

# Un mal consejo para los consejeros

## El problema de la ratificación de jueces en la Constitución

Fidel Montoya Chávez  
Víctorhugo Montoya Chávez(\*)  
Abogados.

### Cuestiones iniciales.

Aun cuando históricamente el proceso estatal peruano se ha encontrado signado por el deseo de los gobiernos de manejar y manipular con suavidad y sutileza -a veces, no tanto- a los jueces, lógicamente esta circunstancia nunca ha sido aceptada y menos aún reconocida por los detentadores del poder, al convenir y exhibir ilusoriamente una autonomía para los tribunales<sup>(1)</sup>. Frente a esta situación fáctica, el deseo público y general siempre estuvo ajustado a la idea de que exista un organismo independiente de los avatares políticos, y evitar así los peligros intervencionistas que tanto menoscabo habían ocasionado al país.

Esta aspiración hizo que para reconducir la eficacia y soberanía judicial, en 1993 se decidiera incluir en la Constitución la renovada<sup>(2)</sup> y trascendente figura del Consejo Nacional de la Magistratura, que contó con un inicial agrado social<sup>(3)</sup>. Sin embargo, por más que la aspiración originaria yacía en que al Consejo le correspondería contribuir a una clara separación de poderes (disfrutar de un Poder Judicial insubordinado y soberano)<sup>(4)</sup>, una de las funciones que se le llegó a asignar parece descubrirse como incongruente respecto al fin absoluto de la Norma Fundamental.

La situación objetiva es que la ratificación de jueces que realiza el Consejo (se evalúa el rendimiento jurisdiccional, la capacitación y la conducta funcional

- (\*) Dedicamos el artículo a nuestra Lucy, esposa y madre, siempre amorosa, excepcional y maravillosa. Además, agradecemos a Luis López Guerra por proponer el tema de la presente investigación, y que fuera desarrollado en la monografía final del curso de Derecho Constitucional-Tutela judicial (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de Madrid) y lo calificara como sobresaliente.
- (1) Si se desea comprender el interés gubernamental de controlar a los jueces, revisar las obras de GARCÍA BELAÚNDE y PLANAS. *La Constitución traicionada*. Lima, 1993. p. 50; GONZÁLEZ MANTILLA. *El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna*. En: *Cuadernos de Política Judicial*. Año 1. Número 1. Lima, 2003. pp. 62 y ss. La independencia aparece como "una retórica deliberada, como ha sido a lo largo de la historia republicana, un reflejo calculado de la agenda política".
- (2) Digo renovada, y no nueva, puesto que si bien ésta era la primera vez que existía un Consejo Nacional de la Magistratura hubo alguna experiencia previa análoga. Si bien desde 1915 han existido propuestas para una institución de esta índole (eso sucedió con el Jurado de la Magistratura promovido individualmente por León y León), fue recién durante el gobierno dictatorial y autoproclamado como revolucionario de Velasco Alvarado, cuando tal idea es puesta en la práctica. El Consejo Nacional de Justicia, compuesto por dos delegados del Ejecutivo, dos del Legislativo, dos del Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, uno del Colegio de Abogados de Lima y dos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales más antiguas, tuvo competencia para elegir a los magistrados del Poder Judicial, y que a la vez asintió el cese de todos los magistrados supremos, aunque ya antes de su creación, una ratificación fue realizada por el Ejecutivo de manera extraordinaria (a noventa días de iniciado el régimen) a fin de que la Corte Suprema sólo constase de dieciséis miembros (Decreto Ley No. 18601).
- (3) Para García Belaúnde, con la nueva Constitución "se fortaleció y democratizó el Consejo Nacional de la Magistratura, que no tiene vinculación con el poder político y con plenas facultades de Gobierno, en lo relacionado con la selección, nombramiento y sanciones de la judicatura". GARCÍA BELAÚNDE. *Gobierno y administración del Poder Judicial*. En: *Ius et Veritas*. Año VIII. Número 14. Lima, 1997. p. 26.
- (4) De esa forma, nuestra Norma Fundamental remite "con toda crudeza el problema a la independencia real del Consejo en orden a determinar el auténtico grado de independencia frente al Ejecutivo de los miembros integrantes del Poder Judicial". FERNÁNDEZ SEGADO. *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú*. En: *Revista de Estudios Políticos*. Número 84. Madrid, 1994. p. 58.

de cada magistrado), constitucionalmente admitida y desarrollada por su ley orgánica, quizás termine siendo contraproducente a su objetivo inicial y acabe por perfilarse como una refinada afectación a la indemnidad del Poder Judicial. Por tanto, la pregunta que fluye será si este cometido ha llegado a convertirse en un perjuicio a la democracia y a la división de funciones reconocidas en la Norma Fundamental, o si por el contrario efectivamente se está contribuyendo a la independencia de la judicatura.

Para tratar de responder tales interrogantes hemos tratado de realizar un análisis teórico-práctico de la cuestión (de normatividad<sup>(5)</sup> y realidad<sup>(6)</sup>), aunque el énfasis constitucional es más que evidente. En tal sentido, iniciamos el análisis reconociendo cómo se deben presentar relaciones adecuadas entre dos órganos constitucionalmente erigidos (acápito 1) para que a partir de ello podamos decretar cómo se realizan las funciones en el Consejo y en el Poder Judicial (acápito 2) y revisar finalmente si los nexos entre ambas se condicen con el mandato constitucional (acápito 3).

## 1. El marco jurídico de la armonía.

Sobre la base de una clara línea divisoria que se les formula, las Normas Fundamentales han llegado a consentir y disponer la eficacia y capacidad de las diversas instituciones constitucionalmente reconocidas para actuar con total independencia entre unas y otras. Por tal fundamento, el rol que desempeña

el Consejo Nacional de la Magistratura debe encontrar una frontera palpable y palmaria en la actividad que cumple el Poder Judicial.

Así, sobre la base del contrapeso estatal (acápito 1.1) podremos entender cómo las articulaciones que existirán entre el Consejo y el Poder Judicial (acápito 1.2) sustentan todo tipo de armonía en el desarrollo constitucional.

### 1.1. Equilibrio en el Estado.

No debemos engañarnos entendiendo la correspondencia entre ambos en un sentido estático, sino que debemos llegar a contemplar que las relaciones que de la propia Constitución manan permiten tanto la separación real entre ellas, como un equilibrio que posibilite su existencia y eficacia ostensible<sup>(7)</sup>. Mas no hay que olvidar que la efectividad de estos órganos, comenzando por la de los tres grandes clásicos Poderes del Estado, fue postulándose poco a poco, y de este proceso se ha servido el pensamiento constitucional para configurarlos correctamente, base sobre la cual se entenderá el fenómeno que hoy ocurre en el Perú respecto a una supuesta falta de armonía entre ellos y cuya matriz aparece -increíblemente- en la propia Norma Fundamental.

La diferenciación entre las funciones asignadas al Consejo Nacional de la Magistratura y al Poder Judicial debe estar sustentada en su participación de la cuota del poder estatal, no presentándose uno más importante que el otro (pensamiento británico<sup>(8)</sup>), sino

(5) A lo largo del presente trabajo hemos utilizado diversas normas entre las que se encuentran, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH), Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF), Constituciones (C), Proyecto de Ley de Reforma Constitucional (PLRC), Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM), Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley de Bases para la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo No. 276 (LBCARSP), Reglamento General del Proceso de Evaluación y Ratificación, Resolución No. 043-2000-CNM (RGPER), Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo (RPD) o Reglamento de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo No. 005-90-PCM (RCA).

(6) Para interpretar satisfactoriamente la Constitución nos hemos entrevistado con algunos magistrados -jueces, vocales superiores y supremos, a los cuales no identificaremos al estar impedidos de declarar, salvo permiso especial que les otorgue el propio Poder Judicial-, puesto que juzgamos imprescindible acceder a su postura para conocer su sentimiento real frente a la actividad del Consejo Nacional de la Magistratura, y de esta forma, contrastar de forma oficiosa las conclusiones a las que la investigación doctrinal ha permitido arribar.

(7) Lo que se busca es determinar si el propósito constitucional de la ratificación, sustentado en que el Gobierno del Estado, "se organiza según el principio de la separación de poderes" (artículo 43 de la constitución *in fine*), o si finalmente se ha visto sobrepasado por las terribles condiciones en que se ha desarrollado.

(8) A partir de la *Carta Magna Libertarum*, Gran Bretaña aparece como el punto de inflexión en el que el poder real -antes intocable- empezó a ser enfrentado (no se destruye la monarquía pero ya existen atisbos de democracia). En fin, exhiben una forma mixta de Gobierno, pero "más que concepción de un poder plural, lo que existe es una concepción plural del ejercicio del poder". ARAGÓN REYES. *Constitución y control del poder*: Buenos Aires, 1995. p. 18. Esta concurrencia en el poder hace que se generen inexorablemente una pluralidad de controles, de naturaleza diversa pero interesantes todos ellos, como en cierta forma se ha querido lograr con el Consejo Nacional de la Magistratura respecto al Poder Judicial.

que su constante e inquebrantable correlación (idea de Montesquieu<sup>(9)</sup>) y su plena proporción (corriente estadounidense<sup>(10)</sup>) coadyuvará la eficiencia de cada uno de ellos, al presentarse como un mecanismo eficaz para canalizar la demanda del respeto personal (concepto de Locke<sup>(11)</sup>), en un sentido social y de realidad política (planteo del siglo pasado<sup>(12)</sup>). En fin, la exigencia constitucional para lograr la plenitud de todos sus órganos aparece como el verdadero contrapeso - balance racional- entre las instituciones que la misma Norma Fundamental dota de relevancia, a fin de certificar a la sociedad que su libertad esté asegurada y que la democracia siga brindándole certidumbre.

Una Constitución merece ser analizada desde una perspectiva razonable e integradora, y no sólo desde el punto de vista formal<sup>(13)</sup>. En tal sentido, es entendible que en la nuestra de 1993 se haya ansiado conseguir

que el Poder Judicial cuente con un funcionamiento efectivo, apartando del cargo -a través de su no ratificación- a los jueces que no hayan cumplido con las expectativas cifradas en su actividad, aunque naturalmente este respetable intento no podría sustentarse en el desmedro de la independencia de uno de los órganos.

Hay que intentar, por tanto, que las relaciones entre esta dualidad de órganos sean encaminadas hacia su equilibrio, según una visión de “coordinación en función unificante”<sup>(14)</sup>. La Constitución va a reformularse o reescribirse en cada momento según el comportamiento de los operadores y las reacciones sociales frente a él; nada de esto implica, necesariamente, un cambio de sí misma, encontrándola en un sentido de *Living Constitution* (Constitución viva del interpretativismo norteamericano), en

- (9) Montesquieu empieza a diseñar la idea de una clara e inequívoca división de poderes, en donde ellos estarían interconectados, lográndose así frenar el poder. MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid, 1985. p. 113 (los poderes “deberían conducir a una situación de reposo o una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse”). En esta época, ya el Poder Judicial comenzaba a actuar coherentemente con el resto del Estado.
- (10) En el incipiente constitucionalismo estadounidense, según Hamilton, Madison y Hay, en el Estado libre y constitucional, la división de poderes se respalda en la garantía máxima de la libertad: el equilibrio fundamentará el edificio constitucional. HAMILTON, MADISON y HAY. *El Federalista*. México, 1994. p. 220 (el fin esencial del Estado será “fundar sobre una base apropiada el ejercicio separado y distinto de los diferentes poderes gubernamentales, que hasta cierto punto se reconoce por todos los sectores como esencial para la conservación de la libertad”). Con respecto al tema que importa este trabajo, debe tomarse en consideración que el sustento del balance entre las instituciones admite la posibilidad de que los controles intergubernamentales no impidan la libertad exigida para cada una de ellas, y es en esta idea en que debe analizarse la actividad del Poder Judicial.
- (11) El esbozo doctrinal del *checks and balances*, planteado por Locke, bosqueja la idea del “Gobierno bien equilibrado”. LOCKE. *Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid, 1990. pp. 105-112 (todo hombre que consiente “con otros en la formación de un cuerpo político bajo un solo Gobierno, se pone a sí mismo bajo la obligación, con respecto a todos y cada uno de los miembros de ese cuerpo, de someterse a las decisiones de la mayoría y a ser guiado por ella”). Quizás por tal motivo, es interesante observar cómo el Consejo Nacional de la Magistratura busca estar en contacto directo con la población, llegándose a efectivizar la teoría de poder-relación, a fin de lograr un *equilibrium of powers*.
- (12) El nuevo movimiento del siglo XX permitió una transformación real en la política, la misma que intenta estimular la transformación constitucional (en el pensamiento estatal en el siglo XIX se produjo un desorientado retroceso, según del análisis de la situación francesa por parte de Jellinek. JELLINEK. *Teoría general del Estado*. México, 1970. p. 466; HAURIOU. *Principios de Derecho público y constitucional*. Madrid, 1927. p. 156 con el propósito de regresar a la idea originaria del control como elemento esencial del Estado moderno y constitucional, pese a que ello surgiría por diversos motivos, como puede ser la realización smendiana de valores en la Constitución (¿se están respetando los valores con la intervención del Consejo?), la interacción existente dentro de ella de las normas jurídicas y la realidad política, según Triepel (¿la realidad política justifica la constitucionalización de la no ratificación?), la asunción en Sèller de la función social del Estado (¿la ineficacia del Poder Judicial que afecta a la sociedad facilita la actividad del Consejo?) o el límite kelseniano del poder reivindicado desde la propia lógica del sistema normativa (¿habrá una inconstitucionalidad de una norma de la propia Constitución?).
- (13) Ya desde hace tiempo se ha venido afirmando que “la sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes, carece de Constitución”. (artículo 16 DDHC). Y ello es si puesto que todo tipo de vigilancia dentro del Estado debe ser legítimo y no especulativo, pues “si está distribuido y ejercido conjuntamente, el poder está, al mismo tiempo, limitado y controlado”. LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, 1976. p. 232. aunque -y eso no debe ser desdeñado- dotar de “menos poder a los gobernantes no significa necesariamente más poder para los gobernados”. SARTORI. *Teoría de la democracia*. Madrid: 1988. pp. 1-164. Lograr este balance “depends on a way of thinking that creates multiplicity everywhere so that an equilibrium created from the imminent dynamics of a system of negotiations replaces absolute unity”. SCHMITT. *The crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, 1988. p. 40.
- (14) Häberle expresa que las normas deben ser examinadas mediante una visión en conjunto de las mismas, que tome en cuenta el significado que tienen éstas como elementos constitutivos de un sistema unitario, siendo por ello -al igual que los bienes jurídicos constitucionales- el presupuesto de la “coordinación en función unificante”, *einheitsbildende zusammenordnung*, que la Constitución se propone alcanzar. HÄBERLE. *La libertad fundamental*. Lima: 1995. pp. 56 y ss.

contraposición a una posición rígida como es la “Constitución Estatua” (teoría austríaca de la petrificación, *versteinerungstheorie*).

A pesar del dinamismo interpretativo que encierra la Norma Fundamental, la actividad realizada por el Consejo y el Poder Judicial debe ser observada con lealtad constitucional, deviniendo en esencial tomar en cuenta el proceso seguido y la voluntad constituyente<sup>(15)</sup>. La utilización de la ponderación, en un sentido de “equilibrio de bienes” concreto, facultará el reconocimiento de las normas en juego (tanto en aislamiento como en conexión), atendiéndose a la significación y consecuencias identificables que la actuación posee, posibilitando revisar la legitimidad de la misma.

### 1.2. Relaciones internas.

Para poder entender las correspondencias surgidas del propio texto de la Norma Fundamental, iniciaremos el estudio a partir de lo que la visión hermenéutica nos presenta<sup>(16)</sup>, para que luego los principios neutrales dejen llevar la interpretación<sup>(17)</sup>, al exteriorizarse como una orientación interpretativa que reivindica el carácter vinculante de la norma con la realidad constitucional, obligándose el intérprete a hacer su trabajo a partir de la situación concreta y encaminarla hacia la norma constitucional y no ir en sentido inverso.

Comprender correctamente cómo se deben analizar las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura y el Poder Judicial requiere partir -acá la norma debe ser estudiada en soledad- de un ingreso lingüístico (paso que parece ser en el cual se han quedado los propios jueces al decidir sobre los Amparos interpuestos respecto a las ratificaciones; más sobre el

tema, *infra*), que implica no sólo nociones gramaticales, sino el estudio íntegro de los conceptos constitucionales. Luego se deberá recurrir al examen de la realización histórica de tales cometidos, tomando en cuenta las normas derogadas e inspiradoras (importante en el caso de la ratificación, tal como estudiaremos *infra*), además de la exposición de motivos y de un tema que es trascendente en este caso, como es la *ocassio legis*, sobre todo relacionado con el régimen autoritario que se presentó en el Perú de los noventa. Como tercer paso, se encuentra la relación de las normas con todo el despliegue constitucional, ya sea comparándola con otras (aquí se utilizan los argumentos lógicos, bajo forma de apotegmas) o ubicándola correctamente.

Ya identificadas las normas en aislamiento (funciones del Consejo y del Poder Judicial, cada una por su lado), ahora corresponde relacionarlas, y que nos obligan a seguir algunos pasos más que asienten analizar la situación en concomitancia (vinculando ratificación e independencia). De esta manera, se llevarán a cabo los dos siguientes ejercicios interpretativos, como son la adecuación a los parámetros constitucionales y la previsión de consecuencias.

Justamente esta última, como paso final, está relacionada con un examen de los posibles efectos que tendrá el acto interpretativo, debido a que todas las predeterminaciones que subordinan la creación interpretativa -sobre todo la que es propia del órgano de control constitucional- se coordinan con el deber de sopesar y prever los efectos de ésta. Entonces, si bien básicamente lo que se ha realizado ha sido detectar el significado completo de las normas constitucionales, ahora debe confrontarse idealmente este producto con

(15) Sobre el tema, HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, 1985. p. 112 (con la Constitución se alcanza “la realización de un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad”); SAGÜÉS. *La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Número 7. Lima, 1996. pp. 27 y ss.; GARCÍA BELAÚNDE. *La interpretación constitucional como problema*. En: *Anuario de Derecho Constitucional*. Medellín. 1996. p. 69.

(16) En una primera pretensión por rescatar el significado de las normas constitucionales, la postura hermenéutica buscó asimilarlas a la clásica doctrina de las normas jurídicas, considerándola como una de ellas, tal como lo propuso originariamente Von Savigny (VON SAVIGNY. *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid, 1948. Volumen I. pp. 187 y ss). Este sistema interpretativo se encuentra relacionado con el conocimiento de lo normativo, y se realizará considerando a la Constitución, tal como lo hemos dicho, sólo en su ámbito jurídico, utilizando elementos interpretativos (como son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático), los mismos que se autocomplementan.

(17) Esta corriente, dentro de un complejo proyecto institucionalista, conecta interpretación con concretización, *konkretisierung*, acto creativo por el cual el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; aunque, eso sí, la interpretación no podrá apartarse del propio texto. Los postulados de Hesse se centran en una interpretación elaborada en cuatro etapas, siendo la última la más novedosa, al comenzar con una precomprensión, seguir con el uso de los *topoi*, interrelacionándolos con el programa y ámbito normativo, y concluir con el empleo de los cinco criterios interpretativos básicos (unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, corrección funcional y efectividad de la Constitución). HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. pp. 43 y ss.

la realidad -la que nos engloba-, para poder así medir los resultados de su acto. Sin embargo, en el presente estudio, no hay que esperar hasta un acto científico e irreal, sino que basta con observar cómo ha funcionado la ratificación y cuál es el impresión de algunos jueces al respecto.

Pero de hecho el punto esencial para entender los enlazamientos entre Consejo y judicatura se centra en acomodar su entendimiento a partir de los parámetros constitucionales, pues gracias a ellos, reconoceremos la realidad propia de la Norma Fundamental en tanto entidad jurídica y política, y así determinar correctamente sus contenidos en un sentido relacional. En la “consistencia propia”, según el grado de coherencia y consistencia lógica de la interpretación, se analizará cuál es la fuerza de convicción de la Constitución, pues ésta es completa en el sentido que en ella están reflejadas todas las posibilidades de facultades primordiales del Estado<sup>(18)</sup>, al poseer una cualidad de perfección. La “concordancia interna”, por su parte, intenta determinar -y conceder- a cada una de las normas un contenido propio, para evitar de este modo toda posibilidad de embate entre ellos al ser moldeables en su intensidad. Según la “actualización”, la Constitución debe tener un efecto integrador a través del cual un cambio social o de jurisprudencia no debe perjudicar su consistencia, pero sí lo hará de manera indirecta con el sentido de las normas involucradas<sup>(19)</sup>. Por último, en la “adaptación axiológica”, si bien la interpretación nos remite un precepto objetivado de valores que proporciona la propia Norma Suprema<sup>(20)</sup> y el intérprete carece de discrecionalidad absoluta, éste logra disponer de una creatividad -al ser un activista constitucional- “dentro” del orden jurídico (como margen de la *Living Constitution*), las cuales son dadas a través de los principios constitucionales de la dignidad de la persona y la democracia.

Justamente sobre la base de estos parámetros y específicamente sobre la “concordancia interna”, debemos finalmente encontrar el sentido de la Norma Fundamental en una comunidad de criterios desarrollados (adecuación, necesidad y proporcionalidad), bajo el término amplio de “prohibición de exceso”<sup>(21)</sup>, es decir se debe evitar que a la hora de equilibrar los bienes constitucionales se rebase las funciones de una institución y actuar en desmedro de la otra. Encontrar el verdadero significado del Consejo en relación a la judicatura implica que sus contenidos sean congruentes con toda la Constitución y respondan a una suficiencia del resultado.

El criterio de adecuación, derivado del test de idoneidad, admite observar la existencia de un propósito de posible relación entre estos dos órganos, para que a partir de allí, se pueda constatar cómo se ha de adaptar la solución: la finalidad debe ser fundamentada en o derivada de la propia Constitución, sin contradecir su texto y manteniendo algún tipo de sus relaciones. Por tanto, se exige que el resultado posea un fin legítimo, es decir no debe cercenarse ni impedir a cualquiera de ellos de que cumpla la función para lo cual fue creado y por la que se le reconoció su identidad constitucional.

La necesidad, como criterio que importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, habrá que analizar la prescindibilidad o no de la solución (elegir entre las medidas posibles la “más benigna”<sup>(22)</sup>), es decir, si es posible que siga funcionando correctamente el Poder Judicial teniendo a consejeros que pueden no ratificar a los jueces cuando ellos lo creen así de conveniente. El resultado al cual se arrije, en dicho sentido, será correcto si es eficiente (que cause los menos perjuicios posibles a la entidad) y si es eficaz (descubrir qué ámbitos sí pueden ser sacrificados).

(18) La Constitución “además de fundamentar la unidad y validez del ordenamiento, se integra resueltamente en él”. PRIETO SANCHÍS. *Artículo 53*. En: *Constitución Española de 1978*. Madrid, 1984. p. 451.

(19) Para Monroy Cabra, “lo importante no es saber qué quería el legislador cuando elaboró la norma sino qué diría si viviera hoy y estuviera enfrentado a la actual situación social”. MONROY CABRA. *Introducción al derecho*. Bogotá, 1986. p. 245.

(20) Y afirmamos esto porque la Constitución no sólo posee normas jurídicas sino también contiene normas netamente políticas, las mismas que se presentan como valores y principios. (FREIXES SANJUÁN y REMOTTI CARBONEL. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998. Tomo 55. pp. 60/A y ss.), y que aparte de su función hermenéutica, son derechos fundamentales. PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1991. p. 61 y ss.

(21) Sobre el tratamiento de estos criterios como parte de un propósito común genérico, ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993. pp. 111 y ss.; GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid, 1994. pp. 295 y ss.; NOGUEIRA ALCALÁ. *Dogmática constitucional*. Talca, 1997. p. 184.

(22) Para la Corte Interamericana, la necesidad evita rebasar el contenido y logra asegurar la democracia: se debe proteger todo el espectro de principios y así las “causales de responsabilidad (deberán ser) necesarias para asegurar los mencionados fines”. En: *Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. Párrafo 39.

Por último, la proporcionalidad insiste en la racionalidad del resultado, conveniencia constitucional del objeto o finalidad de la determinación de contenidos<sup>(23)</sup>. Dentro de este criterio se deberá atender a una razonable apreciación de la situación en la que se halle el órgano constitucional -en este caso, el Poder Judicial- que pueda resultar afectado, más aún si tomamos en consideración el patrón de justicia como sustento.

Como se ha podido observar, la correspondencia entre el Consejo Nacional de la Magistratura y el Poder Judicial debe ser entendida según una interpretación correcta de la Norma Fundamental, a partir de una armonía entre ambos, que utilice los criterios de prohibición de exceso. En este marco, debe entenderse lo que la propia Constitución ha determinado para cada una de estas instituciones, y a la luz de ello comprender la corrección o no de las funciones asignadas.

## 2. El encuentro de dos órganos constitucionales.

De lo expuesto, se desprende que control y responsabilidad habrían de estar de la mano en la búsqueda de un Estado sólido y fuerte en donde los derechos de las personas estén plenamente asegurados y debidamente protegidos. Este contrapeso es el que debe tratar de nutrir las correspondencias que existen entre el Poder Judicial y el Consejo, en tanto ambos exhiben contenidos y actividades que fluyen con espontaneidad de su presentación constitucional, y es en este esquema donde ha de encontrarse su validez.

De tal forma, en las siguientes líneas pretendemos determinar con cuidado y diligencia si en la realidad tales articulaciones llegan a concretarse indebidamente en la propia Constitución, actividad que demanda

previamente explicar lo que significan tanto la ratificación (función del Consejo, y trabajada en el acápite 2.1) como la independencia de los jueces (potestad del Poder Judicial, explicada en el acápite 2.2).

### 2.1. La ratificación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura.

De acuerdo a lo aseverado, la indudable significación del Consejo Nacional de la Magistratura<sup>(24)</sup> como ente surgido en el Derecho Comparado a partir de las experiencias francesa de 1946 e italiana de 1948, puede ser hallada y descubierta en el interés estatal de dotar, contribuir y consolidar la independencia y seguridad del Poder Judicial, por ser ésta su razón de ser<sup>(25)</sup>.

Se exhibe como un organismo cuya permanencia exento de todo condicionamiento de los demás poderes estatales<sup>(26)</sup> y cuya base de funcionamiento permitirá legitimar realmente el cometido de los jueces, y para ello la Constitución le ha dotado de la aptitud de realizar actos jurisdiccionales, cuando aún no sea un ente jurisdiccional propiamente dicho. Con la ratificación, el Consejo hace una evaluación individual de cada juez y determina mediante un voto de conciencia si el evaluado tiene la confianza o no del Pleno para continuar en su puesto por siete años más. En caso contrario, al no recibir como mínimo cuatro de los siete votos de sus miembros, significa que no ha sido confirmado en su cargo y en consecuencia cesa en el mismo.

A continuación revisaremos cómo se cumple esta ratificación (acápite 2.1.3), distinguiendo previamente cómo emerge esta figura (acápite 2.1.1) y qué argumentos jurídicos se exhiben a su favor (acápite 2.1.2).

(23) Aquí encontramos que “una decisión legislativa no puede situarse fuera de relación con el objeto perseguido (en su formulación negativa) como que la decisión legislativa debe mantener una relación razonable con la finalidad perseguida (en su formulación positiva)”. Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencias BVerfGE 7,337 (407) y 10,89 (117).

(24) Antes de seguir avanzando, es preciso expresar cómo está conformado el Consejo Nacional de la Magistratura. Son siete los miembros permanentes (Constitución Política del Perú. Artículo 155) los cuales son elegidos por la Corte Suprema, por la Junta de Fiscales Supremos, por los Colegios de Abogados del país, por los demás Colegios Profesionales del país (proporcionan dos miembros), por los rectores de las universidades nacionales y por los rectores de las universidades particulares. Se puede ampliar su conformación con dos miembros elegidos por el propio Consejo Nacional de la Magistratura entre las propuestas del sector laboral y empresarial.

(25) El Consejo es un organismo “autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales y se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica” (LOCNM, artículo 1); “es independiente y se rige por su Ley Orgánica” (artículo 150 de la Constitución), y se establece que el objetivo con el que surge, tal como lo revisa López Guerra, se centra en “salvaguardar la independencia de los tribunales, resguardando al Poder Judicial del influjo de otros poderes del Estado”. LÓPEZ GUERRA. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: 2001. p. 77, es decir, como bien se señala, cumple “la tarea de garante de la independencia de la magistratura”. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA. *El Consejo de la Magistratura francés*. México: 1995. p. 282.

(26) “Artículo 4 de la LOCNM. Los consejeros no están sujetos a mandato imperativo de las entidades o gremios que los eligen”.

## 2.1.1. Reconocimiento.

El Consejo surgió como una entidad judicial subsidiaria cuyo fin ha sido siempre la protección de la Administración de Justicia frente a las intrusiones del Parlamento y del Ejecutivo, acostumbrado a nombrar, retirar o suspender jueces y magistrados cuando les convenía. Buscando consolidar tal objetivo, en la Norma Fundamental se ha previsto que esta institución pueda encargarse<sup>(27)</sup> tanto del nombramiento (previo concurso público de méritos y evaluación personal), y sanción de destitución (en este último caso, se restringe a los vocales de la Corte Suprema) de los jueces y vocales, como de la expedición del título oficial que los acredita como tales, no sin olvidarnos de su fin ratificador<sup>(28)</sup>. Como vemos, dentro de esta diversidad de encargos, se encuentra una -y ésta es la que nos interesa- orientada a la confirmación de los jueces en su cargo.

Pero que el Consejo Nacional de la Magistratura se haya creado por la Constitución de 1993, no es razón para señalar que la función de ratificación sea de reciente data, contando con antecedentes históricos muy sólidos en los anales jurídicos del país<sup>(29)</sup>. Desde comienzos del siglo pasado, este modelo fue recogido de manera similar al que actualmente se le ha dotado, pero lo que sí hay que señalar es que siempre ha estado

relacionada con experiencias poco democráticas y mediando un interés político muy claro en su formulación<sup>(30)</sup>.

La Norma Fundamental de 1920 ofrecía una ratificación cada cinco años<sup>(31)</sup> con un claro predominio de la autoridad de la Corte Suprema, por ser ella quien primaba en una estructura jerarquizada y administrativa de la carrera judicial<sup>(32)</sup>. De otro lado, la experiencia de 1933 recogió esta figura pero con reserva legal<sup>(33)</sup>, y también -eso sí- excluyendo a los magistrados supremos de su ámbito<sup>(34)</sup>. Sin embargo, los constituyentes de 1979 se percataron de los problemas suscitados en los años anteriores, motivo por el cual la ratificación fue dejada de lado<sup>(35)</sup>.

Pero, la pregunta que fluye con naturalidad es por qué fue retomada esta figura en 1993 si había sido ineficaz en el pasado. Creo que la respuesta vuelve a ser, igual a lo sucedido en los inicios del siglo XX, el contenido político de la ratificación. Un subterfugio de este tipo no puede considerarse para nada extraño en Fujimori, pues a partir del autogolpe del 5 de abril, tuvo como “consigna” -nada santa, por cierto- la “reorganización integral del Poder Judicial”, disponiendo, por tanto, el cese de importante cantidad de magistrados<sup>(36)</sup>. Pero la injerencia del Ejecutivo en el Judicial (de hecho, la idea de la “democratización” de los

(27) Respecto a sus funciones, Constitución Política del Perú. Artículo 154; LOCNM. Artículo 2.

(28) Específicamente sobre la ratificación, Constitución Política del Perú, Artículo 154 inciso 2 “ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años”; LOCNM. Artículo 29. Hay que aclarar que no están incluidos en el proceso de ratificación los magistrados que “provengan de elección popular”. Constitución Política del Perú. Artículo 150.

(29) Esto también lo cree el propio Consejo: “Creemos que la Constitución sigue el criterio de anteriores cuerpos Constitucionales, que instituyeron la ratificación como un mecanismo para impedir la continuación de sus servicios a quienes no gozan de la confianza ciudadana para ser jueces o fiscales (ver: *La ratificación de jueces y fiscales*; [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe)).

(30) No hay que olvidar que la Constitución de 1920 fue realizada por el interés de Leguía de legitimar un gobierno de matices antidemocráticos y que la 1933 permitió la perduración en el poder de Benavides.

(31) Así, en 1920 se prescribía que “los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia serán ratificados por la Corte Suprema cada cinco años”. Constitución Política del Perú. Artículo 153, con la subsiguiente consecuencia de que esta no ratificación tampoco “le priva de sus derechos adquiridos por ley”. *Constitución Política del Perú*. Artículo 152, pues en ese entonces, la Corte Suprema era quien nombraba a los jueces de primera y segunda instancia.

(32) Lo peripatético del caso surge cuando concluido el mandato de Leguía en 1930, la Junta de Gobierno, presidida por Sánchez Cerro, busca la depuración del Poder Judicial cesando de sus cargos a todos los magistrados que consideraba que sirvieron al régimen del “oncenio” (Decreto Ley 6875, del 4 de septiembre de 1930), al permitir que el ex gobernante desprestigie la institución, pues tal como lo recuerda Basadre, se introdujeron “elementos políticos ineptos, sobornados o sobornables” en claro detrimento al prestigio judicial. BASADRE. *Historia de la República*. Tomo XIV. p. 16.

(33) Ya en 1933, el plazo de esta ratificación se derivaba al imperio de la ley: “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”. Es importante retomar de este postulado es la designación de las consecuencias que este acto conllevaba: “la no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho de los goces adquiridos conforme a la ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial” (Constitución Política del Perú. artículo 224), secuela de la no ratificación que se ha mantenido hasta nuestros días.

(34) Posteriormente, se determinó que la Corte Suprema actúe “como Jurado y previa las indagaciones que considere convenientes, podrá separar definitivamente del servicio a aquellos que estime que no deben continuar en él”. LOPJ, Ley No. 14605, 1963.

(35) Pese a ello, llegaron a admitir una pequeña ventana profiláctica para superar los problemas de las dictaduras militares de los setenta, tema al que regresaremos más adelante.

(36) Para vencer el problema ocasionado por el cese dispuesto por innumerables Decretos Leyes (25423, 25437, 25442, 25446,

noventa era controlar perspicazmente todas las instituciones estatales<sup>(37)</sup>) además puede verse posteriormente en la instauración de la Comisión de Evaluación de jueces, elegida por acuerdo de Sala Plena e integrada por tres vocales supremos<sup>(38)</sup>, pero manipulada directamente por el ex-Presidente. Así, cuando se crea el Consejo, quiso seguir valiéndose de una institución constitucionalmente avalada para conseguir un control legitimado del ya devaluado Poder Judicial, exigiendo instituir una nueva forma de intromisión, aguda pero astuta.

Entonces si el Gobierno llegaba a intervenir el Consejo -como de facto sucedió- podría seguir retirando -mejor dicho, no ratificando- a los jueces contrarios al régimen, además de otras ventajas que conseguiría en el plano político. Lástima para ellos que tenían que esperar siete años para la primera confirmación de jueces<sup>(39)</sup>, razón por lo cual nunca llegaron finalmente a utilizar su injerencia, pues la caída del gobierno se consumó antes de su realización, aunque en caso de que éste se hubiese mantenido en el poder, el Consejo indiscutiblemente hubiese servido también como otro mecanismo para controlar la judicatura en el país.

#### 2.1.2. Explicación.

Por más perspicuo y notorio que aparezca el matiz político en la reinstauración de la ratificación, claro que existen argumentos legales que se utilizaron -y se utilizan- para su defensa. Se arguye que su sustento real se sostiene en la idea en que los jueces

deben ser conscientes de los actos que realizan en tanto administradores de justicia; por tanto, independientes pero también responsables, y los jueces con los que llegamos a hablar están completamente de acuerdo con esta postulación.

La correlación en el binomio independencia-responsabilidad debe ser tratada con ecuanimidad. Se deben buscar unos límites que determinen su exigencia de modo efectivo y sobre aspectos relacionados exclusivamente con el ejercicio de la función judicial, sin ir más allá. La independencia judicial -a la cual regresaremos con detenimiento más adelante- no puede desembocar en una irresponsabilidad del juez que, por otra parte, resultaría 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. Un sistema efectivo de responsabilidad y su exigencia oportuna<sup>(40)</sup> se presenta como el termómetro que mide la credibilidad, y en último término, la eficacia de la existencia de imparcialidad de la curia en el país.

Es por ello que la lenidad en este campo va a significar irremediamente, el descrédito del aparato judicial y como consecuencia la desconfianza del pueblo en su justicia. En este marco, la ratificación asomaría como una de las principales formas en que los jueces responden, según una conveniencia jurídica -tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional<sup>(41)</sup>-, frente a la población por su falta de ponderación para resolver y su indolencia en su función jurisdiccional<sup>(42)</sup>.

25529 y 26118), se instituyó el Jurado de Honor de la Magistratura, conformado por cinco juristas y elegido por el Congreso Constituyente Democrático, y que designó magistrados supremos, ya sea reincorporando a los separados o nombrando a los provisionales. EGUIGUREN PRAELI. *Selección y formación de magistrados en el Perú*. pp. 27 y 28.

- (37) Recordemos, por ende, que existe consenso en concebir que la Constitución de 1993, hecha a la medida de Fujimori, ha logrado convertir complacientemente “al Presidente en un gobernante absoluto”. PANIAGUA CORAZAO. *La Constitución semántica*. En: *Themis*. Número: 27-28. Lima, 1994. p. 145.
- (38) Debía evaluar la ‘conducta funcional’ de los jueces que aún ejercían quehaceres jurisdiccionales.
- (39) Es decir, si la Constitución entró en vigencia a partir del 30 de diciembre de 1993 -para establecer esta fecha nos basamos en el acto de su promulgación y publicación, según lo concluye Morales Luna la ratificación pudo realizarse el 30 de diciembre de 2002 (MORALES LUNA. *Apuntes acerca de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993*. En: *Ius et Veritas*. Año VII. Número 13. Lima, 1996. p. 222.)
- (40) Sobre la responsabilidad de los jueces JURALDE MORGADO. *La responsabilidad de juez*. En: *Poder Judicial*. Número 3. Madrid, 1982. p. 15; “un juez independiente y a la vez irresponsable sería el peor y más arbitrario tirano”; VOLPE. *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*. Bolonia, 1974. p. 442 (se requiere por el bien colectivo en la justicia); GUTIÉRREZ-ALVIZ Y MORENO CATENA. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. En: *Actuaciones Judiciales*. Madrid, 1998. IX. p. 407.
- (41) Sobre la base de lo dictado en sede constitucional: sentencia 1941-2002-AA/TC, fundamento 11, para González Mantilla, “la denominada ‘pérdida de confianza’, que es la expresión usada por el CNM -convalidada por el TC- no puede ser otra cosa que un resultado cognoscitivo orientado a imputar responsabilidades, esto es, incumplimiento de los deberes de función u otro tipo de situaciones que, en resguardo del principio de independencia judicial, hacen justificable la separación del ejercicio de función”. GONZÁLEZ MANTILLA. *El secreto de la votación y la subordinación como consigna*. p. 83
- (42) Pese a que el propio CNM advierte, en su “glosario de términos” que la ratificación “no tiene definición en el vigente texto Constitucional, ni en normas de menor rango” por ser “una acepción auto comprensible; es decir, su definición se encuentra

Pero aún en el caso de que la ratificación no se logre producir, debe quedar claro que no se está ejerciendo la potestad disciplinaria por parte del Consejo<sup>(43)</sup> (la misma que ha sido desarrollada por un reglamento particular<sup>(44)</sup>), por ser esta responsabilidad estrictamente profesional un control genérico de su actividad, orientada a que en ejercicio de sus potestades, los jueces no infrinjan normas que pudieran llegar a causar detrimento en los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción<sup>(45)</sup>, por estar encaminada a la garantía de las obligaciones estatutarias y fundada en unos criterios de orden relacionados con la observancia de determinados deberes u obligaciones inherentes al cargo judicial, cuyo incumplimiento implica la comisión de unos ilícitos disciplinarios y por ende, su consiguiente castigo<sup>(46)</sup>. Por tal causa asume como objetivo garantizar el ejercicio eficiente de la función judicial que se funden en criterios de orden relacionados con la observancia de los deberes inherentes a dicho cometido.

A pesar de no ser considerada de forma abierta como una punición<sup>(47)</sup>, sino simplemente como un reconocimiento o falta de confianza en la capacidad de

los jueces, consideramos que aparte de si existe o no una penalidad por indisciplina, de hecho la no ratificación de un magistrado se implanta abiertamente como una sanción (pese a no ser éste el nombre que se emplea), sí termina constituyendo un correctivo social<sup>(48)</sup>, conjugándose además con un impedimento de reingreso a la carrera judicial<sup>(49)</sup> que aparece como un efecto accesorio a la desaprobación en el proceso.

Pues qué peor castigo existiría para un juez que separarlo del cargo<sup>(50)</sup>, y más aún prohibirle de por vida regresar a ejercerlo. De hecho, creemos que la no ratificación es un acto mucho más trascendente que la propia potestad disciplinaria, lo cual sustenta que deberían ser más acuciosos los consejeros al resolver la primera que la segunda, por más que la normatividad vaya en sentido contrario, tal como lo iremos viendo poco a poco. En esta línea va, pero tímidamente, el Tribunal Constitucional cuando considera que el impedimento de reingreso debería estar proscrito en nuestro ordenamiento<sup>(51)</sup>.

La justificación del por qué autorizado el Consejo para realizar esta actividad correctora podría concretarse en que ésta es realizada a través de un control

en si misma; convencionalmente todos asumimos en qué consiste”, termina tomándola como el “acto mediante el cual se aprueba o se confirma actos que se han producido o han tenido lugar y, en el caso particular de los jueces” .Ver: la ratificación de jueces y fiscales: [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe).

- (43) En la legislación, se ha dicho que este “proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias” Constitución Política del Perú. Artículo 154, 2.
- (44) Se ha determinado que solamente se puede abrir investigación preliminar cuando se imputa al juez la comisión de hecho, acto o conducta considerados como causales de destitución previstas en la LOCNM (RPD, artículo 2), respetándose los “principios de legalidad, intermediación, celeridad, imparcialidad, publicidad y presunción de inocencia” (RPD, artículo 1) que conlleva la no imposición de “la sanción de destitución sin haber sido sometido al debido proceso” (RPD, artículo 7).
- (45) Los jueces sólo serán sancionados por indisciplina en casos de infracción a los deberes y prohibiciones que le correspondan cuando se atente públicamente contra la respetabilidad del Poder Judicial, o por notoria conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo, entre otros supuestos más. (LOPJ, artículo 201).
- (46) Esta forma de responsabilidad obedece a la adopción del modelo de justicia burocrática, caracterizado por la articulación de la organización judicial como una carrera, como un cuerpo del que los Jueces forman parte y por ello se encuentran sometidos, en razón de su independencia, a un régimen especial de control de sus actividades. Su objetivo principal es garantizar objetivamente el ejercicio eficiente de la función judicial, así como mantener un prestigio de la magistratura vinculado a la función judicial, conocido como ‘prestigio funcional’. Sobre este punto, MONTERO AROCA. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por actuación judicial*. Madrid, 1998. p. 183; DELGADO DEL RINCÓN. *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial*. En: *Revista del Poder Judicial*. Número 61. Madrid, 2001. p. 25.
- (47) Quizás para no contravenir normas legales a través de las cuales “los Magistrados sólo son pasibles de sanción por responsabilidad funcional” (LOPJ, artículo 20).
- (48) Tanto así que la no ratificación es autónoma de las otras providencias “que adopte el Poder Judicial, el Ministerio Público o de la sanción” de destitución (LOCNM, artículo 21,b).
- (49) De hecho, “los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial” (C, artículo 154,2; LOCNM, artículo 30). Para tales efectos, el Consejo “lleva un registro de los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los Magistrados del Poder Judicial” (LOCNM, artículo 42).
- (50) Es más, la sanción de destitución procede en casos extremos como contra el “magistrado que atente gravemente contra la respetabilidad del Poder Judicial; al que ha cometido hecho grave que sin ser delito, compromete la dignidad del cargo y desmerezca en el concepto público, siempre que haya sido sancionado con suspensión anteriormente; al que se le ha condenado por delito contra la libertad sexual; al que actúa legalmente impedido, sabiendo esa circunstancia; al que es sentenciado a pena privativa de libertad por delito doloso; al que reincide en hecho que dé lugar a la suspensión y en los demás casos que señala la ley” (LOPJ, artículo 211).
- (51) Para el Tribunal Constitucional, “los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial” (Sentencia 1941-2002-AA/TC).

interorgánico (de los consejeros respecto a los jueces)<sup>(52)</sup> basado en que el comportamiento inadecuado de estos últimos termina afectando claramente la potestad del Estado, y así de la población<sup>(53)</sup>.

### 2.1.3. Experiencia.

Ahora corresponde repasar cómo se realiza esta ratificación. Para ello, luego de que el Consejo determina qué jueces van a ser ratificados (mediante la publicación de un listado), estos tienen un plazo de diez días para remitir a aquél su legajo personal<sup>(54)</sup> que conjuntamente con las averiguaciones realizadas por la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación del Consejo -conformada por tres consejeros nombrados por el Pleno-, con datos provenientes tanto de la propia Corte Suprema<sup>(55)</sup> como del Consejo de Defensa Judicial del Estado, de la Dirección General de Justicia del Ministerio de Justicia, de los Colegios Profesionales

incluyendo de Abogados y Periodistas, de personas naturales<sup>(56)</sup> o de otras instituciones públicas y privadas (las informaciones recibidas deben ser manejadas con la mayor reserva posible<sup>(57)</sup>) y conjuntamente con la entrevista personal<sup>(58)</sup>, permiten que esta Comisión, tras evaluar toda la documentación e información recibida (ya ordenada, sistematizada y analizada), califica los méritos del currículo y su documentación de sustento, la que es contrastada con la información de las instituciones u organismos que las han emitido<sup>(59)</sup>, para que en último término formule un informe que es elevado al Pleno<sup>(60)</sup>, a fin de que éste emita pronunciamiento de aprobación o desaprobación.

Pero la cuestión que fluye de este procedimiento es saber cómo el Consejo con toda la documentación a la mano decide y concluye si ratifica o no al juez sujeto a su evaluación. Estando el quórum reglamentario, el Pleno procede al acto de votación<sup>(61)</sup>, el mismo que cada consejero realiza en secreto por un sistema de papeletas

- (52) La diversidad de controles entre los diversos poderes son comunes observar a lo largo de una Constitución. Sobre el análisis interorgánico e infraorgánico, revisar a LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. pp. 242 y ss.
- (53) Para dar el verdadero sentido a la Constitución, se requiere una "pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control" (ARAGÓN REYES. *Constitución y control del poder*. p. 72), afirmándose, de esta forma, la actuación correcta y conveniente del Estado (DE BLAS GUERRERO. *Estado, nación y Gobierno*. En: *Fundamentos de Ciencia Política*. Madrid, 1994. p. 19).
- (54) Exactamente, envían su *curriculum vitae* incluyendo las declaraciones juradas de sus bienes y rentas, de sanciones o procesos penales, civiles y disciplinarios, fecha de ingresos a clubes sociales y deportivos, aptitud física y mental y relaciones de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo por afinidad o por razón de matrimonio con funcionarios o trabajadores en el Poder Judicial.
- (55) Recaban de ella, informes actualizados que contienen de cada juez su concurrencia y puntualidad al centro de trabajo, las licencias que se le concedió así como sus ausencias sin motivo, su producción jurisdiccional con estadísticas que indiquen el porcentaje de resoluciones revocadas o confirmadas por las instancias superiores. Asimismo, la Comisión pide la relación de jueces que tengan a su cargo procesos penales con plazo vencido y número de estos con indicación de tiempo y otra relación de jueces que tengan en su despacho causas pendientes de resolver.
- (56) En esta tarea de recolección de detalles, entendida como una correcta participación ciudadana (Constitución, artículo 2.17; artículo 139.17), "cualquier ciudadano debidamente identificado, institución o organismo público o privado, debidamente representado, puede poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura la existencia de hechos que desmerezcan la dignidad del cargo, inconducta funcional o falta de idoneidad para del juez sometido a ratificación. También los ciudadanos y las instituciones privadas pueden remitir información sobre cualquier aspecto que permita apreciar la ejecutoria de vida, la real posición económica y financiera u otro aspecto referido a su conducta funcional. Esta información y documentación tiene carácter reservado" (RGPER, artículo 3).
- (57) Por almacenar tal información y a efectos de cautelar el derecho a la vida privada de los jueces (Constitución, artículo 2.5; artículo 2.7; artículo 2.10), se ha previsto que "los Consejeros y el personal de apoyo del Consejo deben guardar reserva respecto a las informaciones que reciben y deliberaciones que realicen con motivo de su labor en la evaluación y tratamiento del proceso de ratificación" (LOCNM, artículo 28; RGPER, DG-V).
- (58) La disposición que determina que "el Consejo (...) debe conceder una entrevista personal en cada caso" (LOCNM, artículo 30) termina constituyendo una obligación; sin embargo, el concepto "conceder" implica necesariamente "un acto de autorizar algo, sea que de oficio se ha decidido la entrevista o se accedido a ella por motivo de una petición, puesto que conceder algo, es resultado o efecto de una actitud o de una solicitud. Por ello, consideramos que esta condición hace, en algún momento que el proceso de ratificación, establezca un mecanismo de apersonamiento del evaluado, independientemente del análisis que realizan internamente los miembros del Consejo". (Ver: *La ratificación de jueces y fiscales*: [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe)).
- (59) Se analiza el avance académico y profesional del evaluado y también su crecimiento patrimonial, pudiendo para ello ser asesorado por especialistas.
- (60) Cinco días antes de la sesión del Pleno en la que se votará, son puestos a disposición de los consejeros los informes de la Comisión y los legajos de cada uno de los evaluados.
- (61) Los consejeros asistentes no pueden abstenerse de votar salvo los impedimentos expresos (como consanguinidad o afinidad en cuarto o segundo grado y otros establecidos por ley).

que contengan en unas la palabra ‘Sí’ y en otras ‘No’ expresando la primera la ratificación del evaluado y la segunda, lo contrario. A continuación, el Presidente del Consejo de acuerdo al orden establecido pronuncia el nombre del juez evaluado, y según la mayoría de los votos obtenidos se le ratifica o no.

Algunos datos preocupantes respecto a esta votación. En primer lugar, es inquietante lo que sucede en caso de no alcanzarse la generalidad de votos en algún sentido determinado y decretarse un empate. En este supuesto, se procederá a votar nuevamente, y en caso de subsistir la igualdad se convoca a una nueva votación en las siguientes cuarenta y ocho horas y si la nueva votación se traduce en la persistencia del empate se tendrá al juez por no ratificado. Esto quiere decir que existe una grácil presunción de responsabilidad respecto al evaluado, y no creemos conveniente que no se le ratifique en el supuesto antes mencionado.

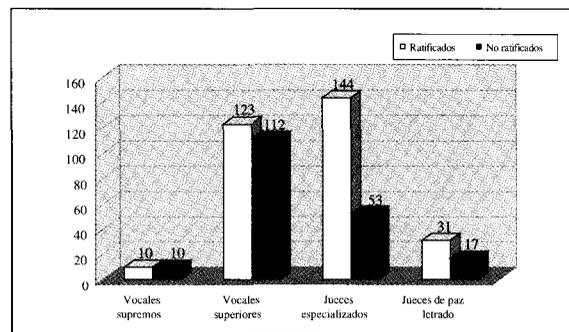
De otro lado, para votar no se requiere deliberación ni debate alguno puesto que las normas asumen que cada consejero sólo requiere para definir su elección la revisión de cada uno de los expedientes con el propósito de formarse un juicio de cada evaluado<sup>(62)</sup>. Así, la carencia de discusión respecto a esta votación parece que tampoco ayuda mucho a que el procedimiento sea de lo mejor, ya que siempre a través de las argumentaciones encontradas puede llegarse a mejores soluciones, cosa que se impide en este caso.

En fin, pese a las críticas que se pueda realizar a la ratificación, la práctica del Consejo Nacional de la Magistratura ha sido algo fructífera en estos tres años en que esta figura opera en el país. Luego de prepararse el camino para que el Consejo -varias fases iniciadas en el 2000<sup>(63)</sup>- tenga expedita dicha función, se ha llegado a no ratificar diez vocales supremos, ciento doce superiores, cincuentitrés jueces especializados y diecisiete de paz letrado; en total, ciento noventitrés magistrados, de los quinientos expuestos a este mecanismo.

**Cuadro 1**  
**Actividad ratificadora del CNM**  
**(Por años)**

	Evaluación por CNM supremos	Vocales superiores	Vocales especializados	Jueces paz	Jueces de letrado
2001	Ratificados	10	17	46	20
	No ratificados	10	29	20	16
2002	Ratificados	0	68	98	11
	No ratificados	0	39	33	1
2003	Ratificados	0	38	0	0
	No ratificados	0	44	0	0
Total	Ratificados	10	123	144	31
	No ratificados	10	112	53	17

**Gráfico 1**  
**Actividad ratificadora del CNM**  
**(Por cargo)**



Según la forma cómo ha sido realizada entre el 2001 y el 2003, la ratificación ha terminado apareciendo como un acto administrativo discrecional y exclusivo de los consejeros<sup>(64)</sup> debido a que por mandato constitucional revisan la conducta e idoneidad de cada uno de los jueces según su conciencia cuando votan por confirmarlos en el cargo o separarlos de él.

Pese a las apreciaciones negativas que hemos mostrado, parece ser que la población no se ha interesado mucho en la ratificación de los jueces, pues en estos años se ha llegado a limpiar el Poder Judicial

(62) Cada consejero, comenzando por el ubicado a la derecha del Presidente, debe pararse hacia un atril donde se encuentran las correspondientes cédulas y el ánfora. Sin evidenciar su voto, dobla la papeleta elegida y la deposita en el ánfora. Finalmente vota el Presidente quien recoge en ánfora la lleva y vacía en la mesa procediendo a contar cuantos votos por el ‘Sí’ o por el ‘No’ obtuvo el evaluado.

(63) El proceso fue iniciado en noviembre del dicho año, con una propuesta de Reglamento de Ratificaciones prepublicada en el diario oficial para recibir aportes, sugerencias y observaciones -se estima, ciento veinte- de ciudadanos, entre ellos, jueces y fiscales, abogados, instituciones privadas y públicas y personas en general, siendo aprobado posteriormente, y de inmediato se publicaron los nombres de quienes por tener siete años o más como jueces o fiscales titulares deberían someterse a la evaluación.

de algunos magistrados que sirvieron al régimen fujimorista. Pero adicionalmente, también algunos excesos podrían haberse realizado a través de la no ratificación, y de este temor sí son presos algunos de los jueces con los cuales nos entrevistamos, si bien la mayoría no se creen expuestos a tal abuso, pues parece que la imagen del Consejo aún crea cierta confianza.

## 2.2. La independencia de los jueces.

Frente a la actuación del Consejo, se presenta la independencia judicial<sup>(65)</sup> (entendida como autonomía de los jueces para ejercer su función jurisdiccional<sup>(66)</sup>), la independencia judicial adquirida del moderno Estado de Derecho y que disfruta de un origen señalado en su presentación en clave liberal como componente lógico del principio de separación y ponderación entre las instituciones constitucionales<sup>(67)</sup>. Porque -como se ha explicado- el fin del Consejo busca ser la evicción de condicionamientos que podían caer sobre el Poder Judicial desde los otros órganos del Estado, pero ésta debe ser reconducida según los parámetros del equilibrio en la Norma Fundamental.

Por eso, partiendo del significado genérico de la independencia (acápite 2.2.1), puede llegar a entender cómo ésta deviene en lo que se conoce como la inamovilidad de los jueces (acápite 2.2.2).

### 2.2.1. Sentido.

Pese a ser complicado definir conceptualmente algo tan complejo como la independencia judicial<sup>(68)</sup>, sus fundamentos son los mismos que legitiman la jurisdicción: verdad y libertad, razón por la cual ella debe estar asegurada tanto para la magistratura como organización desligada de condicionamientos externos como para el magistrado en calidad de individuo frente a las jerarquías internas de la propia organización, representando un contenido de soberanía<sup>(69)</sup>.

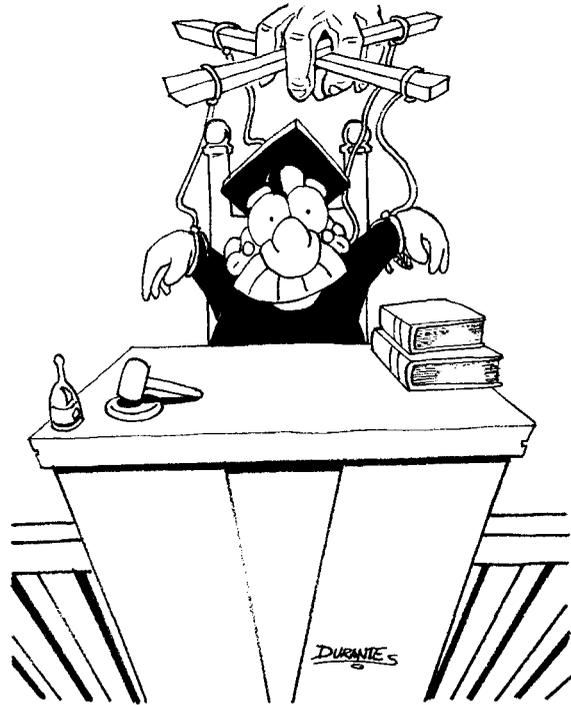
Siendo requisito indispensable en el ejercicio de la función judicial, en el plano fáctico la independencia se constituye como una prerrogativa del juez y un derecho de los ciudadanos<sup>(70)</sup>, y aparece en el momento de aplicar la ley al caso concreto, pues en el lapso de ejercer la función jurisdiccional, el juez no recibirá ni deberá obedecer órdenes o lineamientos ni tampoco

- (64) En general, para evaluar al juez, cada Consejero considera “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. Tres meses antes del inicio del proceso de ratificación el Presidente de 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” (LOCNM, artículo 30).
- (65) Es un principio de la marcha del Poder Judicial; es “la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional” (Constitución, artículo 139, 2; artículo 146,1). En tal sentido “el Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley” (LOPJ, artículo 2). Ello también ha sido recogido en los instrumentos internacionales, como el universal declarativo (DUDH, artículo 10) y convencional (PICP, artículo 14,1).
- (66) “Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley” (LOPJ, artículo 16).
- (67) Respecto a ello, ha querido encontrarse la primera formulación de tal principio en el pensamiento aristotélico, donde se hacen loas al poder regio limitado y dividido entre varias autoridades, cuestión discutible, pues en la antigüedad ni siquiera se plantea el problema de los jueces, bien porque en ellos el Poder Judicial se identificaba con la potestad soberana, o porque el juez era popular o colegial. No es, sino hasta los siglos XVII -inclusive, el XVIII- que el problema de la independencia se presenta como tal, específicamente con la experiencia de los jueces-magistrados o permanentes.
- (68) Es así que -en palabras de Delgado Rincón- el concepto de independencia se ha caracterizado por ser un concepto referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción jurídica de aquellos factores o elementos a los que el juez en el ejercicio de la función judicial no puede someterse, tiene por objeto que el juez actúe de forma imparcial y con plena sujeción a la ley. DELGADO RINCÓN. *Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad Judicial*. Madrid, 2002. pp. 67 y ss. Por tal motivo, para el Tribunal Constitucional Español “la independencia judicial no aparece ni puede ser definida por la Constitución ya que integra todo un complejo estatuto jurídico del personal jurisdiccional y conjunto de garantías del juez frente a las partes, la sociedad, el autogobierno y los demás poderes del Estado” (Sentencia 137/1994, de 9 de mayo).
- (69) La soberanía se sustenta en la importancia constitucional del propio Poder, especialmente de la Corte Suprema (BERGALLI. *Estado democrático y cuestión judicial*. p. 55). Esta cuestión, por tanto, “no se trata de un hecho, de algo que concorra o no, sino de la cualificación de un hecho: dado el hecho del ordenamiento eficaz, se trata de determinar si lo consideramos soberano o no, y para ello no examinaremos hechos, sino relaciones jurídicas entre ordenamientos” (DE OTTO. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Oviedo, 1980. pp. 210 y 211).
- (70) En relación a tales fundamentos, FERRAJOLI. *Derecho y Razón*. Madrid, 1997. pp. 582 y ss.; respecto a su autonomía, CALAMANDREI. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Buenos Aires, 1962. II-14.

proponerse a agradar a alguna persona o entidad, como podría ser el propio Consejo.

El juez, en virtud de esta independencia sólo está sometido al sistema jurídico y no a institución alguna. La sumisión única y exclusivamente al imperio de la ley que proclama la Norma Constitucional ha sido una constante histórica como trasunto de la independencia judicial, implicándose libertad de ataduras tanto objetivas como subjetivas (eliminación de todo tipo de dependencia respecto al juez). Existe un nexo indisoluble entre sujeción a la ley, independencia y responsabilidad de los jueces, de manera que sería una paradoja que la independencia de los jueces justificada únicamente por el hecho de que su función esta sujeta sólo a la ley, no llevase consigo como corolario la más rigurosa responsabilidad por las violaciones de las leyes a las que están subordinados.

Esta interpretación implica un juicio sobre la misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos en ellas. Dicho de otro modo, se es autónomo para quedar vinculado a las normas, pero independencia y obediencia distintiva del juez al ordenamiento no tienen por qué ser términos completamente idénticos o coincidentes sino que se trata de conceptos que se relacionan a modo de círculos secantes, o en términos estrictamente correlativos y complementarios<sup>(71)</sup>. Es importante destacar que tal sumisión no supone que la independencia tenga un límite en ésta; por el contrario, si la función judicial consiste en la actuación del Derecho objetivo<sup>(72)</sup>, al juez se le concede independencia para que pueda cumplir con esa función en los términos que se le confía<sup>(73)</sup>.



En fin, la independencia judicial se presenta como una exigencia política del Estado constitucional, componente esencial de la noción de Estado de Derecho y principio estructural de éste. En tal sentido, y también por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del valor del ordenamiento en su conjunto, y a sazón de ello, aparece como un

(71) Sobre el tema, REQUEJO PAJÉS. *Jurisdicción e independencia*. Madrid, 1989. p. 187; MORENO CATENA y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, 2000. p. 94.

(72) Así lo ha entendido Ferrajoli, quien añade que en el nuevo modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. FERRAJOLI. *Derechos y garantías*. Madrid, 2000. p. 25.

Independencia puede llegar a significar "que las subordinaciones jurídicas deben respetar en todo caso las vías de formalización establecidas por el ordenamiento y las relaciones de *infra* y *supra* ordenación que resultan de la atribución a cada forma de un específico grado de validez y resistencia frente a las restantes" (REQUEJO PAGÉS. *Jurisdicción e independencia judicial*. p. 188). Sobre el tema, revisar también DÍEZ-PICAZO. *Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 34. Madrid, 1992. p. 21; DE BELAÚNDE. *Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú*. En: *Ius et Veritas*. Año VIII. Número 15. Lima, 1997. p. 108; LÓPEZ MUÑOZ. *Independencia y responsabilidad del juez*. En: *Revista General de Derecho*. Año LIII. Número 636. Valencia, 1997. p. 10407.

(73) Ahora bien, tal sujeción no debe ser entendida como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Tampoco el juez es la boca que pronuncia la ley, según entender montesquieuiano. Sin lugar a duda, actualmente el juez juega un papel radicalmente distinto, del juez autómatas se ha pasado al juez dinámico, que interpreta, valora e incluso crea derecho, pero no por ello puede sustraerse de la aplicación de la ley.

precepto instrumental en virtud del cual los jueces no están sujetos en el ejercicio de su cargo a órdenes o instrucciones, y menos pendiente de que si lo que sentencia agrada o no a alguien, desde que le está encomendada la función de tutela de la normatividad del Estado, estando sometida al sistema jurídico.

### 2.2.2. Inamovilidad.

Presentada de esta manera la independencia, se recalca que sólo puede saltarse este impedimento de separación -o no ratificación- si existiese una causa justa para ello. Sin embargo, no es tan claro que ello se cumpla en la realidad, pues según se observa en su funcionamiento, la ratificación parece terminar siendo un procedimiento contrario a una causa justa para la inamovilidad de los jueces<sup>(74)</sup>, hecho que conllevaría en buena parte la autonomía judicial, pues aquella se muestra como salvaguardia esencial tanto para el juez como para los ciudadanos que, además de contribuir a la efectiva independencia judicial, garantiza el principio de seguridad jurídica.

Quizás se podría argumentar que la no ratificación es un límite adecuado a la inamovilidad de los jueces, en tanto el mecanismo está orientado a fiscalizar el ejercicio jurisdiccional y aptitud personal del juez, y de esta forma corregir los perjuicios que al país conlleva su permanencia en el cargo ilegítimamente. Sin embargo consideramos que, sustentándose en un interés interpretativo de encontrar las fronteras externas de los derechos constitucionales, no se puede llegar a desfigurar una institución, que por no contar con respeto y autonomía su funcionamiento dejaría de realizarse<sup>(75)</sup> y terminaría perdiendo su razón de ser.

De hecho, la imposibilidad de la separación discrecional de la carrera judicial aparece como uno de los aspectos primordiales y cardinales de la inamovilidad de los jueces, y ésta como una consecuencia lógica de la independencia judicial<sup>(76)</sup>. Sin estabilidad en la función, el juez no tendría seguridad para ejercer su cometido de modo imparcial, pues inamovilidad significa que nombrado o designado un juez o magistrado conforme a su estatuto legal y de acuerdo a la estabilidad laboral absoluta obtenida gracias a su nombramiento<sup>(77)</sup>, no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas<sup>(78)</sup>. Recalco: se exige como mínimo motivos para la separación que se sustenten en un principio de razonabilidad.

Como se ve, la independencia judicial implica que los jueces no pueden estar pendientes de que su resolución pueda cautivar y complacer a otro órgano constitucional, y menos aún que sin explicación y justificación alguna se les separe del cargo que poseen. En consecuencia, la presencia de ciertas funciones asignadas al Consejo, como parte de la ratificación, pueden hacernos pensar que una de las formas de afectación de la independencia del Poder Judicial en la actualidad, peor aún reconocida constitucionalmente, proviene del propio Consejo Nacional de la Magistratura<sup>(79)</sup>, tal como pasamos a explicar en el siguiente punto.

### 3. La realidad de la inestabilidad.

El Estado incluye correspondencias estructuradas de diversas fuerzas -en esencia, económicas, jurídicas y políticas- que son determinadas, en última instancia,

(74) Al respecto, la propia Constitución ha señalado que “el Estado garantiza a los magistrados judiciales la permanencia en el servicio”, aunque -eso sí- sólo “mientras observen conducta e idoneidad propios de su función” (C, artículo 146,3).

(75) Es claro, para González Mantilla, que “la dimensión ética que involucra puede no necesariamente impactar de modo claro en la independencia, sin embargo, cuando de ella se derivan consecuencias hacia el quehacer del juez, es decir, cuando por su conducta o sus prácticas se establece que no garantiza, antes bien cuestiona el principio, entonces es cuando el límite previsto para el ejercicio del derecho en quiebra”. GONZÁLEZ MANTILLA. *El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna*. p. 75.

(76) En la tal línea, MONTERO AROCA. *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid, 1990. p. 169 (inamovilidad sin límite temporal, salvo en el caso de jubilación); BERGALLI. *Estado democrático y cuestión judicial*. p. 56. También, Sentencia del TEDH, de 22 de junio de 1989. (Caso Langberger).

(77) A través de esta estabilidad (según normas administrativas aplicables al régimen de la magistratura: LBCARSP, 24.b; RCA, 34), “se garantiza su permanencia en el servicio judicial mientras observe la conducta e idoneidad propias de su función. En tal virtud, en teoría, el cese de la carrera judicial solo debía producirse cuando medie causal taxativamente señalada en la ley y debidamente comprobada” (GONZÁLEZ MANTILLA. *La carrera judicial en el Perú*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año VIII. Número 8. Lima, 2002. p. 276).

(78) Para algunos, como Montero Aroca, la inamovilidad debería tener carácter absoluto, en virtud de que no se refiere sólo a la carrera y a la categoría, sino que incluye el concreto puesto de trabajo, además de que no tiene duración temporal siendo permanente hasta la jubilación forzosa por edad. MONTERO AROCA. *Independencia y responsabilidad del juez*. p. 169.

(79) Sin embargo, el propio Consejo Nacional de la Magistratura trata de evitar que se piense que existe afectación a la independencia judicial. Juzga que “este proceso no transgrede ni vulnera ningún derecho fundamental de la persona y por tanto, se inscribe plenamente en el marco de la institucionalidad democrática”. Ver: *La ratificación de jueces y fiscales*. En: [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe).

por las relaciones sociales<sup>(80)</sup>. Su poder, definido como el imperium para lograr imponer a sus habitantes formas de conductas, incluso bajo la amenaza de sanciones, posibilita que hayan órganos -aparte del propio Poder Judicial- que controle la actividad de los jueces.

Pero tal como nos hemos podido percatar, existen problemas dibujados constitucionalmente respecto a una función ratificadora asignada al Consejo, al traspasar la clásica distribución de Poderes del Estado, y trasponiendo lo que -dentro de un orden democrático- aparecería como adecuado para el sistema. En tal sentido, la afectación que se produce va tanto en contra de los jueces (acápito 3.1), como del propio Poder Judicial (acápito 3.2).

### 3.1. El debido proceso menoscabado.

Aun cuando consideremos que en el Perú se ha terminado afectando la independencia judicial a partir de la ratificación realizada por el Consejo<sup>(81)</sup>, ello no es tan claro para los propios magistrados, tal como nos lo hicieron saber cuando conversamos con ellos, salvo para aquellos que no habían sido ratificados.

Por eso vamos a centrarnos en algunos aspectos que permiten demostrar la conclusión a la cual hemos arribado. Sobre la base de los derechos fundamentales de los magistrados, sobre todo el debido proceso<sup>(82)</sup> que ha sido elaborado convenientemente por la Corte Interamericana<sup>(83)</sup>, se puede encontrar que según mandato constitucional las resoluciones del Consejo no requieren ni motivación debida (acápito 3.1.1) ni la contingencia de revisión por parte de la judicatura (acápito 3.1.2).

#### 3.1.1. La falta de motivación.

En primer lugar, encontramos que el consejero prepara su voto de conciencia al estudiar el expediente de cada uno de los evaluados y respecto del cual se forma un criterio. Este razonamiento, si bien se origina en hechos objetivos, simplemente se manifiesta subjetivamente a través de una opinión, es decir su voto por el 'Sí' o por el 'No'. Este hecho individual obedece al ejercicio de la conciencia de quien lo emite. Sin embargo, es preocupante que esta potestad del Consejo no esté condicionada a ningún tipo de garantía procedimental, ni a motivación alguna<sup>(84)</sup> respecto al voto, hecho trascendente en cualquier tipo de acto jurisdiccional<sup>(85)</sup>.

(80) De esta forma, a las personas que participan del poder estatal, deberá exigírsele que cooperen para cumplir con la tarea asignada a su institución, pues su observancia y concurrencia es también reclamada por la Norma Fundamental. Ante todo -reitero- lo que se deberá buscar es la libertad como fin de la organización estatal, y a ello deben aspirar todos los altos representantes del Estado. Sobre la libertad en la institución, ya decía Montesquieu "para descubrir libertad política en la Constitución no hace falta mucho esfuerzo. Ahora bien, si se la puede contemplar y si ya se ha encontrado, ¿por qué buscarla más?". MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Op. cit.; p. 107.

(81) Sabiendo que el origen del Consejo "se hace particularmente visible si se tiene en cuenta la necesidad de legitimación democrática del juez en cuanto órgano creador del Derecho; necesidad que va más allá de la legitimación por el ejercicio (es decir, por la sujeción a la ley)" (LÓPEZ GUERRA. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. p. 79), se puede afirmar que el "proceso de evaluación de la idoneidad de los magistrados colisiona directamente con las garantías del estatuto constitucional del magistrado judicial" (DE BELAÜNDE. *Justicia, legalidad y reforma judicial*. p. 114).

(82) Existe el derecho a la "observancia del debido proceso" (C, artículo 139,3), y su reconocimiento es universal, independientemente del nombre que tome, ya que aparece como garantías judiciales (ámbito americano (CADH, artículo 8)), ser oído en los tribunales (Bolivia (C, artículo 16), Alemania (LFB, artículo 103,1) o Etiopía (C, artículo 20,1)), procedimiento legal debido (EUA (C, -V)), debido proceso legal (Brasil (C, 5.LIII)), acceso a la justicia (Sudáfrica (C, artículo 34), Timor del Este (C, artículo 26: como acceso a Cortes) o en América (DADH, XVIII: "para hacer valer sus derechos")), proceso equitativo (espacio europeo (CEDH, artículo 6)), juicio imparcial (Namibia (C, artículo 12)), o proceso regular (también en América [DADH, XXVI]), recurso efectivo (esfera universal (DUDH, artículo 8) o comunitaria (CEDF, artículo 45,1)), y también con autonomía de la esfera al cual se aplique, al reconocérsele con relación al ámbito criminal (se puede ver a Estados Unidos (C, E-VI) y en la declaración original (DDHC, artículo 9)) al ámbito judicial (como sucede en España [C, 24], Italia (C, artículo 24 (como tutela de derechos propios y legítimos intereses), artículo 25), Alemania (LFB, artículo 19,4, artículo 101,1) o Portugal (C, artículo 32,7), además de instrumentos internacionales universal declarativo (DUDH, artículo 8, artículo 11) y convencional (PIDCP, artículo 14) como europeo (CEDH, artículo 6,1)), o a todo proceso (así se observa en Etiopía (C, artículo 20,1: aparece claramente como un derecho fundamental], Colombia (C, artículo 29), Namibia (C, artículo 12), o la Unión Europea (CEDF, artículo 45) ).

(83) Para la Corte Interamericana, el respeto debe centrarse en un conjunto de garantías mínimas en el proceso, en el sentido de "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" (Opinión Consultiva OC-9/87, del 06 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párr. 28). HUERTA GUERRERO. *El debido proceso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: *Debate Defensorial*. Número 3. Lima, 2001. p. 80. Estas garantías mínimas nos llevan a lo que hemos denominado debido proceso.

(84) Sobre la fundamentación judicial, Constitución artículo 139 inciso 5 (entendida como "motivación escrita"), LOPJ artículo 12 ("todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan").

Sustentar una resolución en un mero subjetivismo<sup>(86)</sup>, hace que ésta pierda validez, volviéndose una actividad reprochable<sup>(87)</sup>, puesto que una valoración de este tipo pueden constituir un “vaciamiento” del contenido material de su función jurisdiccional, por lo que la forma de resolver debe ser encauzada hacia un sistema de valores objetivos de la Constitución<sup>(88)</sup>. Y si bien se presenta como claro e interesante que exista una discrecionalidad en la actividad de los consejeros<sup>(89)</sup>, ello no puede servir como fundamento para la vulneración de los derechos de los jueces.

Es más, en la propia Constitución actual cuando se explica el caso de la responsabilidad disciplinaria por parte del propio Consejo Nacional de la Magistratura exige que la resolución final esté motivada<sup>(90)</sup>. Esta exigencia desaparece en el caso de la ratificación, lo cual -a nuestro entender- no se sustenta en dato ecuaníme alguno, sino parece dejar la puerta abierta para sancionar a los jueces sustentándose en consideraciones políticas, tal como logramos explicar. Si tomamos en cuenta un apotegma como el “*a fortiori*”, podemos determinar que si se puede castigar

disciplinariamente justificando su decisión, “con mayor razón” debe afirmar sus razones en el caso de la ratificación.

Una resolución, por más que sea dada por el Consejo, debe ser congruente, para poder calibrarse en ella la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa (debe ceñirse al *in dubio pro reo*, es decir la posibilidad de interpretar las normas a favor del procesado) que sustentan la decisión final y lo que ésta determina. Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en lo que se está adoptando, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último<sup>(91)</sup>. La motivación servirá básicamente por dos motivos básicos: para la eficacia del control jurisdiccional *ex post* y para lograr el convencimiento del juez respecto a la corrección y justicia de la decisión del Consejo sobre sus derechos como ciudadano. Por tanto, la resolución congruente, sustentada en la motivación, descubre su pedestal en su articulación con el criterio de razonabilidad<sup>(92)</sup>, a fin de regular adecuadamente el “margen de apreciación” que tiene

- (85) Pese al modelo optado, en nuestra historia constitucional sí puede encontrarse un caso de importancia contrario a él. Cuando el país salía de la dictadura de los setenta, se debió hacer una profilaxis judicial, motivo por lo cual en la Constitución de 1979 “el Senado de la República, dentro de los sesenta días siguientes a su instalación, con el voto de la más de la mitad de sus miembros, puede ratificar a los Vocales de la Corte Suprema. Por su parte, la Corte Suprema, en Sala Plena, dentro de los ciento veinte días siguientes a su ratificación, procede, en igual forma, a ratificar a los demás Magistrados de la República de todos los fueros”. Pero he aquí lo interesante de este hecho, que en ambos casos “se da audiencia a los interesados. Ningún Magistrado judicial es separado de su cargo sin ser previamente citado y oído. La resolución debe expresar los fundamentos en que se sustenta” (C, DGYT-13)). Es decir, aquí sí se exige la motivación de la no ratificación en caso ésta se presenta.
- (86) Así lo ha reconocido peligrosamente el propio Consejo cuando considera que su actividad ratificadora “implica un acto administrativo discrecional y exclusivo de los miembros del Consejo, por lo que es eminentemente unilateral, con un fuerte contenido subjetivo (...). Es una facultad constitucional que inviste a los miembros del Consejo de realizar el encargo de la sociedad de revisar la conducta e idoneidad de cada uno de los jueces según su conciencia, confirmarlos en el cargo o separarlos de él”. Ver: *La ratificación de jueces y fiscales*. En: [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe).
- (87) En esta línea se encuentra la Corte Suprema Estadounidense, para quien cuando las resoluciones “con apoyo en razones subjetivas (...) llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, que permite descalificar las conclusiones a tenor de las doctrina de la arbitrariedad” (Sentencia Diez *c/* Catán, 310: 1698). SAGÜÉS. *Sentencia arbitraria por subjetividad judicial*. En: *Ius et Veritas*. Año V. Número 10. Lima, 1995. p. 206. Pues, tal como lo rescata Sagües, una actividad de este tipo “significa un apartamiento a las reglas de la sana crítica de meritación de los hechos y de las pruebas”.
- (88) Respecto a las valoraciones objetivas de la Norma Fundamental: HÄBERLE. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. pp. 86 y ss.
- (89) La discrecionalidad fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad, tal como lo recuerda DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona, 1995. p. 150. Pero, en la realidad, “la discrecionalidad siempre es un dato presente en el ordenamiento, pues en todos los casos se decide sobre la base de un procedimiento controlado por quien ejerce las veces de juzgador” (GONZÁLEZ MANTILLA. *El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna*. Op. cit.; p. 81).
- (90) En relación a la sanción disciplinaria “las resoluciones que expida el Consejo serán debidamente motivadas, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan. El voto discrepante será igualmente fundamentado”. (C artículo 154,3; RPD, artículo 4).
- (91) Respecto a la fundamentación, BORRAJO INIESTA y OTROS. *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de Amparo*. Madrid, 1995. p. 63; LANDA ARROYO. *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año VIII. Número 8. Lima, 2002. p. 451; MUÑOZ MACHADO. *Principios generales del procedimiento administrativo comunitario*. Madrid, 1990. p 526. Sobre el fin de esta exigencia: CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *Societe française de Biscuits Delacre*. Febrero de 1990.
- (92) Debemos conjugar el criterio de razonabilidad con el equilibrio de bienes, entendido como método. Mientras que el criterio cuestiona la relación entre la fundamentación y la determinación final (en palabras de Häberle, que “los medios empleados

el consejero para resolver de manera final<sup>(93)</sup>, pese a la sensatez y la flexibilidad que se le ha impuesto en el ejercicio de sus funciones.

En fin, como parte del debido proceso de toda persona, al ser un derecho fundamental, se exige que todo proceso o procedimiento que se le siga -así no sea judicial-, debe contener la motivación de la resolución a la cual arribe, cuestión no ha sido asumida por el Consejo como parte de su función ratificadora, hecho que termina conteniendo un serio perjuicio a los magistrados no confirmados en su cargo, pues nunca podrán saber bajo qué argumentos han sido separados de la carrera judicial, y que -como ya se dijo- nunca podrán regresar a ella.

### 3.1.2. La imposibilidad de revisión judicial.

Otro punto también discordante con la independencia judicial, y muy relacionado con el anterior es el referido a la incompatibilidad de la resolución del Consejo con la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para proteger derechos<sup>(94)</sup>. Este impedimento de revisión de sus decisiones en sede judicial<sup>(95)</sup> quizás tenga como cimienta que no pueden los propios jueces analizar correctamente cómo han sido no ratificados colegas suyos<sup>(96)</sup>.

Pero, en esencia, lo que se está cortando es la facultad de los magistrados no ratificados de controlar jurisdiccionalmente la resolución, aunque queda expedita la vía supranacional -léase, Corte Interamericana de Derechos Humanos- para acudir a ella con el fin de que en ese organismo proteja sus derechos, y específicamente, el debido proceso, pues como se ve internamente no se presentan ya más opciones para su tutela, aptitud que el propio organismo hemisférico se ha reconocido en otros supuestos<sup>(97)</sup>.

Tal vez la discrecionalidad existente en la decisión de los consejeros pueda servir en un sistema de organización política de la judicatura, en donde se articulen los derechos de las personas, y un proceso debidamente adecuado, en donde el respeto por las instituciones sea más que formal. En tal extremo, la perplejidad e inseguridad que fluye de la resolución del Consejo permite considerar que la persona afectada por la decisión se aprecie tan solo en un motivo de sujeción, siendo únicamente el objeto de la norma y no el sujeto de un derecho fundamental.

Nos parece excesiva la indefensión a la que están sometidos los miembros del Poder Judicial cuando son evaluados<sup>(98)</sup>. Ni siquiera se presenta la contingencia

para alcanzar el fin perseguido sea el adecuado". HÁBERLE. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Op. cit.; 127), la aplicación del método supone un procedimiento ordenado para que esta solución pueda llevarse a la práctica. También sobre este criterio, GARCÍA BELAÚNDE. *La interpretación constitucional como problema*. Op. cit.; p. 31.

- (93) La razonabilidad puede encontrarse a la hora de resolver en los procesos disciplinarios, cuando "los consejeros valoran los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, y actúan con independencia e imparcialidad" (RPD, artículo 3).
- (94) Según López Guerra, este sistema se aleja del español: "(desde luego en el sistema español, aunque pueden señalarse desviaciones de este principio en otros ordenamientos) que sus decisiones se configuran como revisables en vía jurisdiccional". LÓPEZ GUERRA. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. p. 140.
- (95) En el Ordenamiento Jurídico se señala que "no son revisables en sede judicial las resoluciones (...) del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces" (Constitución artículo 142, en sentido similar LOCNM, artículo 30, *in fine*), reiterándose que "sus decisiones son inimpugnables" (LOCNM, artículo 2). Según el propio Consejo, esta facultad constitucional se presenta según el criterio de cada consejero y no admite su examen, pues "la acción de ratificar se materializa cuando la mayoría de Consejeros emite su voto de conciencia en sentido afirmativo. En caso contrario, el juez (...) no es ratificado" (CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA. *La ratificación de jueces y fiscales*. En: [www.cnm.gob.pe](http://www.cnm.gob.pe). Justamente, consideran que este acto administrativo debe ser considerado simplemente como uno discrecional pues no se orienta a la solución de algún conflicto o discordia de intereses o derechos.
- (96) Sin embargo, la doctrina se inclina por una solución distinta: "el magistrado sancionado puede intentar un recurso jurisdiccional que pertenece a la competencia del juez administrativo" (BON. *La reforma del Consejo Superior de la Magistratura francés*. En: *Revista del Poder Judicial*. Número 47. Madrid, 1997. p. 20). Por tanto, lo que la realidad está permitiendo es que se adopte una "decisión arbitraria y, por lo tanto, propia de un sistema político autoritario. Se contradice, por ello, el principio de legitimidad de las decisiones en un Estado Constitucional que se fundamenta en la transparencia de los actos de las autoridades y en la argumentación a partir de razones consistentes con los principios del sistema político constitucional". GONZÁLEZ MANTILLA. *La carrera judicial en el Perú*. Op. cit.; p.313.
- (97) La opción jurisprudencial de la Corte Interamericana ha quedado marcada en dicho sentido para el caso de las acusaciones constitucionales, que son realizadas en sede parlamentaria (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tribunal Constitucional*. Sentencia del 31 de enero de 2001; reiterada, en *Caso Ivcher*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 104).
- (98) Se está vulnerando, lo que a juicio de la Declaración Universal es un derecho básico de la persona, como es la disposición de "un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (DUDH, artículo 8).

de acudir al Tribunal Constitucional por intermedio de un Amparo (se debe procurar que se les deje accionar de alguna manera<sup>(99)</sup>), hecho que puede aparecer como el más adecuado, y que busca presentarse como una solución a este problema. El propio intérprete supremo de la Constitución entiende que se encuentra premunido de tal facultad revisora<sup>(100)</sup>, en contra de lo que el propio Judicial ha sostenido<sup>(101)</sup>, mas la competencia proclamada no puede llegar a analizar la constitucionalización de la aptitud ratificadora del Consejo, una inhibición resolutive que deja mucho que desear en el Tribunal, tal como se verá más adelante.

### 3.2. Reconducción al orden constitucional.

Por lo que se observa, las funciones del Consejo han llegado a invadir el espacio destinado al Poder Judicial, al afectarse derechos de los jueces en tanto administradores de justicia. Pero lo más irónico -y a la

vez, peligroso- es que tal vulneración fluye del propio texto de la Constitución<sup>(102)</sup>, y es ella quien pone en duda la perfecta compatibilidad entre el ente de la magistratura y el sistema democrático<sup>(103)</sup>, pues el planteamiento de la ratificación menoscaba claramente el axioma del Estado de Derecho y los axiomas que guían todo el interior constitucional. En tal sentido, podemos remitirnos a lo que la experiencia gala del *bloc de la constitutionnalité* nos presenta, al servirnos la Constitución en su conjunto, con los valores que ésta encierra (jurídicos y positivos), como parámetro para entenderla<sup>(104)</sup>.

En la actualidad, el Estado ya no sigue estrictamente la división funcional, estando más próximo a la distinción y colaboración entre los órganos constitucionales que permite que el Constitucionalismo Contemporáneo se incline hacia un gobierno interrelacionado, pues aparte de su separación, estos

(99) DEVIS ECHANDÍA. *Derecho y deber de jurisdicción, y la igualdad de las personas ante aquélla y en el proceso*. En: *Ius et Veritas*. Año V. Número 10. Lima, 1995. p. 16. No hay que olvidar que acción es un "derecho subjetivo, público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona (...) para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto".

(100) Para él, si "el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional más del Estado, y en esa condición, se trata de un poder constituido dotado de competencias -como la ratificación y de los jueces (...)- que deben ejercerse dentro del marco de la Constitución y su Ley Orgánica, entonces, no es admisible que se pueda postular que su ejercicio antijurídico no pueda ser objeto de control jurisdiccional" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 1941-2002-AA/TC). También se ha dicho, en un caso de una ratificación realizada antes de que el magistrado cumpla siete años en su función, que también estaba facultado para revisar las resoluciones del Consejo, tanto así que declaró fundado el Amparo (Sentencia del Tribunal Constitucional 2409-2002AA/TC)

(101) No se debe desconocer que, según la *Living Constitution*, el intérprete -sobre todo, el judicial- adquiere la calidad de 'activista', realizando por ello un trabajo más arduo de construcción jurídica, poniendo al día el significado de las palabras de la Constitución, averiguando los requerimientos sociales existentes, ensamblando y compensando los valores en juego, inquiriendo sobre las consecuencias de la decisión a adoptar, y finalmente, diseñando su producto interpretativo, en función del problema a decidir. Se deberá realizar, entonces, una *interpretatio largo sensu*. Sobre el tema, HERNÁNDEZ VALLE. *El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional*. En: *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXX. Número 88. Mexico, 1997. pp. 229 y 230. LUCAS VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Madrid, 1984. IV-125 ("magnitudes normativas e institucionales").

Además, el propio Tribunal Constitucional se sorprende de la falta de criterio de los propios jueces para no querer analizar esta situación tomando en consideración un razonamiento literal de la norma, sino que debe ser "un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales" (Sentencia 1941-2002-AA/TC).

(102) Sabiendo que la Constitución se aplica directamente (Constitución Política del Perú, artículo 51), la vinculación que de ella fluye también debe ser inmediata y continua.

(103) Para Spota, alguna función del Consejo termina siendo "absolutamente inaceptable y ajena a nuestro sistema de división e independencia de los poderes constituidos". SPOTA. *Designación y remoción de magistrados*. En: *Comentario a la Reforma Constitucional*. Buenos Aires, 1995. p. 148. No obstante, para Requejo Pagés, "la imposibilidad de controlar políticamente las actuaciones jurisdiccionales no representa en puridad ninguna contradicción con el principio democrático, pues en las actuaciones de esta naturaleza el componente político es prácticamente inexistente". REQUEJO PAGÉS. *Jurisdicción e independencia judicial*. Op. cit.; p. 212. En un sentido similar: DE OTTO. *Derecho Constitucional*. Barcelona, 1987. pp. 288 y ss.

Pero, en esencia, "¿se puede perder el pudor al punto de proclamar solemnemente las virtudes de la democracia si no están realmente en vigencia los mecanismos básicos que podrían frenar los excesos del Gobierno y garantizar la supremacía de los derechos fundamentales de la persona?". BUSTAMANTE. *Justicia alternativa*. Lima, 1993. p. 18).

(104) Sobre esta proposición jurisprudencial, FREIXES SANJUÁN. *Estructura jurídica y función constitucional de los derechos* Barcelona, 1992. pp. 80 y ss.

También una interpretación de este tipo puede fluir de una interpretación conforme a la Constitución, a la cual uno puede arribar tomando en cuenta la capacidad judicial de realizar un control difuso de constitucionalidad (Constitución, 138, en coherencia con Constitución, 139.8).

participan en los cometidos de los órganos estatales entre sí de una cuota del poder, y existe una dependencia orgánica (es lo que podría llamarse una actual división de “poderes autocontrolados”)<sup>(105)</sup>. Pero en este marco -ya trabajado supra-, la exigencia del respeto total de los derechos fundamentales se está planteando como una reivindicación de poder social, y para ello nos sirve recordar el pensamiento lockeniano con respecto a la libertad<sup>(106)</sup>. De esta forma, derechos básicos de los jueces como poder recurrir una resolución en sede judicial, o esperar la motivación de su separación del cargo, o de hecho la misma imposibilidad de ser expulsados de su función jurisdiccional sin demostración alguna de su incapacidad, parece un claro atentado contra el orden democrático.

El Estado, como poder soberano, muestra su facultad para afirmar su autonomía frente a los otros y su potestad directriz y compulsiva cuando incluye su capacidad para decidir sobre la población. En todo Estado de Derecho, una acepción democrática del poder aparecerá como una representación de la autoridad originaria y soberana del constituyente, que es la que radica en el pueblo<sup>(107)</sup>. Por tanto, todos los órganos constitucionalmente reconocidos deben contribuir al control dentro del Estado pero la función

asignada a uno no puede autorizar la vulneración del ejercicio de otro, sino cada uno de ellos aparecen con una importancia capital para que el equilibrio entre los mismos puede ser real, delimitado y determinado, hecho que no aflora de las situaciones desarrolladas por nuestra actual Constitución.

Dentro de este esquema, en tanto concepto de soberanía, la independencia judicial aparece como un concepto operativo y no sólo como una idea abstracta<sup>(108)</sup>, que debe buscar ser protegida desde la propia Constitución, y no vulnerada por ella misma, afectándose su “legitimación democrática funcional e institucional”<sup>(109)</sup>. Lo ideal sería conjugar correctamente los roles del Poder Judicial y del Consejo Nacional de la Magistratura. De hecho, no puede considerarse como simple expectativa un derecho de los magistrados como es mantenerse en el cargo, evitando así que se pierda la confianza en ellos, sin ninguna seguridad de poder ejercer su función jurisdiccional con total tranquilidad y certidumbre<sup>(110)</sup>.

Hacia ese fin es el que debemos orientar nuestros esfuerzos interpretativos. Que exista ratificación y que se proteja la independencia judicial deben ser entendidas como reglas, y no tanto como principios, pues estas normas constitucionales sólo pueden ser cumplidas o no, al contener “determinaciones”<sup>(111)</sup>, lo

(105) La nueva Constitución requiere, por ende, urgentemente “que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados” HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. p. 41; WEBER. *El político y el científico*. Madrid, 1981. p. 155, (al costado de la pasión y la medida, existe una responsabilidad). Partiendo que dentro del poder “much more important than rules themselves is the conceptual basis for the acceptance of these rules”, se puede decir usando “terminology of game theory, the beliefs the underpin that constitution must themselves generally be in equilibrium”. SCHOLFIELD. *Evolution of the Constitution*. Cambridge, 2002. p. 1.

(106) Así, la evaluación interorgánica y el respeto por la Norma Fundamental permitirá advertir que el Estado lleva implícitas relaciones en su interior, y dentro de ellas, una serie de controles que eviten el exceso en el ejercicio de los cargos, entre ellas las impuestas por las normas de cada Ordenamiento. Sobre este punto, SAITTA. *Rivisitando la teoría della critica*. En: *Studi parlamentari e di politica costituzionale*. Año 5. Número 135. Roma, 2002. p. 34 (“*applicazione o esecuzione alla legge*”); SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Madrid, 1982. p. 213.

(107) Pero no por ello el Estado moderno dejará de asumir diversos peligros para cumplir con este equilibrio entre sus órganos, tal como lo señala PERBEN. *La fonction publique*. En: *Revue des Science Morales & Politiques*. Número 3. París, 2001. p. 141 (“*sa difficulté à assumer ses fonctions essentielles*”) o DE ESTEBAN ALONSO. *Reflexiones constitucionales americanas después del Watergate*. En: *Revista de Derecho Público*. Número 58. Madrid, 1978. p. 143.

(108) Por ende, una tarea importante de este último consiste en “cómo conjugar por una parte, garantizar la independencia de los jueces frente a todo influjo de otros poderes del Estado, y, al mismo tiempo, y por otra parte, garantizar que la creación judicial del Derecho va a reflejar las tendencias presentes en la conciencia social sobre el Derecho y su papel”. LÓPEZ GUERRA. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. p. 81.

(109) Entendida como aquella que configura a “los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como funciones y órganos específicos (poderes en el sentido orgánico), a través de los cuales el pueblo ejerce el poder del Estado que deriva de él”. BÖCKENFÖRDE. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, 2000. p. 57.

(110) Es preocupante que para el propio Tribunal Constitucional, convalidando expresamente la figura, se mantendrá el juez en su cargo “siempre que logre sortear satisfactoriamente el proceso de ratificación” (Sentencia 1941-2002-AA/TC, fundamento 11).

(111) Sobre la teoría argumentativa de los derechos fundamentales que ahora aplicamos a la Parte Orgánica, ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. pp. 86 y 87, (los principios, por su parte, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales; son mandatos de ‘optimización’).

Un planteamiento algo similar, aunque perteneciente a una tradición jurídica diferente, es el realizado por Dworkin, quien

cual tiene como consecuencia directa que la correspondencia existente entre ellas<sup>(112)</sup> (a la que se debe denominar “conflicto”) puede ser solucionada o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que lo elimina, o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas<sup>(113)</sup>. Por tanto, la solución se halla en la validez de la falta de condicionamiento de los jueces siempre y cuando no exista un proceso de no ratificación en el cargo.

De acuerdo al principio democrático, como guía del ordenamiento, una interpretación constitucional coherente con todo el texto de la Norma Fundamental puede ser considerada sobre la base de un principio de ponderación de bienes, tal como inteligentemente lo ha reconocido *prima facie* el Tribunal Constitucional para el caso de la ratificación de jueces, pero calificamos que la manera como termina equilibrando estas facultades constitucionales dista mucho de ser correcta, al convalidar la existencia de esta figura<sup>(114)</sup>. La Constitución, por tanto, no posee ni “concordancia interna” ni -menos aún- “consistencia propia”.

Quizás dentro de un razonamiento más coherente con el orden constitucional, la relación entre estas dos normas orgánicas, sería acudir a una invalidez -en palabras más técnicas, declarando inconstitucional una de las normas, que en este caso sería la de la ratificación-, para mantener incólume la independencia del Poder

Judicial. De esta forma se evitaría el problema de que los jueces al actuar estén pendientes de cómo agradar a los miembros del Consejo, y estén finalmente envueltos en cualquier tipo de injerencia en su actuación.

Por más que se haya inducido a la población a creer en la legitimación de una actividad<sup>(115)</sup>, cuando destituyó a algunos magistrados fujimoristas, la existencia plena de democracia es algo más que mero formulismo: el respeto y la eficacia funcional de las instituciones (de todas y cada una de ellas) es trascendental para la realización tangible de esta última<sup>(116)</sup>. Y según se ha podido demostrar a lo largo del presente trabajo, la ratificación planteada en la Constitución desestabiliza el orden democrático del Perú, y se aleja con facilidad -es más, lo contradice abiertamente- de lo que sería el objetivo esencial del Consejo Nacional de la Magistratura, cual es colaborar con y posibilitar la independencia judicial.

En fin, que Estado y Constitución hayan entrado en un proceso de convergencia de rendimientos e intereses (hoy existe un Estado Constitucional de Derecho, propio de la vida civilizada y democrática) impide que los consejeros, al controlar supuestamente el cumplimiento de las normas, quebranten derechos reconocidos a las personas involucradas en un procedimiento, como son los jueces cuando se exponen

plantea la existencia de normas, principios y directrices dentro del sistema. Así, mientras las normas se aplican o no se aplican (similar a las reglas), los principios “dan razones para decidir” en un sentido determinado (como lo hacen los principios-derechos, aunque creemos en una dimensión más orientadora que de aplicabilidad directa). DWORKIN. *Los derechos en serio*. pp. 72 y ss.

(112) Debe observarse la legitimidad de las normas en juego, y ello depende de que se consideren una ‘limitación justificada’, es decir, “una intervención justificada a la luz de algún bien que opere como título de cobertura de la acción legislativa y, al propio tiempo, como frontera delimitadora del derecho” (PRIETO SANCHÍS. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. Madrid, 1984. En: *Constitución Española de 1978*. p. 69). Así, para el Tribunal Constitucional Alemán, todo proceso debe estar ‘coinfluenciado’ por la configuración de tales normas [Estatutos 1, 87 (89)].

(113) Sobre la solución, ALEXEY. *Teoría de los Derechos fundamentales*. pp. 88 y ss. La resolución de la configuración requerirá además de criterios como el de ‘*lex posterior derogat legi priori*’ o ‘*lex specialis derogat legi generali*’ o según la importancia de las normas, que no se pueden aplicar al presente caso.

(114) Éste es el camino utilizado por el Tribunal Constitucional para solucionar este problema: lamentablemente la legitimidad de la ratificación ha sido confirmada por el máximo intérprete de la Norma Fundamental (STC 1941-2002-AA/TC). Al respecto, González Mantilla considera que “la perspectiva del TC, sobre este punto, propicia más incertidumbres que claridad, sus argumentos oscilantes, pasan de predicar la idea de una magistrado con mucho poder a otro más bien débil, casi fungible, con un estatuto equiparable al de funcionario público o de confianza”. GONZÁLEZ MANTILLA. *El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna*. p. 67.

(115) Pese a esta postura, según los propios miembros del Consejo, el proceso de ratificación que realizan tendría la aprobación popular, puesto que la sociedad peruana “hace mucho tiempo lo estaba esperando”, y de esta forma “al emitir su voto individual, lo hacen en representación de la sociedad que (...) les otorga esa facultad administrativa, discrecional y exclusiva de ellos” (LOCNM, artículo 4).

(116) De esto parece haberse percatado el Congreso actual, y si bien no se ha modificado esta norma constitucional, en la propuesta reforma total de la Constitución, la ratificación desaparece como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura. Lo que existiría a partir de ella sería el encargo de “investigar en forma permanente la conducta funcional de jueces”, pero también se anota que la “resolución definitiva es impugnabile ante el Tribunal Constitucional sólo si se afecta este derecho fundamental, de conformidad con la Ley” (PLRC, artículo 216,2). Es decir, se reconduce por caminos democráticos a un Consejo actualmente descarriado.

a ser ratificados<sup>(117)</sup>, razón por lo cual le corresponde permitir la vigencia tanto del Consejo convenientemente validado, como del Poder Judicial constitucionalmente protegido.

### Cuestiones finales.

No se puede juzgar al Consejo Nacional de la Magistratura como una figura desdeñable de por sí (puede llegar a convertirse en un elemento trascendente en el funcionamiento adecuado del Poder Judicial<sup>(118)</sup>, según lo reconocen los propios magistrados entrevistados), sino que tal como está configurada su función de ratificación su marcha deviene en abusiva en cuestión de derechos fundamentales y distorsionante en cuanto al ejercicio de la actividad jurisdiccional. La discrecionalidad que se le brinda a los consejeros deviene en contraproducente y pernicioso si la ausencia de consistencia, claridad y argumentos la terminan guiando.

La independencia judicial aparece -en gran medida- como la vulnerada: un juez no puede resolver y decidir preocupado, ahora ya no de los condicionamientos de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, sino más bien de lo que un consejero decidirá subjetivamente respecto a él cuando éste discrecionalmente lo aparte de su carrera judicial, olvidando de un principio básico como es la inamovilidad de su cargo. En el Perú de hoy, la ratificación ha terminado presentándose como una temeraria “espada de Damocles” que actúa sobre cada uno de los jueces cuando las circunstancias así lo exijan.

La interpretación constitucional permite un resultado en clave integradora, y así debe entenderse la Norma Fundamental, pues la vigencia y efectividad de cada uno de los órganos reconocidos es la clave para su construcción, sobre todo en un país con instituciones tan débiles y frágiles luego de los avatares políticos que han debido soportar. Entender la ratificación como un acto de confianza no puede entenderse en armonía con el verdadero sentido de la Constitución: la realidad lo está comprobando. Destruir la independencia judicial no es “adecuada” con todo el texto de la Norma Fundamental.

Claro que se puede encauzar la responsabilidad de los jueces por su mal desempeño, de acuerdo a los cánones constitucionales y con las convenientes revisiones, y eso también puede encargársele al Consejo<sup>(119)</sup>. No podemos olvidar, por tanto, que una visión global de la Constitución deriva en que ésta sea considerada no como algo estático, sino como algo ágil y eficaz (vivo, cambiante y mutable). En tal sentido, los principios que guían nuestra Norma Fundamental (de la mano del sentimiento constitucional<sup>(120)</sup>) podrán encarrilar la existencia de órganos cuya vigencia estén de la mano con el contrapeso entre sus funciones<sup>(121)</sup>. De hecho, según la teoría del equilibrio constitucional, hay independencia gracias a los controles, pero no controles en perjuicio de la independencia.

A nuestro entender se deben reconducir los cometidos del Consejo Nacional de la Magistratura en sede constitucional. Dejando de lado las causas políticas -las más- y jurídicas -casi inexistentes- que

Algo similar ha sido propuesto por el propio Tribunal Constitucional quien ha exhortado “al órgano de la reforma constitucional para que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución” (Sentencia 1941-2002-AA/TC).

- (117) Los jueces son tan beneficiarios de los derechos fundamentales como cualquier otra persona, y por lo tanto, “the traditional human rights paradigm [must be] focused on the rights of the individual and the corresponding obligations of his or her own State”. ROSAS Y SCHEINEN. *Categories and Beneficiaries of Human Rights*. En: *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. Turku, 2002. p. 56.
- (118) En fin, es forzoso “reconocer que, hoy por hoy, no existe alternativa conocida a los Consejos de la Magistratura en términos de garantía constitucional de la independencia judicial, y ello, con todas las insuficiencias e inconsistencias que han sido señaladas”. DIEZ-PICAZO. *Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial*. p. 37. Y es que “en un régimen constitucional, los poderes no sólo están limitados, sino que, además, su ejercicio implica siempre responsabilidad” (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. *La experiencia europea del Consejo de la Magistratura*. En: *Revista del Poder Judicial*. Número 52. Madrid, 1998. p. 53); así, la interrelación entre Consejo Nacional de la Magistratura y Poder Judicial debe ser concurrente y concordante con el principio democrático.
- (119) Böckenförde sugiere que, como parte de la “legitimación democrática material”, podrá existir “una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas”. BÖCKENFÖRDE *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. p. 62.
- (120) Respecto al sentimiento constitucional y valores constitucionales, LUCAS VERDÚ. *El sentimiento constitucional*. Madrid, 1985. pp. 135 y ss.
- (121) Y es que “lo esencial no es la división de poderes como dogma, sino que lo es el equilibrio de poderes como estrategia y, por tanto, lo primordial es conocer quién es el protagonista hegemónico de la lucha contra el poder absoluto, vencedor final en esa lucha y titular del poder en cada momento histórico”. BERGALLI. *Estado democrático y cuestión judicial*. Buenos Aires, 1984. p. 23.

sustentan la ratificación, ésta debe ser dejada de lado, pues tranquilamente se podría separar del cargo a aquellos magistrados que no tienen idoneidad para ejercerlo si se le somete a proceso disciplinario y finalmente se le destituye. Pero si se opta por mantenerla, por el bien de la democracia y de la independencia judicial en el Perú, ahora muy afectada por una Constitución que no las respetó, debe realizarse de manera motivada y con un control posterior que permita su revisión, para dar la mayoría de garantías a quienes se sometan a ella. De esta manera se estaría

cumpliendo, en cierta forma, el criterio de “necesidad” que debe ordenar el proceso interpretativo constitucional.

De hecho, todos queremos buenos jueces, pero no puede permitirse que a estos se les afecten sus derechos fundamentales, como de hecho es el debido proceso<sup>(122)</sup>, y se desvirtúe su desempeño a causa de un atropello proveniente de la propia Constitución. Ésta debe invertir sus líneas en fortificar las instituciones que se encuentran bajo su resguardo, y no para destruirlas.<sup>AB</sup>

(122) El objetivo de este derecho ha de ser, ergo, conseguir un proceso iniciado y desarrollado conforme a los derechos y garantías legales y a través del cual puede un ciudadano ser pasible de una sanción, pero sólo de manera correcta, pues *nulla poena sine previa iudicio*.

Sabiendo que es “necesario reivindicar su calidad como derecho fundamental -con todas las consecuencias que se derivan de ello- y rescatar aquella concepción que lo vincula a la satisfacción de un ideal de justicia” (BUSTAMANTE. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, 1999. p. 181), el debido proceso “se articula, desde el punto de vista del ciudadano, en una serie de técnicas y de garantías” (VACAS GARCÍA-ALÓS. *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo*. Madrid, 1996. p. 17). Así, para Rubio Correa, todos los principios jurisdiccionales deberán ser aplicados al procedimiento del Consejo. RUBIO CORREA. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, 1999. p.248.

De esta forma, los derechos fundamentales, entre los cuales encontramos al debido proceso, “son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado, o se transforme radicalmente”. SCHNEIDER. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En: *Revista de Estudios Políticos*. Número 7. Madrid, 1979. p. 51.