



EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DE JUECES Y FISCALES Y LA PROHIBICIÓN DE REINGRESO A LA CARRERA JUDICIAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2007-2010

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2007). El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial. *Jus Jurisprudencia*, (1), 257-308.

Castillo, L. (2010). El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial. *Aequitas: revista virtual Corte Superior de Justicia de Piura*, (3), 59-87.

Castillo, L. (2010). El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial. En S. Castañeda y F. Velezmoro (Coord.), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (pp. 481-516). Lima: Grijley.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DE JUECES Y FISCALES Y LA PROHIBICIÓN DE REINGRESO A LA CARRERA JUDICIAL

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Elementos jurisprudenciales acerca del proceso de ratificación

Como se sabe, en el sistema judicial peruano existe una figura jurídica cuya necesidad para una concreta realidad judicial puede justificarse sin que por ello queden reducidos o anulados todos los problemas que su reconocimiento constitucional, su desarrollo legislativo y aplicación práctica, pueda conllevar. Me refiero a la figura de la evaluación periódica de los jueces y fiscales de todos los niveles a fin de establecer su continuidad en el cargo o, por el contrario, su destitución. En el ordenamiento constitucional peruano varios problemas de hermenéutica constitucional se han presentado relacionados con esta figura, y en la medida que en ellos se manifestaba un modo de interpretar el texto constitucional, no han sido ajenos a las decisiones del Tribunal Constitucional.

Un primer asunto tuvo que ver con la interpretación del artículo 142 de la Constitución peruana (en adelante CP). En este dispositivo constitucional se establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces. La cuestión consistió en que una interpretación literal de este dispositivo impedía cualquier revisión judicial o constitucional de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, aún en los casos en los que se argumentase la vulneración del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Desde un primer momento el Tribunal Constitucional se mostró contrario a esta interpretación literal, y dispuso con acierto que con base en una interpretación sistemática y teleológica se permitiese el cuestionamiento de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando éstas vulneraban la Constitución en general, y los derechos fundamentales en particular.

Las razones que expresó el Tribunal Constitucional fueron varias, todas ellas justificaciones constitucionales suficientes para sustentar su interpretación. Recordó el Tribunal Constitucional –con base en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 25.1 de la Convención americana de Derechos Humanos– que en el ordenamiento constitucional existe el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales “o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos”¹. También manifestó la inconveniencia de interpretar aisladamente los textos de los distintos artículos de la Constitución, especialmente cuando se refiere a las normas iusfundamentales, pues una interpretación de los derechos fundamentales exige “un esfuerzo de

* Investigador contratado doctor, Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).

¹ EXP. N.º 1941–2002–AA/TC, de 27 de enero de 2003, f. j. 3.



comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos”². También recordó que el Consejo Nacional de la Magistratura es un poder constituido, lo cual exigía que su actuación se sujetase a los mandatos constitucionales y, consecuentemente, que podía ser objeto de control constitucional; lo contrario significaría considerar a éste órgano constitucional como “un ente autárquico y carente de control jurídico en el ejercicio de sus atribuciones”³. Y, en fin, recordó que si no se aceptaba este control constitucional se habría creado un ámbito de “exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de manera inconstitucional, ya que ello supondría tanto como que se proclamase que, en el Estado Constitucional de Derecho, el texto supremo puede ser rebasado o afectado y que, contra ello, no exista control jurídico alguno”⁴.

Admitir que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura sí eran revisables jurisdiccionalmente, permitía adentrarse en los problemas que presentaban directamente los procesos de ratificación de los jueces y fiscales, problemas todos ellos referidos a un modo de interpretar el artículo 154.2 CP. Uno de esos problemas tenía que ver con la concepción de la naturaleza del acto de evaluación y ratificación o no ratificación de los jueces y fiscales. Para el Tribunal Constitucional, se trataba de la valoración subjetiva que cada miembro del Consejo Nacional de la Magistratura formulaba sobre si procedía o no renovar la confianza a los jueces y fiscales evaluados. El proceso de ratificación, así, “constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva”⁵. Y es que a entender del Tribunal Constitucional, “[d]esde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende, actualmente es percibido como un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera cómo se ejerce la función jurisdiccional”⁶.

Este modo de entender la evaluación de los jueces a fin de definir su ratificación tuvo como consecuencia inmediata el no predicar de él las garantías propias del debido proceso. Dijo el Tribunal Constitucional que el proceso de ratificación “no comporta la idea de una sanción, sino sólo el retiro de la confianza en el ejercicio del cargo. Lo que significa que, forzosamente, se tenga que modular la aplicación –y titularidad– de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso, y reducirse ésta sólo a la posibilidad de la audiencia”⁷. En particular, las resoluciones en las que se decidía la no ratificación de un juez o fiscal no tenían la obligación de ser motivadas, ya que se trataba de dar “un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera

² Idem, f. j. 5.

³ Idem, f. j. 6.

⁴ Idem, f. j. 7.

⁵ Idem, f. j. 13.

⁶ EXP. N.º 1525–2003–AA/TC, de 15 de julio de 2003, f. j. 14.

⁷ EXP. N.º 1550–2003–AA/TC, de 16 de julio de 2003, f. j. 11.

como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada. Ello a deferencia, cabe advertir, de la destitución que, por su naturaleza sancionatoria, necesaria e irreversiblemente debe ser explicada en su particulares circunstancias”⁸.

A su vez esta consideración llevó necesariamente al Tribunal Constitucional a interpretar la parte del artículo 154.2 CP, en la que establece que “[l]os no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, como si no se dispusiese esto, sino a interpretarlo de modo que se obvie la literalidad del texto constitucional y se permitiese el reingreso a la carrera judicial de los jueces y fiscales no ratificados. De esta manera, “si se asume que la no ratificación del recurrente no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que por encontrarse en dicha situación, se encuentre impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación”⁹.

Por lo tanto, cuatro elementos configuran el entendimiento de los procesos de evaluación y ratificación de los jueces y fiscales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El primero, que es posible examinar la constitucionalidad de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura referidas acerca de la ratificación o no de los jueces y fiscales; el segundo, que la naturaleza de los procesos de ratificación no es el de un proceso sancionador sino más bien el de un proceso por el cual se emite un voto de confianza o de no confianza a través de un juicio de conciencia por parte de los miembros del mencionado Consejo; el tercero, que al no ser un proceso sancionador no tiene porqué estar rodeado de las garantías propias del debido proceso; y el cuarto, que no está constitucionalmente prohibido el reingreso a la carrera judicial a los jueces y fiscales no ratificados.

Planteamiento de las cuestiones

Con la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC se produce un cambio jurisprudencial –con carácter de precedente vinculante– por el que se varía totalmente el tercero de los mencionados elementos y, consecuentemente, se matiza el segundo. En efecto, con el *prospective overruling* contenido en la referida sentencia constitucional, se exige recubrir el proceso de ratificación con una serie de garantías propias del debido proceso (tutela procesal efectiva), en particular la garantía de la motivación de las resoluciones y, consecuentemente, se deja de entender el acto de no ratificación como un juicio subjetivo de mera conciencia por parte de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura. Dijo el Tribunal Constitucional que había que “considerar que la apreciación de los consejeros ya no es exclusivamente subjetiva, el control de la tutela procesal efectiva debe sustentarse en la parte objetiva”¹⁰.

Posteriormente ocurrió que el referido Consejo no permitió que un juez de primera instancia no ratificado en su puesto postulase a una de las plazas de vocal supremo en el concurso público convocado para tal efecto. Interpuesta la correspondiente demanda de amparo, el Consejo Nacional de la Magistratura

⁸ EXP. N.º 1941–2002–AA/TC, citado, f. j. 20.

⁹ EXP. N.º 2731–2003–AA/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 5.

¹⁰ EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, de 12 de agosto de 2005, f. j. 25.



contestó la demanda con base a dos elementos de defensa. Primero, que la decisión de no permitir la postulación del demandante la había tomado en aplicación del artículo 154.2 CP y del artículo 30 Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dispositivos en los que se prohíbe el reingreso de los jueces y fiscales no ratificados a la carrera judicial. Segundo, que las decisiones del Tribunal Constitucional a este respecto no pueden ser consideradas vinculantes porque fueron emitidas por la Sala y no por el Pleno del mencionado Tribunal¹¹. Esta demanda constitucional es resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia EXP. N.º 1333-2006- PA/TC, y en ella –entre otras– aborda las siguientes dos cuestiones: el valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y la interpretación del artículo 154.2 CP en cuanto a la prohibición de reingreso a la carrera judicial de los jueces y fiscales no ratificados.

Estas dos cuestiones serán las analizadas en el presente comentario jurisprudencial, aunque se ha de reconocer desde ya que el énfasis se colocará especialmente sobre la segunda. También se ha de indicar desde ya que si bien es cierto el principal objeto de análisis serán los fundamentos vertidos en la sentencia EXP. N.º 1333-2006- PA/TC, es decir, será esta la sentencia bajo comentario a la que se hará reiteradamente alusión más adelante, también se hará referencia a otras sentencias del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia EXP. N.º 3361-2004-AA/TC.

SOBRE EL PRECEDENTE VINCULANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Posición del Tribunal Constitucional

Debido a que en la contestación a la demanda de amparo, como ya se adelantó, afirmó el Consejo Nacional de la Magistratura que las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional no le vinculaban, éste Tribunal llega a formular algunas precisiones acerca de la vinculatoriedad de sus sentencias. Una es de carácter general, y en ella manifiesta que todos los operadores jurídicos, en particular, los jueces del poder judicial, deben seguir los criterios de interpretación formulados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias. Así manifestó el mencionado Tribunal:

“las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”¹².

¹¹ Cfr. EXP. 1333-2006-PA/TC, de 8 de enero de 2006, antecedentes.

¹² Idem, f. j. 11.

En particular, sobre el significado de los precedentes vinculantes, manifestó el Tribunal Constitucional que:

“[c]on el objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente en el artículo VII del Título Preliminar (...). De este modo, (...), si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. En ese sentido, el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente”¹³.

Análisis de la postura del Tribunal Constitucional

Cuando se intenta responder a la pregunta de si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es o no vinculante, conviene empezar analizando la posición de éste Tribunal en el ordenamiento constitucional peruano. Según el texto constitucional el referido Tribunal “es el órgano de control de la Constitución” (artículo 201 CP). Para saber si la Constitución necesita de control, y de necesitarlo, cómo se desenvuelve este control, obligado es caracterizar la Constitución peruana. En este sentido es necesario afirmar que ésta Constitución tiene –entre otras– las dos siguientes características: la primera es que viene concebida como norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico (artículo 51 CP); y la segunda es que se reconoce así misma como norma jurídica efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder público y los particulares (artículos 38 y 45 CP).

La primera característica obliga a admitir que toda la producción normativa que se coloque por debajo de la Constitución (las leyes y los reglamentos) no puede contradecir ni formal ni materialmente la norma constitucional, de modo que su validez jurídica dependerá de su ajustamiento a los mandatos constitucionales. Consecuentemente, y debido a que las normas tienen una presunción de validez, se hace necesario estar atentos para activar los mecanismos jurídicos correspondientes a fin de expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que quebranten la Constitución. En este primer sentido se debe entender que es necesario *controlar la Constitución*.

La segunda característica obliga a admitir la existencia de un deber jurídico que es la sujeción de la actuación pública y privada a los mandatos constitucionales, y a la vez admitir que es posible se produzca el incumplimiento de este deber jurídico. Consecuentemente, se hace necesario que se activen los mecanismos jurídicos correspondientes para anular por inconstitucionales aquellas acciones públicas (distintas a las normativas) y privadas que se han desarrollado al margen de lo establecido constitucionalmente. Es este el segundo sentido en el que deberá entenderse la función de *controlar la Constitución*.

¹³ Idem, f. j. 24.



Precisamente para el cumplimiento de esta función de control, tiene asignado el Tribunal Constitucional una serie de atribuciones: conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad con la finalidad de expulsar del ordenamiento jurídico las normas con rango de ley que vulneren la Constitución en el fondo y en la forma (artículo 202.1 y 204 CP); conocer en instancia última las acciones denegatorias de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, destinadas a comprobar que las actuaciones públicas y privadas no vulneren el contenido constitucional de los derechos fundamentales (artículo 202. 2CP); y la demanda de conflicto de competencias (artículo 202.3 CP) dirigida a comprobar que las actuaciones públicas se han circunscrito a sus atribuciones constitucionalmente asignadas.

En el ejercicio de estas tres atribuciones la norma constitucional funciona como parámetro de comparación. Pero la Constitución es una norma cuyo texto requiere de interpretación, es decir, de un proceso por el cual se descubra el significado de los distintos preceptos que la conforman. Esta exigencia se manifiesta especialmente de las normas iusfundamentales, en la medida que los derechos fundamentales se conciben como principios (antes que reglas), es decir, como mandatos generales de optimización que requieren de concreción. De esta forma el Tribunal Constitucional deberá interpretar la Constitución a fin de examinar si las actuaciones públicas (normativas y no formativas) y las privadas se ajustan o no a las prescripciones constitucionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional no sólo es el controlador de la Constitución, sino también el intérprete de la Constitución.

Afirmado esto, se abre necesariamente la siguiente pregunta: el Tribunal Constitucional ¿es el único controlador y, por tanto, el único intérprete de la Constitución? La respuesta es que no. Junto al Tribunal Constitucional existe un segundo controlador e intérprete de la Constitución: los jueces del Poder Judicial¹⁴. Estos dos son los llamados Comisionados del poder constituyente¹⁵. Y la razón por la que debe ser también considerado el juez del Poder Judicial como controlador intérprete de la Constitución es que éste tiene asignadas también atribuciones en la línea de controlar la Constitución en los dos sentidos mostrados anteriormente. Así, en lo que respecta del primero, los jueces del Poder Judicial tienen la atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos a fin de inaplicarlos en los concretos litigios que deban resolver (artículo 138 CP). También tienen la atribución de declarar inconstitucional una norma reglamentaria y expulsarla del ordenamiento jurídico a través de los procesos de acción popular (artículo 200.5 CP y artículo 85 CPConst.). De igual forma, son ellos quienes deben conocer en primera instancia –antes de ser resueltos en definitiva instancia por el Tribunal Constitucional– las demandas constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento en defensa –fundamentalmente– de los derechos reconocidos constitucionalmente.

¹⁴ Desacertadamente el Tribunal Constitucional ha considerado que la Administración pública es también controlador e intérprete de la Constitución en la sentencia EXP. N.º 3741–2004–AA/TC del 14 de noviembre de 2005. Un comentario a esta sentencia en CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, noviembre 2006, ps. 31–45.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, 4ª reimpresión, Civitas, Madrid, 2001, ps. 197–205.

Reconocido que el Tribunal Constitucional no es el único controlador e intérprete de la Constitución, sino que esta atribución también la tiene reconocida constitucionalmente los jueces del Poder Judicial, conviene preguntarse si existe alguna relación de jerarquía entre uno y otro. La respuesta va en la línea de afirmar que si bien ambos órganos constitucionales son independientes y autónomos, también es verdad que en cuanto al ejercicio de la función de control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ostenta una posición prevalente sobre los jueces del Poder Judicial, de modo que es posible catalogarlo como el Comisionado mayor del poder constituyente. Y esto no sólo porque la Constitución llama expresamente controlador de la Constitución sólo al Tribunal Constitucional, sino también porque a éste le ha reconocido –como se ha visto antes– mayores potestades que a los jueces del Poder Judicial a efectos de controlar la Constitucionalidad de la ley¹⁶.

En este contexto es posible hablar del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. La consecuencia necesaria de este reconocimiento es el que se ha de atribuir algún grado de vinculación a las interpretaciones que de las normas constitucionales pueda formular¹⁷. Es así que se ha establecido que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada a través de una demanda de inconstitucionalidad o a través de una demanda de acción popular (segundo párrafo del artículo VI CPConst.); se ha establecido también que los jueces deberán interpretar y aplicar las normas según los criterios interpretativos que sobre la Constitución haya formulado el Tribunal Constitucional (Tercer párrafo del artículo VI CPConst.; y Primera disposición general de la LOTC); y, en fin, se ha establecido la existencia de los precedentes vinculantes a los cuales se ha de sujetar la actividad jurisdiccional de los jueces (artículo VII CPConst)¹⁸.

Por tanto, la posición constitucional del Tribunal Constitucional, es decir, su reconocimiento como controlador e intérprete supremo de la Constitución, justifica que al momento que los jueces del Poder Judicial apliquen el ordenamiento jurídico, tomen en consideración las interpretaciones y los fallos establecidos en las sentencias constitucionales por el Tribunal Constitucional. Que los jueces del Poder Judicial queden vinculados a la jurisprudencia del

¹⁶ CASTILLO CÓRODOVA, Luis, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 900 y ss.

¹⁷ Teóricamente pueden diferenciarse tres tipos básicos de vinculación: “una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las sentencias (...); en el otro extremo, una vinculación formal rigurosa, en el sentido de considerar la existencia de una obligación exigible al juez, de atenerse a la doctrina jurisprudencial; y, finalmente, en una posición intermedia, una vinculación ‘disuasoria’, en el sentido de que el no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación (...) de las sentencias contrarias a esa doctrina”. LÓPEZ GUERRA, Luis, “Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo; DÍAZ REVORIO, Javier, *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 361.

¹⁸ Un análisis extenso de estos dispositivos puede encontrarse en CASTILLO CÓRODOVA, Luis, “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956–2006. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Editorial Porrúa, en prensa.



Tribunal Constitucional, ya sea a través del precedente vinculante o no, no vulnera la independencia judicial por las siguientes razones. Primera, porque esta vinculación es consecuencia constitucionalmente necesaria de la calidad de controlador y supremo intérprete de la Constitución que tiene atribuida el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional peruano. Segunda, porque será el juez quien decida cuando un caso es uno sustancialmente semejante al caso con base en el cual se formula el precedente vinculante, a fin de resolverlo en función de los criterios jurisprudenciales de interpretación de la Constitución¹⁹. Tercera, porque será el juez quien defina –de ser el caso– la *ratio decidendi* en los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional a la cual se ha de vincular indefectiblemente²⁰. Y cuarta, porque el juez podrá apartarse de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional contenidos en los *obiter dicta*, siempre que para ello manifieste una justificación constitucional suficiente²¹.

Bien es verdad, no obstante, que esta vinculación en ningún caso debe suponer la imposición a los jueces de soluciones a los distintos litigios que deban resolver. No se olvide que la vinculación del juez es a determinados criterios de interpretación de la Constitución, lo que en ningún caso habilita al Tribunal Constitucional a obligar que el juez soluciones de un determinado modo el caso concreto que tiene que resolver. Lo contrario significaría convertir al juez no en la boca muerta de la ley, ni tan siquiera de la Constitución, sino en la boca muerta de las interpretaciones y fallos del Tribunal Constitucional²². De ocurrir esta imposición, que no quepa duda alguna, se habrá liquidado la independencia de los jueces del Poder Judicial, y se habrá desnaturalizado muy peligrosamente su función jurisdiccional.

De igual forma, tampoco se debe caer en el error de considerar que al ser considerado el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, sus interpretaciones y fallos deban considerarse necesariamente como correctos y exentos de errores. Es verdad que el mismo Tribunal

¹⁹ Como bien se ha apuntado “toda vez que es un dato incuestionable que ningún litigio va a ser idéntico a otro en todo respecto, el valor normativo de las decisiones judiciales exige seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes en la sentencia con fuerza de precedente. *Esta es una cuestión que le corresponde al juez posterior*. El análisis de la opinión del propio tribunal que estableció el precedente es el punto de partida para que el juez posterior elabore el supuesto de hecho (...) Por tanto, es posible que dos jueces mantengan posiciones diferentes acerca de cuál es el supuesto de hecho de la misma sentencia con valor de precedente”. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid 2001, ps. 84–85.

²⁰ Bien se advierte cuando se afirma que “[s]ólo el juez posterior puede evaluar cuales son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cual fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 179.

²¹ Dos reglas generales de la argumentación jurídica pueden recordarse aquí: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 265.

²² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número especial, en prensa.

Constitucional ha manifestado que sus resoluciones (interpretaciones y fallo) no pueden ser consideradas como inconstitucionales²³, sin embargo, esto no debe significar reconocer su infalibilidad²⁴. Que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas inconstitucionales significa sencillamente que dentro del derecho interno peruano no existe ninguna instancia con la atribución y consiguiente potestad de evaluar la constitucionalidad de esas resoluciones. Fuera del derecho interno sí es posible enjuiciar las resoluciones del Tribunal Constitucional, pero ese enjuiciamiento no se formulará en referencia a la Constitución peruana, sino respecto de la norma internacional correspondiente²⁵.

Y, ya que el Tribunal Constitucional aunque supremo intérprete de la Constitución no llega a ser un órgano infalible, conviene abordar la segunda cuestión que trae la sentencia que ahora se comenta: analizar si acierta o no el Tribunal Constitucional cuando ha interpretado que los jueces y fiscales no ratificados pueden volver a postular y eventualmente reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público.

SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA NO RATIFICACIÓN JUDICIAL

Planteamiento de la cuestión

En el sistema judicial peruano no es suficiente ser nombrado magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público para mantenerse en el cargo, sino que adicionalmente se requiere superar los procesos de ratificación a los que les someten el Consejo Nacional de la Magistratura cada siete años. Si se superase este proceso, el juez o fiscal se mantiene en el ejercicio del cargo público por otros siete años más, si por el contrario el juez o fiscal no fuese ratificado, “no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” (artículo 154.2 CP). Esta consecuencia, aparentemente clara, de la no ratificación del juez o fiscal en el cargo, ha sido interpretada –como ya se tuvo oportunidad de hacer notar– por el Tribunal Constitucional, y además, como precedente vinculante. Para este supremo intérprete de la Constitución, “no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial”²⁶.

No hay que esmerarse mucho para reparar en el hecho de que la interpretación que el Tribunal Constitucional formula del artículo 154.2 CP, tiene un significado opuesto al que se desprende de la literalidad de su texto. De modo que la cuestión que se ha de plantear es si la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional tiene justificación constitucional correcta, o por

²³ Cfr. EXP. N.º 0200–2002–AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 2; y EXP. N.º 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004, f. j. 2.e.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps. 135–136.

²⁵ Así, por ejemplo, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena al Estado peruano, no lo hace por haber sido inconstitucional su actuación, sino por no haber respetado lo dispuesto en la Convención americana de Derechos humanos.

²⁶ EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, de 8 de enero de 2006, f. j. 24.b.



el contrario adolece de deficiencias que la convierten en una justificación constitucional insuficiente. A resolver esta cuestión se pasa inmediatamente.

Justificación de la respuesta del Tribunal Constitucional al reingreso del magistrado no ratificado

Pero, ¿cuál es esa razón o razones por la cual el Tribunal Constitucional hace decir a la norma constitucional precisamente lo contrario que se desprende de la literalidad de su texto? Varias razones ha presentado el mencionado Tribunal.

Una primera razón es la naturaleza misma del proceso de ratificación. Para el Tribunal Constitucional, éste es el medio a través del cual el Consejo Nacional de la Magistratura ejecuta una atribución a la vez que obligación constitucional consistente en evaluar el ejercicio de la función judicial o fiscal. El proceso de ratificación no es un proceso disciplinario, por lo que la consecuencia de la no ratificación no puede ser una sanción, es decir, la no ratificación no puede acarrear la prohibición de reingresar al Poder judicial o al Ministerio Público. Así dijo el Supremo intérprete de la Constitución:

“[l]a no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años”²⁷.

La segunda razón está relacionada con el principio de igualdad. A entender del Tribunal Constitucional, si se aplicase la literalidad del artículo 154.2 CP se estaría incurriendo en una vulneración del derecho de igualdad, al aplicar como consecuencia de la no ratificación una medida mucho más grave que la destitución por acto de disciplina. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial”²⁸.

Y es que, dice con claridad el Tribunal Constitucional,

“si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce la institución emplazada [el Consejo Nacional de la Magistratura], mal puede concebirse que los no ratificados no puedan

²⁷ Idem, f. j. 6.

²⁸ Idem, f. j. 5.

volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria”²⁹.

La tercera razón es consecuencia de estas dos primeras razones, y tiene que ver con el supuesto absurdo al que se llegaría si se interpretase el artículo 154.2 CP, como si efectivamente prohibiese a los jueces y fiscales no ratificados volver a ingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. Para evitar ese absurdo el Tribunal Constitucional interpreta el texto constitucional como si no estuviese prohibido el reingreso a la carrera pública de los jueces y fiscales no ratificados. A decir del supremo intérprete de la Constitución,

“se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado”³⁰.

Y la cuarta razón que puede advertirse del razonamiento del Tribunal Constitucional tiene que ver con la supuesta incongruencia del texto constitucional. A entender del Tribunal Constitucional, el referido texto del artículo 154.2 CP es manifestación de una incongruencia en la que ha incurrido el Constituyente peruano. De forma que,

“[c]omo tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, *para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura*”³¹.

Debido a que es el propio texto de la Constitución, a decir del Tribunal Constitucional, el que incurre en incongruencia, se ha de intentar salvar la contradicción a través de la formulación de una interpretación razonable del artículo 154.2 CP. Así, termina concluyendo el referido Tribunal que

“[c]omo tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, *para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura*”³².

Presentadas las razones que justifican el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, corresponde analizarlas a fin de determinar si efectivamente son o no razones constitucionalmente suficientes que exijan una adhesión a las mismas.

²⁹ Idem, f. j. 8.

³⁰ Idem, f. j. 7.

³¹ Tan importante parece ser para el Tribunal Constitucional esta alegada incoherencia del texto constitucional, que el fundamento transcrito se repite exactamente igual en los fundamentos 8, 19 y 23 del EXP. N.º 1333-2006-PA/TC.

³² EXP. N.º 1333-2006-PA/TC, citado, f. j. 8.



Análisis de la respuesta del Tribunal Constitucional

¿Incongruencia entre la significación jurídica de la no ratificación y la prohibición de reingreso?

El significado jurídico de los procesos de ratificación

En la sentencia que ahora se comenta el Tribunal Constitucional hace referencia a otra sentencia constitucional en la que resuelve –con carácter de precedente vinculante– una serie de asuntos relacionados con el proceso de ratificación de los jueces y fiscales: me refiero a la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC. En esta sentencia el mencionado Tribunal ensaya una justificación a la figura de la ratificación judicial dentro del Estado de Derecho. Con tal fin, y es lo que ahora se quiere destacar, el Supremo intérprete de la Constitución realiza una serie de afirmaciones dirigidas a definir el proceso ratificatorio.

Empieza reconociendo el Tribunal Constitucional que a la constitucionalmente reconocida independencia judicial se ha de agregar necesariamente la exigencia de responsabilidad en la actuación judicial. A decir de este Tribunal, “[e]s la responsabilidad con que actúa cada día un magistrado, lo que permite contrastar públicamente su independencia”³³. Continúa reconociendo el Tribunal Constitucional que la inamovilidad por sí misma tampoco asegura el ejercicio independiente de la magistratura, sino que “[e]s la labor en los casos diarios lo que permite constatar si dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones (...) puesto que son las razones de sus decisiones, su conducta en cada caso y su capacidad profesional expuesta en sus argumentos, lo que permite a todo juez dar cuenta pública de su real independencia”³⁴.

Una vez reconocido por el Tribunal que la independencia judicial no se asegura tanto con garantías externas, sino más bien con la calidad de las razones que fundamentan sus decisiones judiciales, es recién que pone de manifiesto la doble justificación que a su entender tiene el proceso de ratificación de los jueces y fiscales. La primera es que la exigencia de ratificación periódica de estos funcionarios públicos sirve para fortalecer su independencia funcional, pues supone la oportunidad “para que la magistratura dé cuenta periódica del ejercicio de su independencia con responsabilidad cada siete años”³⁵. Y esta independencia, como apuntó antes, se decide según la calidad de las razones de sus decisiones. La segunda justificación, por su parte, es que con la ratificación se hace efectiva la responsabilidad de los jueces y fiscales en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues la independencia y permanencia en el cargo “no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta”³⁶.

Con base en esto, se entiende perfectamente que el proceso de ratificación se defina como “un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al

³³ EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, de 12 de agosto de 2005, f. j. 16.a.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Idem, 16.b.

cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo”³⁷. En palabras de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, se trata del proceso a través del cual se “evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista personal en cada caso” (artículo 30).

Esta evaluación ya no es más –como se dejó dicho antes– un simple juicio subjetivo de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sino que la decisión de ratificación o no deberá estar fundada en criterios objetivos. Estos criterios objetivos son: “– Calificación de los méritos y la documentación de sustento, contrastados con la información de las instituciones u organismos que las han emitido. – Apreciación del rendimiento en la calidad de las resoluciones y de las publicaciones, pudiendo asesorarse con profesores universitarios. Se tomará en cuenta la comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; la solidez de la argumentación para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; y el adecuado análisis de los medios probatorios, o la justificación de la omisión. – Análisis del avance académico y profesional del evaluado, así como de su conducta. – Examen optativo del crecimiento patrimonial de los evaluados, para lo cual se puede contar con el asesoramiento de especialistas. – Estudio de diez resoluciones (sentencias, autos que ponen fin al proceso, autos en medidas cautelares o dictámenes) que el evaluado considere importantes, y que demuestre, el desempeño de sus funciones en los últimos siete años. – Realización de un examen psicométrico y psicológico del evaluado, con asesoramiento de profesionales especialistas. El pedido lo realiza el Pleno a solicitud de la Comisión”³⁸. Solamente utilizando estos criterios “el CNM logrará realizar una evaluación conforme a la Constitución, respetuosa de la independencia del PJ y del MP, y plenamente razonada; y, a su vez, criticable judicialmente cuando no se haya respetado el derecho a la tutela procesal efectiva en el procedimiento desarrollado”³⁹.

El significado jurídico de la no ratificación

Pues bien, si esto es lo que significa el proceso de ratificación judicial, ¿cuál deberá ser la significación jurídica de la no ratificación de un juez o fiscal? A la vista de la explicación anterior formulada por el Tribunal Constitucional, que un juez o fiscal no sea ratificado significará de modo general un juicio negativo y de desaprobación no sólo sobre el concreto ejercicio de su actividad jurisdiccional en el concreto puesto desempeñado durante los siete años evaluados, sino también sobre su calidad e idoneidad para ejercer la función jurisdiccional. En castellano castizo, que el juez o fiscal no ratificado no es idóneo ni por su conducta personal ni por su capacidad profesional para el desempeño de la función judicial.

³⁷ EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, citado, f. j. 14.

³⁸ EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, citado, f. j. 18. Cfr. artículos 20 y 21 del Reglamento del proceso de evaluación y ratificación de jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público.

³⁹ Ibidem.



Esta significación general, tiene significaciones particulares que la terminan concretizando. Así, como ha dicho el Tribunal Constitucional– si no sólo hay que fijarse en las facultades atribuidas a los jueces y fiscales, sino también hay que tomar en consideración sus deberes funcionales, significará que los jueces y fiscales no ratificados no han cumplido con estos deberes, es decir, no han cumplido con los “compromisos en la labor de la magistratura, compromisos que van desde la lealtad a la Constitución y sus valores, hasta la imprescindible solvencia moral con que debe actuar en el ejercicio de las funciones”⁴⁰.

Igualmente, si la independencia de los –como dice el Tribunal Constitucional– magistrados tiene que constatarse en las razones o argumentaciones que presenta como fundamento a sus decisiones judiciales, de modo que a través de ellas se llegue a definir la capacidad profesional del juez o fiscal, e incluso la legitimidad en su actuación, entonces la no ratificación de un juez o fiscal significará un juicio negativo sobre la capacidad del juez o fiscal para presentar adecuadas razones o justificaciones a sus decisiones judiciales; es decir, su capacidad profesional no se encuentra a la altura de las exigencias de la función judicial, por lo que el ejercicio de ésta se convierte en ilegítima.

Y en fin, si los procesos de ratificación sirven –como dice el Tribunal Constitucional– para evitar que los principios de independencia y permanencia en el cargo obliguen a mantener en el cargo a jueces o fiscales deficientes, irresponsables o corruptos, entonces, un juez o fiscal no ratificado significará que el desempeño de la función jurisdiccional del juez o fiscal se ha caracterizado por su deficiencia y/o irresponsabilidad y/o corrupción. Por eso con acierto afirmaba el desaparecido ex–magistrado del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca que la no ratificación “constituye un juicio de valor – o desvalor – que, sin duda posible, importa un ostensible baldón y la correspondiente afectación de la imagen profesional, social y moral de los jueces y fiscales en ella comprendidos”⁴¹.

Congruencia entre el significado jurídico de la no ratificación y la prohibición de reingreso

Si el significado de la no ratificación de un juez o fiscal es la que se acaba de decir, tanto en sus términos generales como en sus particularidades, entonces, no sólo no será un absurdo, sino que además será posible, e incluso puede resultar siendo lo más conveniente, disponer que la no ratificación en el cargo de juez o fiscal acarrea como consecuencia no sólo la destitución del cargo, sino también la prohibición de reingreso a la carrera judicial. Es decir, pertenece a la propia naturaleza y significación jurídica de la no ratificación la prohibición de reingreso. Ha sido al Constituyente peruano –en ejercicio del poder soberano del pueblo– quien ha decidido que los jueces y fiscales no ratificados no pueden reingresar a la carrera judicial y al hacerlo no ha incurrido en incongruencia con la propia institución de la ratificación. Por eso, no acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta –como se ha puesto de manifiesto antes– que *la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a*

⁴⁰ Idem, f. j. 16.a.

⁴¹ EXP. N.º 1493–2003–AA/TC, de 19 de marzo de 2004, voto particular.

la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución.

Necesidad de un proceso de ratificación con todas las garantías del debido proceso

Justificada la congruencia entre la naturaleza del proceso de ratificación y la consecuencia que es la prohibición de reingreso, lo importante no es llamar a esta consecuencia sanción o llamarla de otra forma. Lo verdaderamente importante es evitar que el Consejo Nacional de la Magistratura decida de modo arbitrario acerca de la ratificación o no del juez o fiscal. Lo arbitrario, en la medida que apela solo y exclusivamente a la voluntad de quien decide, se opone a lo razonable que apela no a la voluntad, sino a las razones y justificaciones presentadas para tomar una decisión. Es así que lo verdaderamente importante en los procesos de ratificación es que el proceso se conduzca según las garantías procesales que posibilitan la existencia de una decisión razonable y que a su vez posibiliten el examen de la razonabilidad de esa decisión.

Con lo cual, lo verdaderamente importante es determinar si el Consejo Nacional de la Magistratura tiene o no la obligación de decidir acerca de la ratificación de los jueces y fiscales según las garantías propias de un debido proceso. Según el artículo 5.7 CPConst., no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del mencionado Consejo en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado. *Ergo*, los procesos constitucionales sí proceden cuando las referidas resoluciones han sido expedidas sin motivación y sin audiencia previa del interesado. Es decir, para lo que aquí interesa poner de relieve, si un proceso de ratificación se ha desarrollado sin dar audiencia al juez o fiscal implicado, y/o la decisión a la que se arribe carece de motivación suficiente, entonces la resolución de no ratificación podrá ser cuestionada a través de un proceso constitucional.

En la medida que la finalidad de los procesos constitucionales es la protección de los derechos fundamentales (artículo 1 CPConst.), puede afirmarse que si se ha previsto la procedencia de un proceso constitucional contra la decisión de no ratificación adoptada por el Consejo Nacional de la Magistratura es porque ésta ha vulnerado el contenido constitucionalmente reconocido de algún derecho fundamental. Y, en efecto, tanto la exigencia de motivación de las resoluciones (artículo 139.5 CP) y la exigencia de ser oído (artículo 139.14 CP) son reconocidos como derechos fundamentales en referencia tanto a procesos judiciales a los que se refiere la Constitución expresamente, como a los procedimientos administrativos que es el proceso de ratificación.

Estos dos derechos fundamentales se engloban dentro del llamado *debido proceso* en sentido amplio, y que engloba todas las garantías formales y materiales que ha de acompañar el desarrollo de un proceso (judicial o administrativo) a fin de propiciar la adopción de una decisión justa. Dos de esas garantías son la audiencia previa y la motivación de las resoluciones, pero



no son las únicas⁴². Con lo cual, habrá que preguntarse si el Consejo Nacional de la Magistratura a la hora de tramitar un proceso de ratificación sólo deberá sujetarse a estas dos garantías o, por el contrario, deberá cumplir con todas las garantías propias del debido proceso que puedan resultar aplicables al proceso de ratificación.

Muchas razones son las que pueden presentarse a favor de una interpretación amplia que incluya la vinculación a todas las garantías procesales. En primer lugar, el bien jurídico que está detrás y que se intenta satisfacer con el derecho al debido proceso: la solución justa. Si las garantías del debido proceso son un medio para la consecución de una solución justa, y la única solución que se ajusta a las exigencias de la naturaleza y dignidad humanas es la que intenta realizar el valor justicia, entonces, es ésta naturaleza y dignidad las que exigen que todo proceso en el cual la persona humana esté inmersa se desenvuelva según todas las garantías posibles que intenten asegurar una decisión justa en el proceso.

En segundo lugar, se encuentra el criterio de interpretación *pro libertatis* o *pro homine*, el cual exige que en caso de duda se ha de estar a lo más favorable a la plena vigencia de todo el contenido constitucionalmente reconocido de todos los derechos fundamentales del hombre. De modo que si hay dudas respecto a que garantías como la independencia de los encargados de decidir en un proceso (artículo 139.2 CP)⁴³, o el de pluralidad de instancias (artículo 139.6 CP)⁴⁴, o el de no ser sancionado sin proceso previo (artículo 139.10 CP)⁴⁵, o –en fin– el de acceder a la información del proceso (artículo 139.15 CP)⁴⁶, deban o no ser incluidas como exigencias a las que se ha de sujetar el Consejo Nacional de la Magistratura en el trámite de un proceso de ratificación, entonces, se ha de estar por su inclusión porque es lo que más favorece precisamente a la vigencia plena de estos derechos fundamentales.

⁴² Una lista no taxativa de las demás garantías procesales se encuentran recogidas en el artículo 4 CConst.

⁴³ A este respecto se ha de destacar que en el “Reglamento del proceso de evaluación y ratificación de jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público”, se ha establecido en la VI Disposición final que “[l]os miembros del Consejo no pueden ser recusados por realizar la función de ratificación de jueces o de fiscales. Los Consejeros, en el conocimiento de un proceso de evaluación y ratificación de algún juez o fiscal, deben abstenerse cuando se encuentren incurso en cualquiera de las causales de impedimento que establece la ley, bajo responsabilidad personal. Sin embargo, los evaluados, pueden poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura, los supuestos de impedimento o abstención que existiesen. La abstención se hará efectiva, con la aprobación del Pleno del Consejo”.

⁴⁴ Aunque en estricto no se trata de una instancia distinta que permita hablar de pluralidad de instancias, sí se ha previsto en el mencionado Reglamento el derecho al recurso. Se ha dispuesto en el artículo 34 del mencionado Reglamento que “[c]ontra la resolución de no ratificación de magistrados sólo procede la interposición del recurso extraordinario por afectación al debido proceso”.

⁴⁵ Obviamente, tanto el texto constitucional como el legislativo y el reglamentario apuntan en la línea de establecer que la no ratificación de un juez o fiscal sólo será posible a través de un proceso previo.

⁴⁶ En la exposición de motivos del referido Reglamento, se ha establecido que “[l]os magistrados evaluados tendrán acceso a toda la información que se refiera al proceso de evaluación, a excepción de aquello que por ley no esté permitido y, en el caso de que quien haya proporcionado información así lo solicite. Inclusive, al contenido del informe final de la Comisión Permanente de Evaluación y ratificación, previo a la celebración de la entrevista personal y a la toma de la decisión final”.

Por lo demás, el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha desenvuelto en este mismo sentido, al establecer como precedente vinculante que el procedimiento de ratificación deberá llevarse a cabo según las exigencias propias de la tutela procesal efectiva al menos con el siguiente contenido: el acceso a la información procesal⁴⁷; la necesidad de un examinador independiente⁴⁸; la exigencia de resolución motivada⁴⁹; y la pluralidad de instancias⁵⁰; además –obviamente– de la audiencia previa prescrita por el mencionado artículo 5.7 CPConst.

Si el Consejo Nacional de la Magistratura se ajusta a estas exigencias del debido proceso, entonces se reduce muchísimo –aunque habrá que reconocer que nunca desaparece– el riesgo de arbitrariedad en la decisión y, lo que no es poca cosa permite su fiscalización constitucional. Así, lo que se requiere en este tipo de procesos “es una decisión con un alto componente objetivo. El consejero ya no puede determinar, a su libre albedrío, qué juez o fiscal no continúa en el cargo, sino que, para hacerlo, deberá basarse en los parámetros de evaluación antes señalados. Lo importante es que a través de este método ponderativo, se conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto”⁵¹. De esta manera, entra también a tallar exigencias de justicia material propia de la dimensión sustantiva del debido proceso⁵².

⁴⁷ Ha dicho el Tribunal Constitucional que “todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistrado evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación”. EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, citado, f. j. 30.

⁴⁸ Así, “para el caso judicial, debe procurarse, según lo expresa el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta exigencia aplicada a los consejeros debe ser considerada como un requisito de idoneidad para participar en la evaluación de un magistrado. Los miembros del Consejo no deben tener una posición predeterminada respecto a los magistrados, a fin de que en su ámbito de actuación según conciencia, deban ser lo más neutrales posible”. Idem, f. j. 31.

⁴⁹ Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, “[l]a motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del artículo 139.º, inciso 5) de la Constitución, como una ‘motivación escrita’”. Idem, f. j. 39.

⁵⁰ En palabras del Tribunal Constitucional, “[s]obre la base del artículo 142º de la Constitución, en el enunciado normativo del artículo 5.º, inciso 2, del CPC, que motiva el *overruling*, se puede observar que la improcedencia del amparo está referida a las resoluciones definitivas del CNM. Es decir, pueden existir resoluciones que no tengan el carácter de definitivas. Sin embargo, solamente han de ser recurridas, a través de un proceso constitucional, las que sí lo tengan, en la medida en que carezcan de motivación o hubieran sido dictadas sin audiencia del interesado. Siendo ello así, puede aseverarse la necesidad de reconocer una instancia plural. Este derecho es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aún si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139.º, inciso 6, cuando señala que debe existir la pluralidad de instancias. El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida, fundada en el derecho” Idem, f. j. 44.

⁵¹ Idem, f. j. 19.

⁵² Para un estudio de la dimensión material del debido proceso como objeto de protección de los procesos constitucionales cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Amparo contra resoluciones judiciales: recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 99, diciembre 2006, ps. 55–73.



Y si la no ratificación de un juez o fiscal fuese producto de un proceso que no se ha ajustado a estas garantías, entonces el afectado tendrá a su disposición primero, el recurso extraordinario al que se refiere el artículo 34 del Reglamento del proceso de evaluación y ratificación de jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público por afectación al debido proceso. Si este recurso, que se presenta y resuelve por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, es declarado fundado, se “declara la nulidad de la decisión de no ratificación y de la resolución que la materializó, repone el proceso a la etapa en la que se afectó el debido proceso. Subsana la afectación, el proceso se reinicia en la etapa correspondiente hasta su conclusión” (artículo 40 del Reglamento). Si el recurso extraordinario es declarado infundado o improcedente, el juez o fiscal no ratificado recién tendrá a su disposición el proceso constitucional –de amparo, en la medida que en este tipo de procesos no está en juego la libertad personal defendida por el hábeas corpus– para buscar la nulidad de la decisión de no ratificación, y nulo el proceso hasta el momento en que se cometió la vulneración constitucional⁵³.

Conclusiones preliminares

Por lo tanto, de lo que se lleva dicho puede arribarse a las siguientes dos conclusiones. La primera es que la prohibición de reingreso a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación de un juez o fiscal, se condice con la naturaleza y significación jurídica del proceso de ratificación; es decir, no resulta siendo incongruente por un lado reconocer que la facultad de evaluación con el fin de ratificar o no al juez o fiscal consiste en la dación o negación de un voto de confianza al funcionario público (con todo lo que significa esto), y por el otro reconocer que a quienes no se les otorga el voto de confianza (a los no ratificados) no sólo deben quedar destituidos en sus cargos, sino además no podrán reingresar a la carrera judicial. Y no hay incongruencia desde que se reconoce –como se ha visto hace el Tribunal Constitucional– que negarles el voto de confianza significa afirmar la no idoneidad (independencia, calidad y capacidad profesional) del juez y fiscal para ejercer su función, debido a su manifestada –en términos del Supremo intérprete de la Constitución– ineficiencia, irresponsabilidad o corrupción en el ejercicio de la función. La segunda conclusión es que con la prohibición de reingreso aún siendo considerada como una sanción, no se vulnera derecho constitucional alguno del juez o fiscal evaluado en la medida que el proceso de ratificación para ser considerado como constitucionalmente válido, se ha de desarrollar siguiendo todas las exigencias propias del debido proceso, entre las cuales se incluye el principio de legalidad en materia sancionadora. Con esto quedan desvirtuadas tanto la primera como la tercera de las razones manifestadas por el Tribunal Constitucional para sustentar que el artículo 154.2 CP no prohíbe el reingreso en la carrera judicial de lo funcionarios no ratificados.

⁵³ Es de aplicación toda la teoría general de la procedencia de la demanda constitucional contra resoluciones emanadas de un procedimiento irregular o indebido tal y como lo dispone el artículo 4 CPCConst. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra, Lima 2006, ps. 167–220.

¿Vulneración del principio de igualdad?

La antinomia y su solución a través del criterio de especialidad

Una de las más importantes razones que presenta el Tribunal Constitucional para argumentar que la interpretación del artículo 154.2 CP no puede conducir a negar el reingreso al Poder Judicial o al Ministerio Público a los jueces o fiscales no ratificados, es la que afirma que si se negase el reingreso se estaría generando una situación de desigualdad (discriminación) entre los jueces y fiscales no ratificados; y los jueces y fiscales destituidos a través de un proceso disciplinario. La discriminación ocurriría porque mientras los primeros no podrían regresar a la carrera judicial, los segundos sí podrían hacerlo.

El Tribunal Constitucional parte de comparar los incisos 2 y 3 del mencionado artículo 154 CP, y comprueba que es sólo en el primero de los mencionados incisos, el referido a los procesos de ratificación, en el que expresamente se contiene la prohibición de reingreso al Poder Judicial o al Ministerio Público por parte de los jueces o fiscales no ratificados. Esta prohibición de reingreso no está contenida expresamente en el caso del otro inciso en el que se regula la destitución de los jueces y fiscales por medida disciplinaria. A partir de esta comprobación afirma el Tribunal Constitucional que el Constituyente peruano ha incurrido en *incongruencia*, por lo que se precisa una interpretación coherente y razonable del texto constitucional, la cual necesariamente exigiría interpretar los incisos 2 y 3 del artículo 154 CP en referencia al derecho a la igualdad o prohibición de discriminación recogido en el artículo 2.2 CP, y así concluir que no es posible admitir la prohibición de reingreso a los jueces y fiscales no ratificados.

La afirmación del Tribunal Constitucional de que es la Constitución misma la que ha creado esta situación de incongruencia, remite la argumentación necesariamente a la figura de las antinomias. Se habla de antinomia cuando se descubre que en el ordenamiento jurídico existen dos normas que conducen a resultados distintos frente a una misma situación. Así, una norma N_1 conduce a un resultado R_1 y otra norma N_2 referido al mismo supuesto fáctico conduce a un resultado R_2 , siendo R_1 y R_2 de contenido opuesto. De esta forma, “existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente”⁵⁴.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 175. En este mismo sentido, para Guastini existe antinomia en cualquiera de las dos siguientes situaciones: “a) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, o b) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema”. GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª edición, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. 2000, p. 71.



Es un ejemplo de antinomia –referida a un mismo cuerpo normativo, que es lo que aquí interesa destacar– uno referido de la Constitución española (CE). Sería antinomia aquella que se crea a partir del artículo 14 CE que recoge el principio de igualdad de los españoles ante la ley proscribiendo –entre otros– la discriminación por razón de sexo⁵⁵; en contraposición al artículo 57 CE en el que se dispone que en la sucesión a la Corona tiene preferencia el varón a la mujer⁵⁶. Si ocurriese que los hijos del Rey fuesen la primera una mujer y el segundo un varón, la aplicación del artículo 14 CE llevaría a admitir que el heredero fuese la mujer, mientras que la aplicación del artículo 57 CE a que lo fuese el varón. Son dos normas distintas referidas de un mismo supuesto de hecho que conducen a resultados incompatibles entre sí.

Una de las características que define una antinomia es que el conflicto no se produce entre disposiciones normativas sino entre normas, lo cual significa –entre otras cosas– “que una antinomia puede (en muchos casos) ser evitada, prevenida, por medio de la interpretación; (...), que una antinomia puede ser creada por la interpretación; (...) que una antinomia puede sólo presentarse con una interpretación ya realizada”⁵⁷. En efecto, no hay antinomia sin interpretación previa, de modo que el conflicto no se produce entre los enunciados del texto de las disposiciones sino entre los significados atribuidos a esos enunciados, de modo que “el problema que surge ya no es un problema interpretativo, *sensu stricto*, sino más bien un *problema de relevancia*; esto es, el problema de decidir cuál es la norma o normas aplicable (s) al caso”⁵⁸.

Dicho esto, corresponde preguntarse si con la interpretación que del artículo 2.2 CP y del artículo 154 incisos 2 y 3 CP, el Tribunal Constitucional está o no creando una antinomia. Analicémoslo detenidamente. Del artículo 2.2 CP el Tribunal Constitucional extrae una norma N₁: está prohibida toda discriminación. Del artículo 154.2 en referencia al artículo 154.3 CP extrae una norma N₂: está permitida la discriminación de los jueces y fiscales no ratificados frente a los destituidos por sanción en lo que respecta al reingreso a la carrera judicial. De modo que frente a un mismo supuesto de hecho SH consistente en la no ratificación de un juez o fiscal, la aplicación de N₁ daría como resultado R₁ la permisión del reingreso a la carrera judicial (debido a que está prohibida la discriminación), mientras que la aplicación de N₂ daría como resultado R₂ la prohibición de reingreso a la carrera judicial (debido a que está permitida la discriminación). Como se puede apreciar, de la interpretación que de los mencionados dispositivos constitucionales ha formulado el Tribunal Constitucional, se tiene que frente a un mismo supuesto de hecho, la aplicación de dos normas distintas conducen a dos resultados incompatibles entre sí. Se

⁵⁵ Se establece en este dispositivo que “[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁵⁶ Se dispone en este artículo que “[l]a Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores: en la misma línea, el grado más próximo al más remoto en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

⁵⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, citado, p. 72.

⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*; 2ª edición, Palestra, Lima 2005, p. 126.

puede afirmar, entonces, que de la interpretación constitucional efectuada por el Tribunal Constitucional se ha producido una antinomia.

Detectado que se está frente a una antinomia, lo que conviene preguntarse es si hay modo de solucionarla. La necesidad de contar con un sistema jurídico realmente operativo obliga a aceptar que las antinomias tienen solución. Una antinomia –tradicionalmente– se resuelve aplicando cualquiera de los siguientes tres criterios: el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*); el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); y el criterio jerárquico (*lex posterior derogat legi inferiori*). Cuando la antinomia se presenta con base en dos dispositivos de una misma ley del sistema, entonces el único criterio operativo es el de especialidad. Ni el criterio cronológico ni el jerárquico sirven en este caso porque los involucrados “preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico”⁵⁹.

El criterio de especialidad significa que es posible encontrar una relación general–especial entre las dos normas que crean la antinomia. Creada la relación, si una norma es general y la otra es especial en referencia a la norma general, entonces el caso se rige y soluciona por la aplicación de la norma especial y no por la norma general. Dicho con otras palabras, la norma general es ineficaz, y la norma especial es eficaz. De otra forma “la formulación de la norma especial no tendría ningún efecto: subsistiría la norma general; la especial no encontraría nunca aplicación”⁶⁰. Dentro de este contexto, la norma especial aparece como una excepción a la norma general, “[p]ero excepción – insisto– que pretende operar en todos los casos: siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general”⁶¹.

Un ejemplo en el ordenamiento italiano es el siguiente: “el artículo 2046 del Código Civil italiano (‘no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometa...’) expresa una norma especial o derogatoria respecto de la norma (más) general dispuesta en el artículo 2043 del mismo código (‘cualquier daño doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a quien haya cometido el hecho a reparar el daño’)”⁶².

Aplicando el criterio de especialidad al caso de los jueces y fiscales no ratificados se tiene lo siguiente. La norma N₁ que se formula a partir del artículo 2.2 CP y que prescribe que “está prohibida toda discriminación”, es de carácter general. Y lo es porque el supuesto de hecho es general e indeterminado: *todas* las discriminaciones. La norma N₂ que se formula a partir del artículo 154.2 CP y que prescribe que “está permitida la discriminación de los jueces y fiscales no ratificados frente a los destituidos por sanción en lo que respecta al reingreso a la carrera judicial”, es de carácter especial. Y lo es porque el supuesto de hecho es particular: está referido a una *concreta especie* de discriminaciones. Por lo tanto, la solución del caso debe provenir de la aplicación de la N₂ que es la especial, y no de la N₁ que es la general. De esta forma, la solución del caso debería ser que la prohibición de reingreso a la carrera judicial de los jueces y

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional...*, citado, ps. 176–177.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, citado, p. 78.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional...*, citado, p. 177.

⁶² GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, citado, p. 77.



fiscales no ratificados está permitida. El Tribunal Constitucional hace precisamente lo contrario: intenta resolver la antinomia (la incongruencia, como él lo llama) con base en la ley general y no en la ley especial.

Para entender mejor este error pongamos un ejemplo, esta vez referido del ordenamiento jurídico peruano. En el artículo 2.2 CP se dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley prohibiéndose las discriminaciones por razón de origen, entre otras razones. Mientras que en el artículo 71 CP se establece que los extranjeros no pueden adquirir tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del Estado peruano. A nadie –esperemos que al menos al Tribunal Constitucional no– se le ocurriría interpretar que la prohibición contenida en el artículo 71 CP para los extranjeros vulnera el derecho de igualdad (artículo 2.2 CP), de forma que haya que permitir que los extranjeros posean en propiedad los inmuebles mencionados porque de lo contrario se incurriría en un inconstitucional trato desigual (discriminatorio, por tanto) respecto de los nacionales peruanos. Es clara la prohibición constitucional del artículo 71 CP, la cual aparece como una norma especial que ha de ser aplicada, o si se quiere, aparece como una excepción a la regla general que significa el principio de igualdad.

Utilizando un lenguaje iusfundamental es posible afirmar lo siguiente. Dadas dos normas N_1 y N_2 ambas de rango constitucional y referidas a un mismo derecho fundamental, dado también que la aplicación de N_1 conduce a un resultado opuesto al que conduciría N_2 en un mismo supuesto, y dado finalmente que N_1 es una norma general y N_2 es una norma especial, entonces puede concluirse que el contenido constitucional del derecho fundamental reconocido en N_1 exige la aplicación de la N_2 o, lo que es lo mismo, que no forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental reconocido en N_1 la pretensión de no aplicar N_1 . Así, por ejemplo, no forma parte del contenido constitucional del derecho a la igualdad de los extranjeros la pretensión de poseer tierras en las mismas condiciones que los nacionales peruanos dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del Estado peruano. No es que exista una agresión o una restricción del derecho de igualdad de los extranjeros en este caso, sino que sencillamente la pretensión de propiedad en estas condiciones no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la igualdad.

La interpretación adecuada como sustituto de la antinomia

La formulación de este razonamiento que ha servido para criticar la solución del Tribunal Constitucional se ha formulado en función a un presupuesto: existe una incongruencia en la normativa constitucional. Pero, ¿realmente existe tal incongruencia? De esta forma se ingresa a la segunda línea de crítica que se puede formular al Tribunal Constitucional en lo referido a su interpretación según la cual la prohibición de reingreso vulnera el derecho de igualdad de los jueces y fiscales no ratificados.

Como se pudo apreciar antes, el Tribunal Constitucional ha interpretado los artículos 2.2 CP y el artículo 154 incisos 2 y 3, de una manera tal que ha producido una antinomia. Ahora hay que reconocer que así como existen criterios para resolver las antinomias, también existen técnicas para evitarlas. Una de ellas es la técnica de la *interpretación adecuada* por la cual se

propone interpretar los preceptos de modo que se evite el conflicto (la incongruencia o la antinomia). ¿Es posible una *interpretación adecuada* entre los preceptos de la Constitución antes mencionados? Veamos.

El artículo 154.2 CP utiliza un enunciado deóntico de prohibición para formular la consecuencia de la no ratificación: está prohibido el reingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público de los jueces y fiscales no ratificados. Por su parte el artículo 154.3 CP no utiliza ningún enunciado deóntico sobre la prohibición o no de reingreso de los jueces y fiscales sancionados con la destitución en un proceso disciplinario. Si el asunto se examinase sólo desde el artículo 154.3 CP, habría que reconocer que el Constituyente ni ha prohibido ni ha permitido el reingreso de los jueces y fiscales destituidos, de modo que tanto una cosa como la otra serían constitucionalmente válidas. Sin embargo, una interpretación sistemática de este dispositivo con el artículo 154.2 e incluso con el artículo 2.2 CP, interpretación que debe perseguir una significación coherente y unitaria de todo el texto constitucional, lleva a advertir que si bien desde el artículo 154.3 CP es posible tanto la prohibición como la permisión de reingreso de los jueces y fiscales destituidos en un proceso disciplinario, la exigencia del principio de igualdad del artículo 2.2 CP sólo lleva a admitir como constitucionalmente válida la prohibición de reingreso. De esta forma la *interpretación adecuada* es la siguiente: mandado que ésta la prohibición de tratos discriminatorios, y habiéndose dispuesto expresamente **en el artículo 154.2 CP** que los jueces y fiscales no ratificados no pueden reingresar a la carrera judicial, no puede interpretarse el artículo 154.3 como si permitiese el reingreso de los magistrados destituidos fruto de un proceso disciplinario, sino que ha de interpretarse como si estuviese prohibido un tal reingreso.

Con una interpretación de esta naturaleza desaparece la incongruencia o antinomia creada por el Tribunal Constitucional con base en una interpretación errada del texto constitucional. En efecto, una interpretación coherente, unitaria y sistemática del texto constitucional no puede ser la optada por el Tribunal Constitucional, por la cual se permite el reingreso a la carrera judicial de los jueces y fiscales no ratificados. No puede serlo porque estaría contraviniendo el texto claro de la Constitución al disponer en su artículo 154.2 CP, que está prohibido el reingreso de los jueces y fiscales no ratificados. La acusación de discriminación que plantea el Tribunal Constitucional y según la cual los jueces y fiscales no ratificados serían objeto de un trato desigual injustificado y, por ello, discriminatorio respecto de los jueces y fiscales destituidos en un proceso disciplinario, es sencillamente falsa.

Es falsa porque no se puede interpretar el artículo 154.3 CP como si sólo ordenase que está permitido el reingreso de los jueces y fiscales destituidos en un proceso disciplinario ya que en realidad la Constitución (el Constituyente peruano) ni lo ha ordenado ni lo ha prohibido. Y es falsa también porque ahora mismo en el ordenamiento jurídico peruano tanto los jueces y fiscales no ratificados como los destituidos por sanción disciplinaria no pueden reingresar al Poder Judicial. **En efecto, uno de los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial es que los postulantes a la magistratura no hayan “sido destituido[s] de la Carrera Judicial o del Ministerio Público (...) por medida disciplinaria” (artículo 177). Si no hay trato diferenciado, ya que en uno y otro caso no es posible el reingreso a la carrera judicial, entonces no puede existir trato discriminatorio**



y, consecuentemente, no puede existir vulneración del derecho a la igualdad. Mayor tino ha mostrado en este aspecto el legislador a la hora de desarrollar el artículo 154.3 CP, pues ha optado por la respuesta constitucionalmente correcta que es la prohibición de regreso también a los jueces y fiscales destituidos por proceso disciplinario.

Podría salir de aquí otro argumento!!!!

Conclusiones preliminares

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional se equivoca doblemente. Se equivoca cuando interpreta los dispositivos constitucionales antes mencionados como si existiese una incongruencia en los mandatos constitucionales, es decir, se equivoca al interpretar y crear una antinomia que en rigor no existe. Y se equivoca también cuando intenta resolver esa incongruencia o antinomia creada, pues en lugar de resolverla aplicando la norma especial (artículo 153.2 CP), lo ha hecho aplicando la norma general (artículo 153.3 CP). Y estas equivocaciones son precisamente las que permiten afirmar que ni es discriminatoria ni es absurda la interpretación del artículo 154.3 CP por la cual se concluye lo mismo que aparece en el texto claro de la Constitución: que está prohibido el reingreso de los jueces y fiscales no ratificados. Una interpretación efectivamente coherente y unitaria del texto constitucional así lo permite y exige. De esta forma quedan contestadas la segunda, tercera y cuarta de las razones presentadas por el Tribunal Constitucional para justificar la permisión de reingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público de los jueces y fiscales no ratificados.

¿Exhortación al órgano de reforma constitucional?

Finalmente, no debe pasar desapercibida la exhortación que el Tribunal Constitucional realiza al Parlamento peruano para que éste realice una reformulación de la figura de la ratificación. Ha dicho el mencionado Tribunal lo siguiente:

“sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público”⁶³.

Varias cuestiones se plantean en este punto las cuales se abordarán aquí rápidamente. La primera es acerca del significado de esta exhortación. En la doctrina⁶⁴ y en la jurisprudencia comparada⁶⁵ se acepta que las sentencias exhortativas son un tipo de sentencias constitucionales. Incluso, el Tribunal

⁶³ EXP. N° 1333–2006–PA/TC, citado, f. j. 7.

⁶⁴ AJA, Eliseo (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel S. A., Barcelona, 1998, en la que se analiza el control que el Tribunal Constitucional ejerce sobre el Legislativo en ordenamientos constitucionales como el austriaco, alemán, italiano, francés, español y portugués.

⁶⁵ Por ejemplo en la española, cfr. por todas STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 12; y la alemana, cfr. por todas BVerfGE 39,169 (192–193).

Constitucional peruano las ha empleado en más de una oportunidad⁶⁶. Pero en todos estos casos, la exhortación es realizada respecto del legislador. Lo que se busca es evitar una situación de inconstitucionalidad en la que se incurriría si no se efectúa el cambio legislativo exhortado. Pero esto es sólo posible si posible es también concluir que una situación puede convertirse en inconstitucional y ser calificada como tal. Una situación puede ser calificada como inconstitucional si teniéndose que adecuar a la Constitución no lo ha hecho. Sólo se puede admitir que algo tiene la obligación de adecuarse a la Constitución si se coloca en una posición jerárquicamente inferior a la Constitución. Y es que a través de este tipo de sentencias, “se contienen formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo en cierto sentido, por lo que suelen estar estrechamente ligadas a una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior”⁶⁷.

En este contexto la pregunta es ¿puede el Tribunal Constitucional exhortar al Poder Constituyente a que regule una situación determinada de un modo determinado? La respuesta debería ser negativa al reparar en que si bien es cierto el Tribunal Constitucional vela (interpreta y controla) por la constitucionalidad del ordenamiento jurídico como supremo intérprete de la Constitución, no deja de ser un poder constituido que encuentra en la Constitución su límite formal y material en su actuación jurisdiccional. El Tribunal Constitucional parte de un dato preexistente: la Constitución; y su labor es vigilar porque ésta rija como norma jurídica fundamental que es, incluso conformando el ordenamiento jurídico cuando formula una determinada interpretación (concretización) de lo estipulado constitucionalmente. Pero el Tribunal Constitucional no tiene ninguna jurisdicción sobre el Poder Constituyente y, consiguientemente, no puede fiscalizar sus actuaciones o decisiones y, consecuentemente, no puede exhortarle a nada. Y esto es así por la sencilla razón que el Tribunal Constitucional no es la Constitución, y tampoco es el poder soberano, la soberanía sigue residiendo en el pueblo que se manifiesta a través de su poder constituyente. Es el Poder Constituyente el poder de los poderes (*Die Gewalt der Gewalten*) y no el Tribunal Constitucional.

La segunda cuestión es una de tipo más particular: ¿a que le está exhortando el Tribunal Constitucional al Constituyente peruano en relación al artículo 154.2 CP? Para responder a esta pregunta es necesario destacar que la exhortación la ha formulado dentro de la consideración de que en el artículo 154.2 CP se ha recogido un *absurdo* y una *incongruencia*, y precisamente la exhortación está dirigida en la línea de superar el *absurdo* y la *incongruencia*. Para ello el contenido de la exhortación no es otro que anular la prohibición de reingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público que recae sobre los jueces y fiscales no ratificados. Así se concluye luego de recordar que para el Tribunal Constitucional “[l]a no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es

⁶⁶ Cfr. EXP. N.º 0010–2002–AI/TC, de 3 de enero de 2003, f. j. 32; y EXP. N.º 0030–2005–PIC/TC, de 2 de febrero de 2006, f. j. 56

⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2003, ps. 123–126.



incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución”⁶⁸; y de recordar que para este Tribunal lo correcto debería ser la permisión de reingreso pues “de otra forma, se podría *caer en el absurdo* de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción”⁶⁹.

Es decir, el Tribunal Constitucional pretende decirle al Poder Constituyente peruano que no debe incluirse en la Constitución la prohibición de reingreso a la carrera judicial de los jueces y fiscales no ratificados si pretende no incurrir en *un absurdo* o *una incoherencia* o si pretende realmente *hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación*. En buena cuenta, el Tribunal Constitucional a través de una exhortación le está diciendo al Constituyente peruano como ha de regular una determinada figura, y de esta manera le está exhortando a que comparta con él una determinada valoración sobre una determinada realidad. Si la finalidad de realizar el exhorto al Legislador era evitar una situación de inconstitucionalidad por la vigencia de una ley ¿cuál puede ser la finalidad de exhortar al Poder Constituyente? Sin duda alguna no será el evitar una situación de inconstitucionalidad, porque precisamente quien decide el contenido del parámetro que servirá para definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad es el Poder Constituyente. De modo que la finalidad –querida o no– iría en la línea de decirle al Poder Constituyente como ha de conformar el orden fundamental de la sociedad peruana.

De modo que el Tribunal Constitucional vuelve a equivocarse por partida doble: primero, al reconocerse a sí mismo la facultad de plantear exhortos al Constituyente peruano; y segundo, al pretender que el Constituyente regule de una forma determinada una concreta realidad. Ambas equivocaciones vuelven a poner de manifiesto que aún no existe en el Tribunal Constitucional una conciencia seria del autocontrol que debe presidir el ejercicio de sus facultades propias de controlador e intérprete supremo de la Constitución. No voy aquí a insistir en la crítica que he formulado en otras oportunidades a actuaciones extralimitadas del Tribunal Constitucional⁷⁰. Sólo he de insistir en que si ya era criticable –y mucho– que el mencionado Tribunal cometiese excesos respecto del Legislativo⁷¹ o del Judicial⁷², con cuanta mayor razón no hemos de rechazar todo intento de pretender colocarse no como intérprete supremo sino como legislador supremo del sistema jurídico peruano, por encima incluso del mismísimo Poder Constituyente.

⁶⁸ EXP. N° 1333–2006–PA/TC, citado, f. j. 6.

⁶⁹ Idem, f. j. 7.

⁷⁰ “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, citado, ps. 133–139; “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, citado, ps. 31–45.

⁷¹ “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 100, enero 2007, ps. 27–38.

⁷² “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, citado, en prensa.

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de este comentario jurisprudencial se ha abordado la solución de dos cuestiones: el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y la permisión de reingreso a la carrera judicial de los jueces y fiscales no ratificados. De modo general, se ha de afirmar que respecto de la primera cuestión se ha concluido el valor vinculante que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad de las normas y de toda actuación de los órganos público y de los particulares tiene para todos los operadores jurídicos, en particular para los jueces del Poder Judicial. Entre esos otros operadores jurídicos se encuentra –qué duda cabe– el Consejo Nacional de la Magistratura. Mientras que de la segunda cuestión, también de modo general, se puede concluir la insuficiencia constitucional de los argumentos del Tribunal Constitucional con los cuales pretende interpretar el artículo 154.2 CP como si permitiese el reingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público de los jueces y fiscales no ratificados.

En la sentencia que se ha comentado en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha planteado una mayor argumentación respecto de la segunda cuestión, por la sencilla razón que resultaba imprescindible para resolver el caso que tenía entre manos. Por eso ella ha merecido un mayor análisis también en este trabajo. Considerar que los jueces y fiscales no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, ni es incongruente con la naturaleza de la figura de la ratificación, ni es absurdo, ni vulnera el principio de igualdad. Muy por el contrario, lo incongruente –por no decir lo inconstitucional– es interpretar que ahí donde el texto constitucional de modo claro ha dispuesto una prohibición, en realidad no sólo no hay una tal prohibición, sino que lo ordenado es una permisión. Y lo absurdo es pretender que el Poder Constituyente regule las decisiones fundamentales de la sociedad peruana, no como él considere mejor, sino como cree el Tribunal Constitucional debería ser lo correcto. El Tribunal Constitucional pretende colocarse como fuente primera y decisiva de la constitucionalidad en el Perú al pretender –vanamente– colocarse por encima del mismo Poder Constituyente.

Sin embargo, y como se ha argumentado a lo largo de estas páginas, no sólo es contestable la argumentación efectuada por el Tribunal Constitucional, sino que además es posible una argumentación mejor, la cual apunta hacia una interpretación coherente y unitaria de la normatividad constitucional, que sea no sólo respetuosa con el Poder Constituyente, sino también ajustada a los límites de las facultades del Tribunal Constitucional que le impone el texto constitucional.

Esta solución bastante se parece a la que ya formulara el fallecido Manuel Aguirre Roca cuando fue magistrado del Tribunal Constitucional. Este distinguido jurista afirmaba desde el 2003, un voto particular que por su claridad e inteligencia conviene transcribirlo enteramente:

“Dejo aquí constancia –sin perjuicio del debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas– de que disiento del FALLO o parte dispositiva de esta Sentencia, así como de su *fundamentación*, toda vez que estimo que cuando la Constitución, en su artículo 154.2, habla de “proceso de ratificación”, a mi juicio se refiere, precisamente, a un *proceso*, esto es, a una *tramitación* rodeada de las respectivas garantías, entre las cuales figuran, por lo menos, el derecho de



defensa, el de reconsideración y el de la de motivación escrita de las resoluciones respectivas, debidamente concordadas con los hechos probados a lo largo del proceso, tal como lo manda el artículo 139º, inciso 5), de la Constitución, y no a simples votos de conciencia y secretos, y, por añadidura, inimpugnables. Por otro lado, cuando la Constitución dice, en el mismo artículo citado, que el no ratificado no podrá reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, dice eso, precisamente, y no, como se estima en el fundamento 5. de la Sentencia de autos, lo contrario, esto es, que sí puede hacerlo. Y justamente por ello, por ser tan traumática y severa la decisión de no ratificación, el correspondiente proceso debe estar rodeado, por lo menos, de las garantías mínimas del debido proceso, incluyendo las indicadas líneas arriba, esto es, las de defensa y de la motivación escrita de las resoluciones respectivas”⁷³.

La cuarta razón tiene que ver con el principio de legalidad. Para hacer referencia a esta razón hay que remontarnos a la sentencia EXP. N.º 1550-2003-AA/TC, a la cual se llega por referencia al EXP. N.º 3361-2004-AA/TC, y a éste por así referirlo el EXP. N. 1333-2006-PA/TC. Según el Tribunal Constitucional, considerar que los jueces y fiscales no ratificados están prohibidos de reingresar a la carrera judicial, afecta el principio de legalidad en la aplicación de la sanción contenido en el literal d) del artículo 24.2 CP. Así se ha manifestado el referido Tribunal:

“[I]a no ratificación, sin embargo, no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial, en principio, es incongruente, (...) con el ordinal “d”, inciso 24), del artículo 2.º de la Constitución (...), pues la prohibición de reingresar a la carrera judicial se equipara a una sanción cuya imposición, sin embargo, no es consecuencia de haberse cometido una falta”⁷⁴.

La segunda conclusión es que con la prohibición de reingreso aún siendo considerada como una sanción, no se vulnera derecho constitucional alguno del juez o fiscal evaluado en la medida que el proceso de ratificación para ser considerado como constitucionalmente válido, se ha de desarrollar siguiendo todas las exigencias propias del debido proceso, entre las cuales se incluye el principio de legalidad en materia sancionadora. Con esto queda también desvirtuada la cuarta de las razones del Tribunal Constitucional antes referidas.

⁷³ EXP. N.º 2731-2003-AA/TC, citado, voto particular.

⁷⁴ EXP. N.º 1550-2003-AA/TC, citado, f. j. 17.

En efecto, como se recordará el Tribunal Constitucional había afirmado que la prohibición de reingreso a la carrera judicial vulneraba el principio de legalidad recogido en el apartado d) del artículo 2.24 CP porque ésta prohibición equivalía a una sanción la cual se terminaba imponiendo sin que existiese una falta previa.

Hay que empezar reconociendo que el Constituyente peruano ha manifestado expresamente –y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional también– que el proceso de ratificación es un proceso diferente al proceso disciplinario. El primero está recogido en el artículo 154.2 CP y el segundo en el artículo 154.3 CP. La consecuencia del primero es doble: por un lado la destitución como consecuencia de la pérdida de la confianza sobre el juez o fiscal debido al juicio negativo sobre su conducta o idoneidad en el ejercicio de la función; y además la prohibición de reingreso a la carrera judicial en caso de no ratificación. La consecuencia del segundo es sólo la destitución como consecuencia de haber incurrido el juez o fiscal en una de las causales que acarrea la destitución.

Con respecto a la evaluación con el fin de ratificar o no a los jueces y fiscales, ya se ha argumentado que la prohibición de reingreso no es incompatible con la naturaleza jurídica de los procesos de ratificación y, en la medida que la prohibición de reingreso presupone necesariamente la previa destitución, ésta tampoco es incompatible con la mencionada naturaleza jurídica. En efecto, la no ratificación entendida como una comprobación de que el no ratificado no es idóneo ni profesional ni personalmente para ejercer la función jurisdiccional, conlleva necesariamente la destitución entendida en términos generales como la separación de alguien del cargo que ejerce (Real Academia de la Lengua). Todo no ratificado es destituido en estos términos. Pero, ¿cuál es la naturaleza de la destitución? Más particularmente, ¿es la destitución una sanción o no lo es?

El Tribunal Constitucional no dice nada acerca de la destitución de los jueces no ratificados, pues la denunciada vulneración del principio de legalidad sancionador sólo la refiere de la prohibición de reingreso. Acepta, por tanto, como compatible con el principio de legalidad la destitución que sufre el juez o fiscal no ratificados. Pues bien, si se ha de aceptar que la destitución no vulnera el principio de legalidad, se deberá también aceptar que la prohibición de reingreso no vulnera el principio de legalidad. Si por el contrario, se admite que la prohibición de reingreso afecta el principio de legalidad, ha de admitirse también que este principio queda afectado con la destitución del no ratificado. Lo que no es posible es considerar como sanción a una y como no sanción a la otra. Y esto es lo que está haciendo precisamente el TC cuando luego de afirmar que el proceso de no ratificación no es un proceso sancionador, sólo desecha la prohibición de reingreso porque constituiría una sanción pero no hace lo mismo con la destitución previa del juez o fiscal no ratificado. Si la prohibición de reingreso es una sanción, y la destitución previa no es una sanción, ¿qué es entonces? Si de modo general se entiende que la sanción es la respuesta necesaria a una acción que merece un juicio jurídico negativo, entonces no se puede sino afirmar que en una no ratificación que tiene como consecuencia la



destitución y la prohibición de reingreso se está en ambos casos ante una sanción.

¿convierte al proceso en sancionador? En todo caso sui generis, diferente a 154.3 CP

El punto relevante es decidir cuál es la naturaleza de la destitución y cual la de prohibición de reingreso. Ambas son adoptables frente al juicio negativo de la idoneidad profesional y moral del juez o fiscal no ratificado, pues ambas son compatibles y congruentes con el significado de la no ratificación.