa tradición ha continuado la tarea de impulsar la reflexión y el debate sobre los problemas a los que se debe hacer frente desde el derecho público en Italia. Precisamente, la existencia del "Gruppo di Pisa" -cuyo fundador es el propio Romboli-, está marcada por ese compromiso. Esta asociación se reúne cada año, para discutir el amplio haz de problemas de la justicia constitucional, y congrega hoy a cientos de académicos, profesores y estudiantes universitarios de toda Italia.

El primero de los encuentros del "Gruppo", se produjo en Pisa, el 5 de mayo de 1990, casi por el influjo directo de las reformas que por aquellos años venían produciéndose en el ámbito de la *Corte Costituzionale*, en particular por el problema derivado del retraso en la emisión de sus decisiones y por los mecanismos constitucionales que se usaron para hacerle frente. Este escenario, pleno de interrogantes en torno a los valores involucrados en dicha reforma -debido a su impacto en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte misma-, fue el marco para la realización del encuentro denominado "la giustizia costituzionale a una svolta".

Desde aquella oportunidad y en forma disciplinada, el *Gruppo di Pisa* se ha reunido, cada año, en diferentes universidades de Italia

*trasformazioni costituzionali nell' età della transizione*. En: Incontro di Studio, Catanzaro 19 di febbraio 1999 al cuidado de Antonio Spadaro. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 169.

(6) Al respecto se ha precisado: "Las normas constitucionales no son otra cosa que la formulación sintética (...) de la matriz histórico-ideal del ordenamiento. Aquellas, de una parte, establecen la raíz y, de la otra, indican una dirección. Establecen el punto de referencia en el pasado y, en el mismo tiempo, orientan el futuro". En ZAGREBLESKY, Gustavo. *Storia e costituzione*. En: *Il futuro della costituzione* al cuidado de Gustavo Zagrebelsky y otros. Torino: Einaudi, 1999. p. 80.

(7) *Ibid.*; p. 75.

(8) *Loc. cit.*

prolongando el impulso del que Romboli fue partícipe y en el que ha venido actuando con liderazgo y sin pausa<sup>(9)</sup>. En los hechos, este trabajo ha convertido al *Gruppo* en uno de los espacios académicos más representativos del debate constitucional en la península y, por ello, en una de las fuentes más renovadoras y críticas de una cultura jurídica abierta y en decidida sincronía con la historia.

### 3. El juez preconstituido por ley como principio

Con esta preocupación se identifica *El juez preconstituido por ley*, libro que corresponde a la primera edición en español, de *Il Giudice Naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano* (Milano: Giuffrè, 1981). Se trata de una investigación relevante en el escenario de las democracias constitucionales: el principio que articula “el derecho del ciudadano a que el juez que lo juzgará no será, con seguridad, un juez parcial”, que en los términos propuestos por su autor, adquiere un valor instrumental inapreciable, debido a su incidencia en la democratización del proceso y del sistema judicial.

En realidad, los derechos adquieren sentido en gran medida, como resultado de los fallos judiciales.

Y como es sabido, las decisiones de los jueces pueden ser cruciales además, para la definición del sistema democrático, debido al poder derivado del control de constitucionalidad de las leyes, que a la larga implica la ratificación de la supremacía de la Constitución<sup>(10)</sup>. Por ello, si los jueces tienen poder para definir los derechos, también tienen la posibilidad de ratificar la voluntad ciudadana expresada a través de la Carta fundamental<sup>(11)</sup>. No es casual, entonces, que las reglas previstas para atribuir la competencia de juzgar, tengan un carácter realmente esencial para el ordenamiento como conjunto, al margen de la importancia que, por sí mismo, adquiere el caso concreto. Al respecto, conviene recordar -en los términos de Pizzorussos- que en los ordenamientos contemporáneos, “el sistema de fuentes se ha venido articulando en una multiplicidad de grados y de competencias haciéndose extremadamente complejo e intrincado, y donde, por lo tanto, es innegable que la obra de los jueces no puede ser reducida a la simple ejecución de la ley, más bien es de valorar el rol importante y autónomo que desempeñan en el proceso de creación y aplicación del derecho”<sup>(12)</sup>. El valor de la función judicial resulta “no solo de la interpretación del caso concreto sino de la posibilidad de fijar lo

- (9) El *Gruppo di Pisa* se volvió a reunir a propósito del debate sobre “libertà e giurisprudenza costituzionale” en Ferrara (21 de junio de 1991); en Perugia (22 y 23 de mayo de 1992) para el debate sobre “la Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato”; para la discusión de una tema de enorme trascendencia como “la motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale”, en Messina los días 7 y 8 de mayo de 1993; luego en Macerata los días 5 y 6 de mayo de 1994, la reunión giró en torno al argumento “i soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale”; más adelante en Génova (12 y 13 de mayo de 1995), para la reflexión sobre “l'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale”; siempre para profundizar en el quehacer de la jurisdicción constitucional, en Cagliari (24 y 25 de mayo de 1996) sobre, “giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”; en Milano, los días 16 y 17 de mayo de 1997 para discutir sobre el “contraddittorio nel giudizio sulle leggi”; en Palermo (28 y 29 de mayo de 1998) acerca de “il parametro nel giudizio di costituzionalità”; en Firenze los días 28 y 29 de mayo de 1999 para incidir en las “prospettive di accesso alla giustizia costituzionale”; en Napoli, 12 y 13 de mayo del 2000, para abordar “i rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale”. De nuevo en Pisa, la sede fundacional del *Gruppo*, se produjo la reunión de rigor durante los días 25 y 26 de mayo del 2001. El tema a tratar fue esta vez el “Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione”; luego, en Copanello, los días 30 y 31 de mayo de 2002 para confrontar un problema de presente y futuro: “La Corte Costituzionale e le Corti europee”; para la reflexión sobre los retos del proceso de regionalización, el *Gruppo* se reunió en Pavia (mayo 2003) con el argumento “La Corte Costituzionale ed il nuovo Titolo V della Costituzione (ordinamento regionale)”; para abordar los problemas sobre, “La Corte Costituzionale ed i processi di decisione politica”, en Otranto, los días 4 y 5 de junio de 2004; sobre la investigación de los fundamentos de la Constitución a través de la jurisprudencia constitucional, los días 3 y 4 de junio de 2005, Capri (Napoli), en el certamen denominado “Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni”; en el debate sobre la definición del papel del juez, el *Gruppo* se reunió en Acqui Terme (Alessandria), los días 9 y 10 de junio de 2006, a propósito del tema “I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi”. Recientemente, para discutir el asunto de los principios del proceso y su relación con la justicia constitucional, sobre “I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle sperienze della giustizia costituzionale” en Siena, los días 8-9 de junio de 2007.
- (10) En un trabajo más reciente, Roberto Romboli ha propuesto los escenarios posibles que el juez ordinario tiene frente a la interpretación de la Constitución y el poder que ella implica: i) interpretar la ley de conformidad con la constitución; ii) formular la *questione di costituzionalità* para el caso italiano (o bien inaplicar la ley, como se diría en el ámbito de nuestra tradición constitucional); iii) y, además, tiene la posibilidad de aplicar directamente la Constitución, cuando deba hacer frente a vacíos legislativos. Sobre el particular, véase: ROMBOLI, Roberto. *L'applicazione della costituzione da parte del giudice comune*. En: *Testi e questioni di Ordinamento giudiziario e forense*. Volumen I. Pisa: Edizioni Plus-Università di Pisa, 2002. p.258.
- (11) Se verifica hoy, como una realidad incontrastable, que los principios constitucionales se concretan directamente por el juez, en especial cuando el desarrollo de éstos conduce a resultados obligados, en un contexto operativo ya definido por el legislador. Los jueces no sustituyen a éste último, pero pueden, en ciertos casos, integrar la elección del legislador, precisamente, con la actuación del principio. Se trata, por cierto, de un proceso que discurre en el ámbito del Estado Constitucional, una organización política que tiene en los principios, la expresión de una voluntad ciudadana que es actualizada en forma dinámica y abierta, a través de lo jueces y en los casos concretos. Véase: LUTHER, Jörg. *Come interpretare i principi fondamentali della Costituzione*. En: *I principi fondamentali della Costituzione italiana. Lezioni*. Pisa: Edizioni Plus-Università di Pisa, 2002. p. 15 y siguientes.
- (12) En PIZZORUSSO, Alessandro. *La magistratura nel sistema politico*. En: *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento scienze giuridiche, economiche e politiche*. Volumen I. Giuffrè, 1983. p. 58.”

que deberá observarse jurídicamente en función del ordenamiento considerado en su realidad efectiva<sup>(13)</sup>. Es este el valor que de primera intención se identifica, precisamente, en el denominado principio del juez preconstituido por ley.

La definición que la *Corte Costituzionale* de Italia, instaura con su sentencia del 7 de julio de 1962, es el punto de partida para la exhaustiva búsqueda que el autor emprende, con el propósito de identificar las raíces históricas del principio del juez preconstituido por ley, pero al mismo tiempo es el escenario ideal para indagar en cada espacio abierto por la interpretación de la que está construida dicha sentencia. La enorme tarea que Romboli despliega con este propósito, se abre paso en medio de un amplio universo de problemas jurídicos, gracias a un arsenal de argumentos de sólida factura y contundente rigurosidad.

El sentido atribuido por la *Corte Costituzionale* al artículo 25, 1er párrafo, de la Constitución italiana (“Nadie podrá ser sustraído del juez natural establecido por ley”), como resultado de su decisión, ha sido clave para la reconstrucción de los elementos que han de configurar la idea del juez natural, luego reconceptualizada a través de la categoría “juez preconstituido por ley”. La sistemática propuesta - como advierte el autor- es definitiva y su enunciado es como sigue: “La preconstitución del juez por ley, consiste en la previa determinación de la competencia de éste, respecto de supuestos de hecho abstractos y siempre futuros”. Una competencia que debe ser fijada exclusivamente por ley y sin alternativas entre un juez y otro, que puedan ser salvadas *ex post* a través de disposiciones particulares.

De acuerdo a lo expuesto -en los términos de Romboli-, la *Corte Costituzionale* propone los tres elementos que estructuran el principio: i) la identificación de las normas sobre la “competencia jurisdiccional”, definidas como aquellas sobre las cuales recae la aplicación de la garantía constitucional; ii) la existencia de una reserva de ley absoluta sobre dicha materia, iii) y, en tercer lugar, la necesidad de que el juez competente sea instituido *a priori*, es decir, antes de que se produzca el supuesto de hecho materia de juzgamiento. A decir verdad, este pronunciamiento, antes que una radical innovación, implica un “redescubrimiento” -como se verá luego- comprobado por el enfoque histórico y analítico del que el autor se vale para dar visibilidad al sentido que este principio tuvo en el ordenamiento jurídico italiano, pero al mismo tiempo, se trata de una visión

que permite hacer frente a las contingencias del futuro al compás de la posterior jurisprudencia de la Corte sobre la materia.

No se debe pasar por alto que la riqueza interpretativa derivada del pronunciamiento de la *Corte*, guarda relación con la complejidad del problema al que se refería en ese caso: la “competencia prorrogada”. El supuesto abordado era muy preciso: la responsabilidad para determinar la competencia había sido transferida a la decisión discrecional de un sujeto distinto del legislador (el Ministerio Público o el propio juez). Por ello, en concreto, se trataba de un caso de regulación de la competencia, pero como resultado de la vulneración *ex post* de la reserva de ley.

Luces y sombras de la sentencia son aprovechadas al máximo, en el esfuerzo realizado por Romboli, para proyectar el escenario de aplicación del juez preconstituido por ley, en todos sus matices. Se afirma, entonces, que la norma sobre competencia jurisdiccional debe contener, junto al supuesto de hecho abstracto -como ya se ha visto-, el criterio de enlace con el juez que resultará competente, conforme a la norma en cuestión (por ejemplo, el juez del lugar en el que se acordó la obligación). Y ambos componentes (supuesto de hecho y criterio de enlace) deberán estar sujetos a la reserva de ley absoluta, es decir, con exclusión de cualquier otra fuente subordinada y, por lo tanto, de cualquier acto discrecional derivado de autoridad.

Es una arquitectura minuciosa la que se levanta para proveer el espacio de actuación y entidad al principio bajo estudio, que se expande -como anticipa Romboli- gracias a una doble estructura normativa. De un lado, la norma que concierne al ciudadano y protege el interés de que éste no sea apartado del juez asignado como competente por ley, *ex ante*, del hecho materia de juzgamiento. La segunda está referida al órgano judicial, como garantía de que los procesos que son de su competencia no le serán sustraídos, a través de alguna disposición particular de carácter discrecional, o bien a través de leyes con eficacia retroactiva. Ambos componentes, se explican y actúan en forma coherente entre sí, y, de este modo, se define con intensidad el carácter del principio.

A propósito de lo antes dicho, no sobra recordar que los principios son normas, que presentan un sentido abierto e indeterminado<sup>(14)</sup> (pero no indeterminable en los casos concretos). Ese rasgo distintivo permite que adquieran valor y eficacia frente a casos no predeterminados, lo cual, sin embargo, no permite inferir que tengan un carácter definitivo<sup>(15)</sup>.

(13) *Loc. cit.*

(14) LUTHER, Jörg. *Come interpretare i principi fondamentali della Costituzione*. Op. cit.; p. 12.

(15) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2002. pp. 86 y 88-89. En el mismo sentido LUTHER, J. *Ibid.*; p. 99.

Son en buena medida, razones *prima facie* y, por ello, se advierten como “mandatos de optimización”, porque pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida en que su verificación no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas, las cuales están determinadas por los principios y reglas opuestos<sup>(16)</sup>.

La doble configuración del principio en cuestión, permite inferir el carácter público del derecho del ciudadano a no ser apartado del juez competente, en un escenario delimitado además, por la garantía institucional específicamente atribuida al órgano judicial. Este enfoque reedita la relación entre principios y reglas en un contexto sugerente y complejo. Como se ha dicho, el principio tiene que leerse más allá del derecho individual y la garantía se explica en razón del carácter público, del cual forma parte tal derecho. Esta textura será la base que articule el entramado de reglas para definir la competencia en cualquier caso de conflicto. El principio del juez preconstituido por ley deberá, por tanto, primar con su mayor intensidad, cuando se tenga al frente una regla que resulte contraria al mismo, a menos que ella se deba a un principio diferente. En este último caso, la ponderación a que haya lugar, deberá valorar con prioridad el principio de mayor peso<sup>(17)</sup>, a través de los argumentos que permitan justificar las condiciones bajo las cuales -en los términos de Alexy- uno de los dos principios involucrados debería tener precedencia (condicionada, para el caso concreto) respecto del otro que, entonces, debería ceder<sup>(18)</sup>. Sin embargo, como parece evidente, en el caso del juez preconstituido por ley, la compleja red de principios y derechos a los que se encuentra inevitablemente asociado, lo convierten, a su vez, en un principio de necesidad estratégica y por ello de difícil ponderación.

#### 4. Independencia e imparcialidad: del juez natural al juez preconstituido por ley

En efecto, el principio del juez preconstituido por ley, así definido, cumple un papel que incide en el resguardo de las garantías de imparcialidad durante el proceso. En realidad, se trata de una asociación crucial -como hace notar Romboli-, respecto de la

actuación del juez en el momento del concreto ejercicio de su función, que, por cierto, no pierde de vista el soporte que en la misma dirección cumple la independencia.

Precisamente, destaca como una condición esencial en dicho escenario, la independencia judicial. Es en el marco de esta que la función del juez despliega su labor interpretativa, para definir el sentido de los derechos y libertades públicas. Y es esta la nota que define el “modo de ser” de lo judicial en el Estado democrático. La independencia se manifiesta como expresión de la no sujeción orgánica (externa) o bien como expresión de la no subordinación a jerarquías internas del magistrado -considerado individualmente-, o de algún cuerpo de magistrados, respecto de directivas de grados superiores (independencia interna), que puedan influir en la adjudicación de derechos y garantías en los casos concretos<sup>(19)</sup>.

Pero -como advierte el profesor Romboli- la independencia no garantiza, por sí sola, la existencia de imparcialidad. Deducir esta relación en forma mecánica, puede resultar altamente engañoso, al traer implícita la necesidad de predicar la imparcialidad de los fallos judiciales, no obstante que pudiera tratarse de una decisión substancialmente injusta<sup>(20)</sup>. Así, queda claro que “un juez no independiente será siempre un juez parcial”, pero al mismo tiempo también queda claro que, “un juez independiente no sea, por ese sólo hecho, imparcial en el concreto momento de juzgar”. Es en este punto que el principio del juez preconstituido por ley, adquiere una función de primer plano. Con él se pretende garantizar la imparcialidad entendida no como “neutralidad” respecto de la causa sobre la cual se va a decidir, antes bien se quiere que el juez competente no sea uno elegido específicamente para el proceso en cuestión.

Ocurre que la imparcialidad es un aspecto que atañe al propio juzgador, quien debe lograr decisiones y acuerdos, en medio de profundas diferencias derivadas de factores diversos y de distinto orden (culturales, psicológicos, económicos, etcétera) y, por ello, no es posible predicar -o garantizar- su existencia a través de alguna regla o

(16) *Ibid.*; pp. 12 y 13.

(17) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 80. En los términos de Alexy, la colisión de principios tiene lugar “en la dimensión del peso”; véase además ALEXY, Robert. *Op. cit.*; p. 89.

(18) ALEXY, Robert. *Op. cit.*; p. 93.

(19) Es importante recordar que el carácter de la organización judicial en el caso italiano, es contrario a cualquier construcción de tipo piramidal visible en su estructura. Véase SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e giudice nel sistema costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 142. Este sentido horizontal, derivado de la noción de “independencia” interna, permite predicar el “carácter difuso” del poder judicial; esto es, que la atribución de lo judicial recae en cada juez, de manera que no existe entre ellos distinción alguna, salvo la que proviene de la diversidad de funciones. En ROMBOLI, Roberto. *La garanzia del giudice naturale preconstituito per legge*. En: *Ordinamento giudiziario e forense*. Volumen I: Pisa: Edizioni Plus, 2002. p. 146.

(20) GONZALES M. Gorki. *Interés Público y legitimidad del Poder Judicial*. En: *Derecho y ciudadanía. Ensayos de Interés público*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2002. p. 260.



previsión que ofrezca certeza sobre su vigencia. La imparcialidad, en todo caso, no quiere decir certeza (o fijeza) sobre el derecho ni sobre las decisiones a las que arriben los jueces, pues ambos aspectos, en el escenario actual del Estado Constitucional, forman parte de la dinámica de la interpretación y el influjo de los principios<sup>(21)</sup>.

Más bien, -como apunta Romboli- el objetivo del propio sistema constitucional y legal es brindar las condiciones *ex ante* que, en todo caso, permitan garantizar al ciudadano, la certeza de que el juez que lo juzgará, “no será seguramente parcial”. Este es el reflejo más claro de la presencia del juez preconstituido.

##### 5. Lo natural y el derecho: del juez imparcial por “esencia” al juez argumentativo

La presencia de “lo natural” en el derecho, forma parte de una tradición teórica que con distinta intensidad y escasa claridad, ha tenido influencia en el desarrollo de nuestra cultura jurídica. En realidad, los cambios de paradigma al interior de la tradición *iusnaturalista*, no han logrado -también si se piensa en lo ocurrido en el escenario del derecho peruano-, representaciones nítidas en el discurso legal, pero ello no ha sido obstáculo, sin embargo, para que se haya derivado de él un uso adecuado a las circunstancias y a la política del derecho ejercida desde los escenarios oficiales.

Desde cierta visión primigenia que caracteriza a las leyes como el reflejo de lo inmutable en el espacio, asociado a la eternidad en el tiempo, o bien de la influencia del factor divino en su base y articulación, como resultado de la palabra de Dios a través de los textos sagrados del cristianismo<sup>(22)</sup>, para arribar a la definición del Derecho como resultado de la razón y la voluntad del legislador<sup>(23)</sup>, la idea de lo natural, así prevista en el Derecho, ha tenido un uso instrumental y oportunista: para congelar el sentido de algunas instituciones y difundir, al resguardo de la autonomía de cátedra, una perspectiva jurídica construida a partir de prejuicios y comprometida con visiones perfeccionistas y autoritarias de la sociedad.

La noción del “juez natural” bien puede corresponder a un imaginario del tipo descrito. Y quizás sus expresiones más notorias podrían identificar en su alcance, antes que razones derivadas de algún atributo consustancial del sistema judicial en un Estado democrático, la referencia a categorías “esenciales”, originarias de todo bien, por eso, el “juez natural” se conectaría a la idea de un juez imparcial, capaz de proponer decisiones “justas”. La dudosa consistencia del perfil propuesto, se extiende incluso, hacia la posibilidad de incorporar en el interior de la noción del “juez natural”, un abanico sumamente amplio y hasta infinito de atributos y garantías que buscan emparentarse con el sistema democrático, pero que por el origen del que provienen, se ven más cómodas en cualquier escenario autoritario.

El diagnóstico se agrava al considerar que el juez natural, en referencia, es además, un funcionario que debe aplicar las normas en su papel de “boca de la ley”, pues sus palabras y decisiones “legítimas en sí mismas” terminarán dotando de legitimidad a la voluntad del legislativo, sin crítica ni valoración referida al caso concreto<sup>(24)</sup>. No es pues del todo ingenuo el uso de la expresión “juez natural” en el lenguaje jurídico de nuestros tiempos.

La investigación desarrollada por el profesor Romboli, enfrenta la incertidumbre que este particular problema genera en la comprensión del papel del juez. Los insospechados extremos a los que se puede arribar gracias a la falacia de “lo natural” son deslegitimados por el minucioso contraste sostenido para develar la distancia entre ese enfoque, la función del juez y la democracia constitucional. En esta última, el juez sólo responde al mandato de los principios que dan sentido al sistema político y a los derechos. El sentido que éstos adquieren, se vincula en alto grado a la actividad de los jueces, la cual provee unidad al sistema legal como conjunto. Una unidad que resulta menos un dato *a priori* -producto de la decisión del legislador- y se convierte más en una tarea *a posteriori*, derivada de los esfuerzos de articulación de los principios del sistema<sup>(25)</sup>.

Visto así, el juez preconstituido por ley se debe a las exigencias de la función judicial en el Estado

(21) ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta - Comunidad de Madrid, 1995. pp. 146-147.

(22) BARBERIS, Mauro. *Filosofía del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1993. pp.16-20.

(23) TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. pp. 42-50.

(24) En esa misma dirección, el profesor Juan Monroy Gálvez -refiriéndose al caso peruano- ha puesto en relieve que los avances producidos en el ordenamiento constitucional, por ejemplo, con la creación del Consejo Nacional de la Magistratura, no encubren, en los hechos, “el mantenimiento de una mentalidad conservadora en el juez, quien, muchas veces, termina marginado, sin advertirlo y sin que de él surja una reacción, por una máquina que reduce su función a aplicar la ley, es decir, que lo arrincona para que sólo protocolice las opciones valorativas tomadas por el legislador, sin posibilidad de constituirse en agente político de la sociedad, en el instrumento sensible y orientador de las exigencias axiológicas colectivas de su comunidad”. EN: MONROY GÁLVEZ, Juan. *De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiano de oxymoron?*. En: *Cuadernos de Política Judicial. Revista de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional*. Número 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre de 2003. p. 60.

(25) LUTHER, Jörg. *Ragionevolezza (Delle leggi)*. Estratto dal Digesto. 4ta edición Volumen XII Torino: UTET, 1997. p. 347.

Constitucional. Si en el pasado Estado de Derecho<sup>(26)</sup> -léase Estado Legislativo, aún vigente en muchos aspectos de la cultura institucional de nuestro país-, los jueces estaban subordinados en su actividad a la aplicación de la ley, un nuevo tipo de juez emerge del reconocimiento de los derechos en las Constituciones del mundo contemporáneo. En un contexto en el cual, la posición de aquellas se advierte como referente del ejercicio del poder político para la protección de los derechos más allá de la ley, la presencia del juez reajusta sus prioridades y redefine su instrumental teórico para satisfacer la demanda de los casos, por encima, incluso, de la voluntad legislativa. Es por ello que los jueces tienen, entonces, la obligación de acreditar sus decisiones, lejos de todo ejercicio discrecional, con argumentos y razones de factura constitucional<sup>(27)</sup>.

Por lo tanto, la prohibición de instituir jueces extraordinarios junto a la predeterminación legal de la competencia de aquellos, antes del hecho materia de juzgamiento, no se predica de alguna calidad "natural" atribuida al juez ni se vincula a la idea de un juez capaz de desempeñar su actividad en términos de "neutralidad". Por el contrario, en este último sentido -como bien apunta Romboli-, se auspicia el libre juego de los valores culturales que dan vida a la diversidad ideológica de la que participa la judicatura en un Estado democrático. Se busca evitar que las decisiones o enfoques precedentes de los magistrados puedan servir como "razón" para la determinación de la competencia en supuestos posteriores. La preconstitución del juez contribuye a garantizar este plexo de valores, en coordinación con los demás principios constitucionales que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta última consideración permite apreciar con mayor intensidad la importancia del juez preconstituido, como instrumento que contribuye a garantizar el desarrollo de un escenario confiable y propicio para la argumentación de las decisiones judiciales<sup>(28)</sup>.

#### 6. El juez preconstituido entre la abstracción orgánica y la realidad del proceso

Pero este mismo juez deberá hacer frente a un conjunto de demandas específicas que exigirán de él, cierto tipo de especialización -léase idoneidad

como condición requerida por el ordenamiento constitucional- para resguardar el derecho de las partes y de la ciudadanía que espera respuestas razonables y legibles en términos constitucionales desde el caso concreto, respuestas que permitan enriquecer la cultura de los derechos y reforzar, en tal medida las bases del sistema democrático.

Incide en el grado de complejidad de los casos - como también anota Romboli- la dificultad para precisar los problemas jurídicos, la claridad fáctica que lo suscita, así como la consistencia de las fuentes del ordenamiento legal y de los principios aplicables al mismo. Por cierto, la carga procesal y otras particulares exigencias del servicio de justicia, forman parte también del "estado de cosas" en donde el juez debe articular su estrategia de razonamiento para emitir sus decisiones.

Al respecto, vale la pena recordar que las denominadas exigencias derivadas de la actividad judicial, no han estado ausentes en el discurso oficial de nuestra propia realidad. Al contrario, en medio de la penumbra creada por la ausencia de información o, en el mejor de los casos, debido al carácter parcial e inseguro de los distintos indicadores del sistema judicial<sup>(29)</sup>, ellas han sido invocadas desde hace décadas, como justificación maximalista -y autónoma- para poner en marcha distintos procesos de reforma que, paradójicamente, han contribuido a retroalimentar la misma crisis que se pretendía reformar. Sin embargo, -como precisa Romboli- tales exigencias son "variables dependientes" de las cuales no es razonable, por lo tanto, derivar algún valor autónomo<sup>(30)</sup>, que pueda ser protegido respecto de los principios constitucionales que concurren en el caso.

Sólo cuando la prevalencia de los principios hubiera sido alcanzada, quedará abierta la posibilidad legítima, de aplicar los mecanismos necesarios para superar los "problemas prácticos" involucrados en un caso complejo e inclusive, se puede afirmar que la eficacia de los mismos dependerá, en gran medida, de su calidad para dar flidez al principio del juez preconstituido.

Todo indica, entonces, que el juez preconstituido no se agota en su relación con el órgano judicial. Ni los principios ni las reglas referidas al ámbito de lo judicial, podrían imaginarse sin un vínculo preciso

(26) Véase ZAGREBLESKY, Gustavo. *Op. cit.*; pp. 21-23.

(27) Es decir, las razones y argumentos que ofrecen, en última instancia, una justificación válida. En: OST, Françoise y Michel VAN DE KERCHOVE. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001. pp. 263-264.

(28) ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*; p. 146. Al respecto se sostiene que este escenario es útil, además, para preservar otros principios, tales como la igualdad, la previsibilidad, así como el carácter no arbitrario de las decisiones judiciales.

(29) Véase GONZALES, Gorki y otros. *El Sistema de Justicia en el Perú: un enfoque analítico a partir de sus usos y usuarios*. Informe final de la Investigación realizada con el auspicio del Banco Mundial - Oficina para Latinoamérica y el Caribe. Lima, 2002.

(30) Para usar la expresión de Romboli "El problema de las llamadas exigencias prácticas de la eficiencia de la función jurisdiccional, es un falso problema, (...) se trata, como se ha afirmado, con el empleo de un término matemático, de una variable dependiente, justamente en tanto depende de otros valores que, respecto de ella, son independientes o predominantes". p. 272.

con el juez concreto de la causa. Más aún, conforme se ha sostenido, el carácter más relevante de la aplicación de tal principio, se encuentra en la idea de imparcialidad, como garantía que da al ciudadano “la certeza de que quien lo juzga no será, con seguridad, un juez parcial”. Y parece evidente que ello sólo resulta predicable del magistrado físicamente considerado. Admitir que el juzgador es el órgano judicial<sup>(31)</sup>, sería como aplicar una abstracción, desconectada del proceso y de la decisión judicial, que vacía de contenido el principio y desvanece la noción del juez preconstituido.

De otra parte, en la línea de lo expuesto, no parece innecesario agregar que el carácter argumentativo del juez, cuyo contexto se busca garantizar en el escenario judicial, también a través de las garantías *ex ante* del juez preconstituido, sólo puede hacer referencia al juez físicamente considerado.

En suma, la validez<sup>(32)</sup> de cualquier esquema creado para la atribución de la competencia de los magistrados, depende de la rigurosidad con que se busque realizar el principio del juez preconstituido. Esta es la premisa para los ordenamientos que otorgan a las autoridades judiciales, algún tipo de capacidad para decidir sobre materias vinculadas a las competencias, en particular cuando se trata de lo referido a la carga procesal u otras vinculadas a las exigencias del servicio de justicia. Todo atisbo de discrecionalidad en el ejercicio de este poder, puede resultar contrario al significado del principio del juez preconstituido por ley, y favorable a la pervivencia de formas autoritarias y jerarquizadas en un escenario judicial, en donde la independencia interna del juez se tornará, por esa misma causa, débil e intermitente, y la imparcialidad se habrá convertido en una posibilidad negada.

## 7. El enfoque metodológico para una investigación comprometida con la democracia del Estado constitucional

El andamiaje teórico propuesto por el profesor Romboli, se nutre de una perspectiva que ubica al principio del juez preconstituido, como premisa para la democratización del proceso y la definición de un

modelo no autoritario de justicia. Es este un rasgo esencial que alude al enfoque metodológico y su impacto en el espacio más amplio de la cultura legal. Se trata de una apuesta cuyo itinerario se enlaza a un esfuerzo de reconstrucción histórico-jurídica sobre el significado que el juez preconstituido ha tenido desde sus antecedentes clásicos.

Este punto de partida, sugiere por contradicción, cierto atisbo de nuestra realidad jurídica. Basta con echar una mirada al proceso de recepción que ha constituido nuestro ordenamiento legal, para verificar la ausencia de estudios semejantes en el ámbito de la cultura oficial del derecho y los escasos intentos que en ella se identifican por releer las teorías importadas a la luz de nuestra realidad. Al final, se ha propiciado un tipo de cultura legal alimentada de una retórica de los conceptos en el vacío, con categorías de las que se pretende derivar “realidades”, como si el derecho fuera una entidad dada. Una visión paradigmática de lo jurídico dotada de “cientificidad” y “neutralidad” como parte de un ensamblaje teórico que ha sido provisto por las facultades de derecho a lo largo del siglo XX y de la que aún hoy no se libran<sup>(33)</sup>.

Incluso en la investigación, la ausencia de un análisis crítico y el culto a la ley, se combinan con una fijación en el argumento de autoridad, propio del formalismo. Sin contexto histórico de referencia, dicho enfoque lleva consigo un enorme déficit de originalidad como resultado de esta forma de entender la investigación, que se acrecienta, en muchos casos, debido a las fuentes usadas, austeras en cantidad pero también en calidad. La “investigación” produce de esta manera, un razonamiento distante del esfuerzo propio, como resultado del análisis de la realidad, sino, que está ya dado por la “realidad” de la “teoría”. De este modo se entiende el desfase entre ésta (la teoría del Derecho) y todo lo que existe en la sociedad, es decir, desigualdad, ideologías políticas o fragmentación social, pues es probable que ni siquiera sean consideradas en el núcleo de la efectividad del Derecho.

En contraposición a lo descrito, el profesor Romboli propone un exhaustivo ejemplo de análisis y crítica -para identificar el significado del juez preconstituido-, en la dinámica de una cultura legal

(31) *Ibid.*; p. 216.

(32) Parece oportuno recordar que la validez de las normas jurídicas no se agota en la dimensión interna del ordenamiento jurídico. En otras palabras, junto a la determinación de la autoridad competente y el procedimiento institucional para la aprobación de una norma debe considerarse, además, la eficacia social, así como la corrección material en el ámbito de los principios y la justificación moral del sistema constitucional. En este sentido, véase: ALEX, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994. pp 94-95.

(33) Los estudios más recientes sobre la enseñanza del derecho en el país, muestran la precaria situación en la que ésta se encuentra. La informalidad, la masificación, la ausencia de compromiso institucional, el empobrecimiento del nivel académico, son sus rasgos más importantes. Al respecto véanse MONROY GÁLVEZ, Juan. *Diseño de un modelo educativo alternativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima* (documento). Lima, sin fecha; PÁSARA, Luis. *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Ministerio de Justicia, 2004. También: GONZALES MANTILLA, Gorki. *La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades*. En: *DERECHO-PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Número 56. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2003



atravesada por procesos políticos de profundo significado histórico, ideológico-político (en particular por las décadas del fascismo) y, por lo tanto, de enorme impacto en el Derecho.

Roberto Romboli apela al derecho “viviente”, es decir, el que surge de las decisiones jurisprudenciales, en su contraste con la realidad de los casos, y del influjo que éstos ejercerán sobre ella hacia el futuro. No es ajena a esta realidad, la argumentación producida en los distintos espacios institucionales (incluso el de la política), ni la interpretación de los juristas confrontados con su contexto histórico. Éste último, en consecuencia, se convierte en un poderoso arsenal para confrontar los consensos y contradicciones que concurren en la aplicación del juez preconstituido por ley.

No será suficiente, por ello, asumir que la influencia atribuida al ordenamiento de la Francia revolucionaria, en la afirmación del principio en toda Europa, sea una razón suficiente para explicar y

justificar sus cambios, menos aún del sentido que éste ha adquirido debido a su actuación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Italia. El acerado razonamiento de Romboli discurre con firmeza a lo largo de este itinerario en busca de precisar la especificidad de estos vínculos, para emitir un juicio crítico que no da tregua al argumento de autoridad.

El juez preconstituido por ley es también un libro diseñado por una estrategia de justificación desde el ámbito constitucional, que hace de la Constitución su punto de enlace con los distintos espacios e instituciones públicas que delimitan la función judicial. Un esfuerzo que no se agota en los dilemas técnicos de las disciplinas comprometidas y en el que, más bien, el profesor de la Universidad de Pisa, se brinda así mismo la pausa necesaria, para expresar su punto de vista, abierto, comprometido con la idea de un sistema judicial democrático y de un juez del Estado constitucional. <sup>15</sup>