

ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

César LANDA*

Al maestro Jorge Carpizo

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Estatuto del juez.* III. *Reformas pendientes.*
IV. *Conclusión.*

I. PRESENTACIÓN

El análisis del estatuto del juez constituye un tópico común en los países que pertenecen a la familia del *common law*, debido a que el derecho se basa en la jurisprudencia de las cortes; mientras que en los países que pertenecen a la familia del *civil law* corresponde que el derecho sea creación del legislador, y no del juez. Por ello, resulta interesante para un sector de la doctrina —y preocupante para otro—, que, en nuestros países latinoamericanos, buena parte del derecho venga siendo objeto de creación jurisprudencial, a pesar de que sus raíces se hallan en la tradición jurídica romano-germánica. Este fenómeno se ha iniciado en el derecho comparado con la creación de los tribunales constitucionales o la transformación de las cortes supremas en tribunales constitucionales materiales; es decir, encargados de la tutela de los derechos fundamentales y la garantía de la supremacía constitucional.¹

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Las opiniones vertidas en este artículo son a título académico personal.

¹ Merryman, John, “Convergence of Civil Law and Common Law”, en Cappelletti, M. (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Italy, European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 66-68.

En el Perú, la creación judicial del derecho tiene múltiples causas y efectos: a) el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución; b) el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución; c) la incorporación de sus sentencias en el sistema de fuentes del derecho, junto a las normas legales, y d) el rol creador del derecho de los jueces constitucionales. En cuanto a esto último, el desarrollo de la justicia constitucional ha colocado al juez constitucional en la disyuntiva de ser un mero aplicador del derecho dado por el legislador o un intérprete capaz de crear el mismo derecho para resolver una causa. Esta tensión se expresa, por un lado, en el juez constitucional, que, apegado al tradicional concepto de la ley, se refugia en el positivismo formalista para aplicar literalmente la Constitución; o, por otro lado, en el juez que interpretando abierta y razonablemente la Constitución decide ejercer un activismo judicial propio de un representante político del pueblo.²

El estatuto del juez constitucional se encuentra entre ambos extremos; por tanto, existen matices que demandan construir respuestas desde diversas perspectivas, en aras de otorgar seguridad jurídica para los ciudadanos y garantizar la predictibilidad de las decisiones judiciales. Por eso, Cappelletti ha señalado que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”.³ Sin embargo, la intensidad y los límites de la actuación creadora del derecho es producto de la relación dialéctica que se produce entre el estatuto del juez constitucional y las reglas de la argumentación jurídica.⁴

De allí que un examen de la legitimidad de la actuación del juez constitucional debe verificarse no sólo por el resultado de sus resoluciones judiciales, sino también por la legalidad y legitimidad de su origen, organización, funcionamiento, derechos, deberes, sanciones, y finalmente su actuación ética. Todo ello configura la idea o concepto dinámico del estatuto del juez constitucional, que se encuentra regulado en la Constitución, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y en el Reglamento Normativo

² Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, 1971, pp. 15-30; asimismo, Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (eds.), *The Failure of Presidential Democracy. The Case of Latin America*, vol. 2, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1994, pp. 3 ss. y 286 ss.

³ Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984, p. 629.

⁴ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 316.

del Tribunal Constitucional. Así como desarrollado en su jurisprudencia a partir de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional. Por eso, resulta importante presentar el régimen jurídico del juez constitucional, así como sus necesarias reformas.

II. ESTATUTO DEL JUEZ

El Tribunal Constitucional del Perú es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente del Poder Judicial y demás poderes públicos. No obstante ello, es un organismo jurisdiccional colegiado, integrado por siete jueces de derecho que ocupan el cargo de magistrados por cinco años y están impedidos de ser reelectos de manera inmediata, según el artículo 201 de la Constitución.

1. Elección: requisitos e impedimentos

Según el artículo 201 de la Constitución del Perú de 1993, corresponde al Congreso de la República el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del número de parlamentarios del Pleno del Congreso unicameral integrado por ciento veinte representantes, lo que supone la necesaria concertación de pareceres de la mayoría parlamentaria con las minorías parlamentarias, para lograr la nominación de los candidatos con ochenta votos como mínimo.

El déficit de este sistema se expresa en dos aspectos: por un lado, en la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección, el maltrato a los candidatos y la renuencia posterior a postular de destacados juristas, y, por otro lado, en el sistema de cuotas y negociación política, que cada vez es utilizado finalmente para convenir entre la mayoría y las minorías parlamentarias, que hacen de la integración del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición,⁵ al punto que la mayoría y la minoría parlamentarias no se orientan a valorar y preferir necesariamente a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, sino que centran la elección en los acuerdos de las cúpulas partidarias, los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces del Congreso. No obstante, todos los elegidos cumplen con los requisitos de elegibilidad, y no están impedidos de acuerdo con la ley.

⁵ Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 136-151.

A. Requisitos

Los requisitos pueden ser de dos tipos: unos legales y otros legítimos; la legalidad significa conforme a la ley, y la legitimidad, conforme a derecho.

En cuanto a los primeros, para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación (artículo 201 de la Constitución).

La propia Constitución establece una diferencia entre los requisitos y las incompatibilidades. Los requisitos se refieren a las condiciones generales que debe tener quien postula al cargo, y las incompatibilidades tienen que ver con los impedimentos para postular al cargo de magistrado constitucional. Pero sin perjuicio de los impedimentos para postular, también se encuentran impedimentos durante el ejercicio del cargo, recogida por la propia normativa constitucional y la LOTC.

Entonces, los requisitos, conforme se señala en el artículo 201 de la Constitución, son los mismos que los exigidos para ser designado vocal supremo. Estos se encuentran regulados a su vez en el artículo 147 de la Constitución, así como en el artículo 11 de la LOTC y en el artículo 15 del Reglamento Normativo de la institución. En consecuencia, para ser magistrado del Tribunal Constitucional se requiere lo siguiente:

- a) Ser peruano de nacimiento; sea por *ius soli* o por *ius sanguinis*.
- b) Ser ciudadano en ejercicio; es decir, no estar judicialmente interdicto, inhabilitado en sus derechos políticos o privado de la libertad por sentencia judicial.
- c) Ser mayor de cuarenta y cinco años (este requisito ha requerido de interpretación).⁶
- d) Haber sido magistrado de la Corte Suprema o fiscal supremo, o magistrado superior o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

⁶ Cf. el caso del magistrado Carlos Mesía Ramírez, quien no había cumplido los 45 años al momento de postular al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional ante el Congreso en octubre de 2004. Frente a la tacha formulada a su candidatura, la Comisión Especial del Congreso encargada de evaluar a los candidatos resolvió que no era exigible tener la edad mínima de 45 años al momento de postular, sino al momento de ser elegido por el pleno del Congreso.

B. *Impedimentos*

La candidatura al Tribunal podrá ser desestimada si incurre en alguno de los siguientes impedimentos, establecidos en el artículo 12 de la LOTC:

- a) Haber sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria como magistrado del Poder Judicial o del Ministerio.
- b) Haber sido inhabilitado como abogado por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.
- c) Haber sido condenado o que se encuentre siendo procesado por delito doloso.
- d) Haber sido declarado en estado de insolvencia o de quiebra.
- e) Haber ejercido cargo político o de confianza en gobiernos de facto.⁷

El artículo 13 *in fine* señala que en caso de que concurriera alguna causal de incompatibilidad en quien fuera designado como magistrado de Tribunal Constitucional, éste debe, antes de tomar posesión del cargo, cesar en el cargo o renunciar a la actividad que es incompatible. Dicha renuncia debe ser efectuada en el plazo de diez días naturales siguientes a su designación ante el presidente del Tribunal. Si no lo hace, se entiende que no acepta el cargo. Es necesario interpretar rectamente este requisito en el sentido de que sólo es posible exigirle este supuesto al magistrado de la Corte Suprema o fiscal supremo, o magistrado superior o fiscal superior o al abogado o catedrático universitario que ha sido electo magistrado del Tribunal Constitucional.⁸

En cuanto a los requisitos de legitimidad, de conformidad con el derecho; es decir, a los principios de elegibilidad, se pueden señalar a los principios de independencia judicial y legitimidad democrática.

Determinar el grado de independencia personal que los futuros magistrados deben mostrar es un factor esencial en el procedimiento de selección

⁷ Este impedimento se remonta a la disposición constitucional de la Constitución de 1979, que en su artículo 297 señalaba: “Para ser miembro del Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos”.

⁸ Congreso de la República, *Diario de los Debate. Primera Legislatura Ordinaria de 2004. 27a. G sesión (vespertina) Jueves 16 de diciembre de 2004*. En dicha sesión del Pleno del Congreso, para la votación de la elección de los candidatos al Tribunal Constitucional, el entonces congresista del FIM, Heriberto Benítez, planteó una “preocupación” sobre si alguno de los candidatos estaban impedidos por no tener los requisitos exigidos. Entendía que como los requisitos para ser magistrados del TC eran los mismos que para ser vocal supremo, también tenían los mismos impedimentos. Al no interpretar lógicamente las normas y confundir los requisitos con los impedimentos, dejaba de lado lo dispuesto expresamente en el artículo 13o. *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, motivo por el cual su cuestionamiento fue desestimado rápidamente por los voceros de las bancadas del gobierno y de la oposición.

de los mismos. Una garantía de ello es evaluar el nivel de vinculación que mantendrían los aspirantes con la realidad social antes que con los poderes políticos, a través de las tareas de la interpretación constitucional. Sin embargo, se debe cuidar que una determinada fuerza política o económica no esté solapadamente detrás de la candidatura de los magistrados constitucionales, porque, posteriormente, se dejará sentir en sus decisiones jurisdiccionales una suerte de deuda de los magistrados no con la Constitución, sino con los poderes de facto o de iure.⁹ Por ello se ha señalado que “En el caso de Antauro Humala, el Tribunal Constitucional ha modificado una decisión final que era conocida. Una situación similar se dio en el caso de la prescripción del caso El Frontón. Al margen de los contenidos, son pésimas señales”.¹⁰

2. Procedimiento de designación y juramento

Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 8o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y por las disposiciones pertinentes del Reglamento del Congreso; comprende las siguientes etapas:

a) En primer lugar, el Pleno del Congreso designa una comisión especial, integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve congresistas, procurando respetar en lo posible la proporción de grupos parlamentarios presentes en el Congreso. Esta comisión especial tiene por encargo recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos que a su juicio se encuentran aptos para ser elegidos.

b) En segundo lugar, la comisión especial publica en el *Diario Oficial “El Peruano”* la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publica la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular

⁹ En la resolución del caso El Frontón (exp. 3173-2008-PHC/TC, publicada el 15-12-08), que involucraba a un suboficial de la marina por ejecuciones extrajudiciales contra los presos por terrorismo del penal El Frontón, durante el primer gobierno del presidente Alan García, se señaló en los medios de comunicación que el magistrado Ernesto Álvarez Miranda cambió su voto por fuertes presiones del gobierno y favoreció la impunidad en la persecución de dichos delitos de lesa humanidad (“Sorpresa giro en el Tribunal Constitucional en el caso El Frontón”, *La República*, Lima, 3-12-2008, p. 2; asimismo, en el caso Antauro Humala (exp. 01680-2009-PHC/TC, publicado el 30 de julio del 2009), que llevaba detenido cuatro años y seis meses sin sentencia judicial con motivo del fracasado intento de rebelión en diciembre de 2004 contra el Estado de derecho, cuando la opinión pública tuvo conocimiento de que el fallo saldría favorable al demandante, se realizaron presiones políticas y mediáticas; por lo que el magistrado Gerardo Eto Cruz varió su voto a infundado, desestimando así por mayoría el pedido de hábeas corpus por exceso de carcelería (“Seguirá en la cárcel... Se creía que Antauro Humala iba a ser excarcelado, pero cambio de opinión del magistrado Gerardo Eto definió situación”, *El Comercio*, Lima, 31-7-2009, p. 1).

¹⁰ “Ofidio. Malos precedentes”, *La República*, Lima, 31-7-2009, p. 10.

tachas, las que deben estar acompañadas con prueba instrumental. Luego, la comisión especial pasa a resolver las tachas presentadas y a designar a los candidatos que a su juicio se encuentran aptos para ser elegidos.

c) En tercer lugar, una vez obtenida la nómina de candidatos declarados aptos para ser elegidos, el Congreso procede a la elección mediante votación pública y ordinaria. Son elegidos el magistrado o los magistrados, según el caso, que obtengan los dos tercios del número legal de congresistas. En otras palabras, el número de votos requerido para ser designado miembro del Tribunal Constitucional es ochenta, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 52, literal a), del Reglamento del Congreso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el número legal de congresistas es de ciento veinte.

Asimismo, cabe precisar que en vista de que se trata de una votación pública y ordinaria, resultan aplicables las disposiciones del Reglamento del Congreso referidas al desarrollo de las sesiones ordinarias y a los procedimientos de votación, contenidas en los artículos 53 a 58.

d) En cuarto lugar, en caso de que se hubiera obtenido la mayoría requerida, se procede a designar al magistrado a los magistrados elegidos mediante resolución legislativa.

e) Finalmente, en caso de que no se hubiera obtenido la mayoría requerida, se procede a una segunda votación. Si después de esto todavía no se logran cubrir las plazas vacantes, la comisión especial procede, en un plazo máximo de diez días naturales, a formular sucesivas propuestas hasta que se realice la elección.

Cabe destacar que la disposición en virtud de la cual la votación para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional debe ser pública y ordinaria es una modificación introducida en el ordenamiento jurídico peruano mediante la Ley 28764, publicada el 23 de junio de 2006, debido a la falta de respeto al compromiso asumido por los propios grupos parlamentarios, que al momento de la votación uno de los partidos no cumplía el acuerdo parlamentario.¹¹ Anteriormente el artículo 8o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecía que la elección debía ser realizada mediante votación individual por cédulas.

¹¹ Al respecto, ése fue el caso del candidato Alarcón Quintana al Tribunal Constitucional, quien pese a ser el candidato apoyado por el Partido Aprista Peruano no obtuvo los ochenta votos en las dos sucesivas votaciones secretas; debido, según señalaron comentaristas políticos, a la división en dos facciones al interior de la propia bancada parlamentaria aprista —entre el ala de Alan García y Jorge del Castillo—. Este sistema de votación secreta finalmente fue modificado mediante Ley 28764 y se estableció la votación pública y ordinaria en la elección del candidato Carlos Mesía Ramírez.

Esto implicaba, de conformidad con los artículos 57 y 93 del Reglamento del Congreso, que cada candidato era evaluado al momento de la elección de modo individual, y que el voto era emitido en forma secreta en cédulas, las cuales se depositaban en un ánfora para efectos de su escrutinio al término de la sesión.

En cambio, la regulación actual, al establecer que la votación es pública y ordinaria, permite que los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional puedan ser elegidos en bloque, sin que sea necesaria una votación por cada candidato, lo cual trae como consecuencia que se favorezca como criterio de elección de este cargo el reparto de cuotas políticas partidarias, antes que las cualidades jurídicas y profesionales de cada candidato. Por tanto, dicha modalidad de votación no abona en favor de la rigurosidad que debe ostentar el procedimiento de designación para un cargo de tan alta relevancia como es el de magistrado del Tribunal Constitucional.

Por ello, si bien la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional es finalmente una elección del órgano político por excelencia, como es el Congreso de la República, ésta se debería realizar con base en una propuesta técnica de candidatos seleccionados por reconocidos juristas designados por la Comisión Especial. Ello, con el fin de asegurar que tal elección recaiga en las personas realmente idóneas para el cargo y no devenga en el mejor de los casos en el reparto de cuotas de poder, cuando no en el bloqueo en el reparto de cuotas entre las demandas de mayores cuotas entre los distintos partidos políticos representados en el Parlamento.

En cuanto a la asunción del cargo, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, una vez elegido, el magistrado del Tribunal Constitucional requiere prestar juramento para asumir el cargo. Éste es realizado ante el presidente del Tribunal, y éste lo presta ante su predecesor.

Dicho juramento, conforme lo señala el artículo 16 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, comprende la promesa de cumplir la Constitución Política del Perú y debe ser realizado dentro de los diez días siguientes a la publicación, en el *Diario Oficial “El Peruano”*, de la resolución legislativa en virtud de la cual se designa a los miembros del Tribunal Constitucional. Sólo a partir del juramento *ad solemnitatem* se asume constitucionalmente el cargo con los derechos, deberes y responsabilidades que la función de impartir justicia constitucional acarrea.

Antes de jurar el cargo el magistrado, si existiera alguna causal de incompatibilidad, debe, antes de tomar posesión, cesar en el cargo o en la actividad incompatible; si no lo hace en el plazo de diez días naturales siguen-

tes a su designación, se entiende que no acepta el cargo, señala el artículo 13 *in fine* de la LOTC.¹²

3. Número de magistrados y duración en el cargo

Según el artículo 201 de la Constitución del Perú de 1993, el Tribunal Constitucional se compone de siete magistrados titulares elegidos por cinco años, sin que haya lugar a reelección inmediata. No obstante, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los magistrados del Tribunal, *prima facie*, deben continuar en el ejercicio del cargo hasta que sus sucesores hayan sido designados y hayan tomado posesión del cargo.

Antes de los seis meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el presidente del Tribunal solicita al presidente del Congreso el inicio del procedimiento de elección de las vacantes que serán dejadas por los magistrados que cumplen su periodo constitucional de cinco años. Sin embargo, con motivo del vencimiento del periodo de la magistrada Delia Revoredo de Mur, en mayo de 2004, y ante la falta de decisión del Congreso para elegir la vacante del séptimo magistrado del Tribunal por un año, el Pleno del Tribunal aceptó la renuncia a las funciones del cargo como magistrada constitucional a partir del 17 de junio de 2005.¹³ Recién el 13 de julio del 2006 el Congreso eligió a su reemplazo.

No hay lugar a la reelección inmediata (artículo 201 de la Constitución), lo que no es óbice para que la reelección pasado un periodo esté permitida. No se ha presentado aún caso alguno, salvo el del fallecido magistrado Manuel Aguirre Roca, quien fuera uno de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, en el marco de la Constitución de 1979, y luego magistrado del Tribunal Constitucional con la Constitución de 1993. Aunque es cierto que no se puede considerar técnicamente como un supuesto de reelección posterior, por cuanto se trató constitucionalmente de diferentes tribunales.

¹² Una de las incompatibilidades de los magistrados del Tribunal Constitucional, según el artículo 13 de la LOTC, es que "...Están prohibidos de afiliarse a organizaciones políticas"; por ello, antes de jurar el cargo, Javier Alva Orlandini suspendió su militancia en el partido Acción Popular el año 2002 y la retomó al término de su cargo el 2007 o, es el caso del actual magistrado Carlos Mesía Ramírez quien hizo lo propio, suspender su militancia en el Partido Aprista Peruano el año 2006". Pero, lo importante es que en aras de la imparcialidad del magistrado e independencia del Tribunal Constitucional los magistrados con filiación partidaria y con su partido o no en el poder sepan mantener su independencia.

¹³ Tribunal Constitucional, *Acta de sesión de Pleno de once de mayo de 2005*.

En particular, el presidente del Tribunal Constitucional es elegido entre los magistrados constitucionales por votación secreta por un periodo máximo de dos años, siendo factible la reelección por una año más, según el artículo 6o. de la LOTC; de igual forma y por el mismo periodo se elige al vicepresidente. El presidente es un *primus inter pares* quien representa al Tribunal, con la capacidad para convocar, presidir y adoptar las medidas para su funcionamiento, además de los deberes y las atribuciones administrativas previstas en los artículos 24 y 25 del Reglamento Normativo del TC.

4. Derechos y prerrogativas

Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas, señala el artículo 201 de la Constitución y el artículo 15 de la LOTC; pero el artículo 20 del Reglamento Normativo del TC establece derechos administrativos, como: a) participar con voz y voto en las sesiones del Pleno; b) contar con los servicios de personal, asesoría y logística; c) percibir un ingreso adecuado, sujeto al pago de tributos por ley y gastos de instalación, y d) gozar del derecho vacacional durante treinta días. Sin embargo, es de los derechos constitucionales emanados de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional de donde pueden caracterizarse los derechos de los magistrados.

A. Inamovilidad

Este concepto puede ser entendido desde dos perspectivas distintas: I) en un sentido general, comprendiendo todas las garantías que se le otorgan al magistrado del Tribunal Constitucional para asegurar que pueda ejercer el cargo de manera independiente e imparcial, y II) en un sentido estricto, referido a la posición que ostenta el magistrado dentro de la organización administrativa del Tribunal Constitucional.

La primera de tales perspectivas hace referencia, principalmente, a los motivos de ceso en el cargo y al régimen de responsabilidades, teniendo en cuenta sobre todo lo establecido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, lo cual será tratado en un acápite posterior.

La segunda de las perspectivas mencionadas es tal vez la que ha sido menos desarrollada, y es la que se pasa a explicar a continuación. El Tribunal Constitucional, tal como lo señala el artículo 201 de la Constitución, es un órgano colegiado compuesto por siete miembros con iguales prerrogativas y derechos. No obstante, para efectos de conocer en última y definitiva

instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, se divide en dos Salas, conformada cada una por tres magistrados. En este sentido, cada Sala en los casos de su competencia es la última y definitiva instancia del Tribunal Constitucional.

El presidente del Tribunal, en tanto está encargado de liderar el manejo administrativo de la institución, solamente participa en los plenos administrativos y jurisdiccionales que tienen competencia para resolver las demandas de inconstitucionalidad de las normas legales y los conflictos de competencia. La conformación de tales Salas es realizada conforme a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Normativo, al más antiguo en el cargo de los magistrados restantes le corresponde la presidencia de la Primera Sala; y al segundo, la presidencia de la Segunda Sala. En caso de igualdad en la antigüedad en el cargo, el criterio rector es el de la antigüedad en la colegiatura. La conformación de las salas establecida según tales criterios no puede ser modificada por disposición reglamentaria de los propios magistrados.

De acuerdo con el artículo 11 del Reglamento Normativo, la recomposición de las Salas solamente procede en los casos en los que no se reúnan los votos requeridos para resolver la causa (tres, conforme al mismo artículo), lo cual solamente puede darse en tres supuestos: I) vacancia (artículo 16 de la Ley Orgánica); II) impedimento, o III) discordia. En tales casos, se llama a los magistrados que integran la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al presidente del Tribunal.

Asimismo, de conformidad con el artículo 8o. del Reglamento Normativo, los magistrados del Tribunal no son susceptibles de ser recusados. No obstante, pueden abstenerse de conocer algún caso cuando tengan interés directo o por causal de decoro, salvo que el hecho impida resolver.

B. *Libertad de opinión y de voto*

El conocimiento oral de los argumentos y contraargumentos de los litigantes en los procesos constitucionales se realiza en el marco de las audiencias públicas, las cuales consisten, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento Normativo, en el acto procesal mediante el cual los magistrados escuchan a las partes y a los abogados que oportunamente solicitaron informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes.

La deliberación para la resolución de una causa se da sobre la base de la ponencia presentada por uno de los magistrados integrantes de la Sala o del Pleno, según corresponda según a la naturaleza del proceso. El proce-

dimiento seguido por los magistrados para la deliberación y la votación de las causa está regulado en los artículos 43 y 44 del Reglamento Normativo. Cabe destacar que las votaciones son nominales y a mano alzada. Sin embargo, dada la sobrecarga procesal, en la práctica cada magistrado emite su voto en el proceso de revisión de los expedientes en sus despachos, mediante la rúbrica al proyecto o la firma final a la sentencia, que puede ser así aprobada por unanimidad o por mayoría. Los magistrados están en la libertad de presentar un voto singular en caso de que no se encuentren conformes con la decisión adoptada por la mayoría, o un fundamento de voto cuando estando de acuerdo con lo resuelto no lo estén con los fundamentos de la misma.

Los magistrados gozan de la inmunidad por el legal ejercicio de su función jurisdiccional; por ello, no responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su función de impartir justicia constitucional, conforme a lo establecido en el artículo 201 de la Constitución, artículo 14 de la LOTC y el artículo 18 del Reglamento Normativo, lo cual comprende los debates en las audiencias públicas, las sesiones de deliberación y los votos emitidos en la fundamentación de sus sentencias.

C. *Remuneración*

En general, el Estado garantiza a los magistrados una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía, según dispone el inciso 4 del artículo 146 de la Constitución. Con base en esa disposición, la Ley de Presupuesto del Sector Público (Ley 29289, correspondiente al año fiscal 2009) consolida una retribución económica para los magistrados del Tribunal Constitucional equivalente a la que reciben los vocales de la Corte Suprema y los congresistas de la República, exonerándolos así del Decreto de Urgencia 038-2006, que establece en su artículo 2o. que ningún funcionario o servidor público, dentro de los cuales cabe incluir, evidentemente, a los magistrados del Tribunal Constitucional, puede percibir ingresos mensuales mayores a 6 unidades de ingreso del sector público, salvo en los meses en que corresponda las gratificaciones o aguinaldos de julio y diciembre.

Específicamente en lo que se refiere a los magistrados del Tribunal Constitucional, de conformidad con la Ley 29289 y el Decreto de Urgencia 034-2006, el haber total se subdivide en los siguientes conceptos: I) remuneración; II) bono; III) gastos operativos, y IV) alta función jurisdiccional. El concepto remuneración está sujeto a los descuentos previsionales y cargas sociales que correspondan, mientras que los conceptos bono, gastos operativos y alta función jurisdiccional no tienen carácter pensionable ni remune-

rativo, así como tampoco sirven de base de cálculo para ningún beneficio. Dicha retribución económica se encuentra presupuestada dentro del pliego correspondiente al Tribunal Constitucional, cuyo presidente es su titular, conforme a lo establecido en la Ley de Presupuesto.

D. *Prerrogativas*

Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades (artículo 201 de la Constitución).

En vista de que las incompatibilidades son tratadas en el acápite siguiente, centraremos el análisis en lo que se refiere a las inmunidades y prerrogativas de las cuales goza un magistrado del Tribunal Constitucional en el Perú.

Las inmunidades de los congresistas están desarrolladas en el artículo 93 de la Constitución. Son básicamente las siguientes: I) no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación; II) no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (inviolabilidad), y III) no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, en cuyo caso son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento (inmunidad).

Estas tres prerrogativas son desarrolladas respecto a los magistrados del Tribunal Constitucional en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica. En consecuencia, cuentan con las siguientes prerrogativas:

No están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. El hecho de que los magistrados sean elegidos por parte del Congreso de la República no implica que se encuentren subordinados a su voluntad, máxime cuando la función esencial de un tribunal constitucional es controlar la constitucionalidad de las leyes; es decir, verificar que la actuación de los legisladores sea conforme a la Constitución. Además, dos de las garantías indispensables para el buen ejercicio de la función jurisdiccional son la independencia y la imparcialidad por parte del juzgador, las cuales forman parte del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 139 de la Constitución.

No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo; es decir, cuentan con inviolabilidad de opinión. En consecuencia, los

magistrados del Tribunal Constitucional, al momento de fundamentar sus resoluciones, cuentan con total libertad de criterio para hacerlo en el sentido objetivo que estimen pertinente. No obstante, cabe aclarar que, en tanto el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía inherente al debido proceso, los magistrados están en la obligación de fundamentar sus resoluciones adecuadamente, expresando de una manera ordenada y coherente los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la decisión adoptada.

No pueden ser procesados ni detenidos sin autorización, salvo en el caso de flagrante delito. Ante la eventualidad de responsabilidad penal por parte del magistrado del Tribunal Constitucional, tiene lugar el antequicio constitucional, regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución. No obstante, respecto a la inmunidad de arresto del magistrado, la Ley Orgánica no ha previsto esa posibilidad, porque solamente se le puede suspender al magistrado constitucional cuando incurra en delito flagrante, según el artículo 18 de la LOTC y 21 del RNTC.

En todo caso, se debería considerar que, en la medida en que los magistrados cuentan con las mismas prerrogativas que los congresistas, cuando sean detenidos en flagrante delito también debería asistirles el derecho a ser puestos a disposición del pleno del Tribunal Constitucional a efectos de que su detención sea ratificada o no, lo cual podría ir acompañado de la suspensión en el ejercicio del cargo, tal como ha sido previsto para los congresistas a partir del artículo 93 de la Constitución.

5. Deberes, incompatibilidades y responsabilidades

La función jurisdiccional, como parte de la función pública, está apegada a derecho; esto es, que las normas prevén para magistrados un conjunto de deberes, incompatibilidades y responsabilidades en la Constitución, Ley y Reglamento que a continuación se señalan:

A. Deberes

Con respecto a los deberes de índole administrativo-disciplinaria, el artículo 19 del Reglamento Normativo establece como deberes de los magistrados los siguientes:

a) Cumplir y hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

- b) Cumplir y hacer cumplir su Ley Orgánica, el Código Procesal Constitucional, ordenamiento jurídico de la nación y el Reglamento Normativo.
- c) Resolver los asuntos de su competencia con sujeción a la garantía del debido proceso y dentro de los plazos legales.
- d) Aplicar la norma constitucional correspondiente y los principios del derecho constitucional, aunque no hubieran sido invocados en el proceso.
- e) Guardar absoluta reserva respecto de los asuntos en que interviene.
- f) Observar el horario de trabajo y en especial el que corresponde a las audiencias.
- g) Denegar preliminarmente las peticiones maliciosas y los escritos y exposiciones contrarios a la dignidad de las personas, y poner el hecho en conocimiento del respectivo colegio de abogados.
- h) Tratar con respeto a los abogados y a las partes.
- i) Denunciar ante el presidente del Tribunal los casos en los que observen el ejercicio ilegal o indebido de la profesión.
- j) Disponer la actuación de los medios probatorios, siempre que sean indispensables para mejor resolver.
- k) Formular una declaración jurada de bienes y rentas, de acuerdo con la ley de la materia.
- l) Mantener una conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común.
- m) Velar, a través de sus ponencias y la emisión de sus votos, por la correcta interpretación y el cabal cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- n) Cuidar los bienes públicos que son puestos a su servicio y promover el uso racional de los bienes de consumo que les provee el Estado. Esta obligación incluye el deber de dar cuenta documentada de los gastos que importen sus viajes oficiales o visitas al exterior con bolsa de viaje.
- o) Presentar, luego de realizado un viaje oficial, un informe al pleno sobre todo aquello que pueda ser de utilidad al Tribunal Constitucional.

B. *Incompatibilidades*

Las incompatibilidades para el ejercicio del cargo son las mismas que las establecidas para los congresistas, señaladas en el artículo 92 de la Constitución, así como las reguladas en los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en el artículo 17 del Reglamento Normativo de la institución. Por lo tanto, las incompatibilidades establecidas para ejercer el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional son las siguientes:

a) El ejercicio de cualquier otro cargo público o privado. Resulta especialmente incompatible la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. Dicha incompatibilidad también se extiende a aquellos cargos similares en empresas que durante el ejercicio del cargo obtengan concesiones del Estado, y en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

b) El ejercicio de cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria, siempre que la misma no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.

c) La defensa o asesoría pública o privada del cónyuge o de los ascendientes o descendientes, salvo en causa propia.

d) La afiliación a organizaciones políticas.

Asimismo, los magistrados del Tribunal Constitucional, en tanto ostentan la calidad de funcionarios públicos, se encuentran vinculados también por el Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, en donde se establecen un conjunto de principios y deberes que deben ser respetados por todo funcionario público. Dentro de tales principios y deberes cabe resaltar los siguientes: respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, justicia, equidad, lealtad al Estado de derecho, entre otros deberes.

C. Responsabilidades

La responsabilidad en la que puede incurrir un magistrado por incumplir sus deberes o realizar actos incompatibles con su función jurisdiccional puede ser de distinta índole: a) administrativa-disciplinaria, la cual comporta la infracción de un deber inherente a su cargo; b) penal, si concurriera alguna ilicitud que implique la comisión de un delito, y c) civil, es decir, la que trae como consecuencia un deber de indemnización hacia la persona a la cual se le ha ocasionado un daño.

La responsabilidad administrativa-disciplinaria se hace efectiva a través de la declaratoria de vacancia, al incurrir en cualquiera de las causales establecidas en los incisos 3 (incapacidad moral), 4 y 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica, y corresponde al pleno del Tribunal Constitucional verificar tales causales, por lo menos con cuatro votos conformes.

Con respecto a la responsabilidad penal, corresponde tener en cuenta los delitos establecidos en el Código Penal, especialmente el delito de preva-

ricato, cuyas modalidades están reguladas en los artículos 418 a 421. Dicha responsabilidad se hace efectiva por medio del procedimiento de antequicio constitucional, regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución, sin perjuicio del proceso penal. Este es el caso del ex magistrado José García Marcelo, quien participó activamente en el sometimiento del Tribunal Constitucional, presidido por Francisco Sánchez Acosta, al régimen de los condenados ex presidente Alberto Fujimori y su entonces asesor Vladimiro Montesinos.¹⁴

Con relación a la responsabilidad civil, este es un aspecto que no ha sido recogido en el ordenamiento jurídico peruano. No obstante, consideramos que sería pertinente aplicar el régimen de responsabilidad civil de los jueces establecido en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

En caso de que concurriera alguna de las causales de incompatibilidad en quien se encuentra ya ejerciendo funciones como magistrado del Tribunal Constitucional, se configura el supuesto de vacancia establecido en el inciso 7 del artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; es decir, la incompatibilidad sobreviniente.

6. *Vacancia, suspensión, inhabilitación y destitución*

Las eventuales responsabilidades de los magistrados pueden ser resueltas, intraórgano, a través de la potestad disciplinaria del propio Tribunal Constitucional, y extraordinaria de la intervención del Congreso de la República en caso de infracción constitucional y de la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones.

A. *Vacancia*

El artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido, taxativamente, causales específicas para declarar la vacancia, *prima facie*, del cargo de magistrado constitucional por: a) muerte; b) renuncia; c) incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilita para el ejercicio de la función; d) incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; e) violar la reserva propia de la función; f) haber sido condenado por la comisión de delito doloso; g) incompatibilidad sobreviniente.

¹⁴ “Hoy sentenciado a cinco años de pena privativa de la libertad por haber recibido de Vladimiro Montesinos Torres \$ 3,500 dólares mensuales y bonificaciones especiales de 5, 10 y 20 mil dólares”, *La República*, 1-12-2005.

Es posible sistematizar tal grupo de causales para declarar la vacancia con base en dos criterios: I) objetivo, referido a causas que tienen que ver con el acaecimiento de una circunstancia objetiva que constituye un impedimento insuperable para que el magistrado pueda continuar ejerciendo el cargo, como es el caso de muerte, renuncia e incapacidad física permanente que inhabilita para el ejercicio de la función; II) subjetivo, referido a causas motivadas en la conducta del propio magistrado, que implican la incursión por su parte en responsabilidad de carácter administrativa y/o penal, como es el caso de la incapacidad moral, que inhabilita en el ejercicio de la función, la culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación de la reserva propia de la función, la incompatibilidad sobreviniente, y la condena por la comisión de delito doloso.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las causales de muerte, renuncia y condena por la comisión de delito doloso corresponden ser decretadas por el presidente del Tribunal Constitucional. Para los demás casos, la decisión corresponde al pleno, para lo cual se requiere no menos de cuatro votos conformes.

B. *Antejuicio político*

Conforme se desprende de lo establecido en el artículo 99 de la Constitución, los magistrados del Tribunal Constitucional comparten la prerrogativa de antejuicio constitucional con los siguientes funcionarios: presidente de la República, representantes del Congreso, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el Defensor del Pueblo y el contralor general de la República.

En consecuencia, cabe la posibilidad de que un magistrado del Tribunal Constitucional sea destituido, suspendido o inhabilitado para la función pública por hasta diez años por el Congreso de la República, previo antejuicio político que haya seguido el procedimiento establecido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometiera en el ejercicio de sus funciones.

Dicho procedimiento, denominado “juicio político” o “antejuicio constitucional”, se encuentra regulado en forma detallada en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Consiste básicamente en una acusación realizada por la Comisión Permanente ante el pleno del Congreso de la República, en virtud de la cual se le imputa al magistrado en cuestión la comisión de una infracción constitucional que no se encuentra tipificada expresamente en la Constitución ni en la ley, y por la comisión de

un delito en el ejercicio de sus funciones que sí están tipificadas en el Código Penal.¹⁵

El pleno del Congreso, si lo halla responsable, puede optar entre suspenderlo o destituirlo, y puede incluso decretar su inhabilitación para el ejercicio de la función pública por hasta diez años. No obstante, ello requiere que previamente se haya respetado el derecho del magistrado acusado a ejercer su derecho de defensa por sí mismo y con asistencia de abogado tanto ante la Comisión Permanente como ante el pleno del Congreso de la República.

Para la aprobación de la sanción de destitución se requiere del voto conforme de dos tercios del número legal de congresistas, sin contar a los miembros de la Comisión Permanente, de conformidad con lo establecido en el inciso I) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, y con el artículo 21 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.¹⁶

Cabe resaltar que en el supuesto de comisión de delito flagrante por parte de un magistrado del Tribunal Constitucional, éste puede ser suspendido por disposición del pleno del Tribunal Constitucional, para lo cual se requiere como mínimo de cuatro votos conformes, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el artículo 21 del Reglamento Normativo.

7. Ética judicial

El estatuto del juez constitucional es compatible con la Constitución y la LOTC, porque se inserta en la naturaleza de la institución garante de la tutela de los derechos fundamentales y la supremacía jurídica constitucional, para lo cual la independencia e imparcialidad formal constituye un punto necesario de análisis. Sin embargo, dicha perspectiva normativa

¹⁵ Landa, César, “Antejuicio político”, *Elecciones*, Lima, año 4, núm. 5, octubre de 2005, pp. 125-138.

¹⁶ La única vez que el Congreso ha destituido a magistrados del Tribunal Constitucional fue con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 26657, más conocida como la “ley de la re-reelección presidencial de Fujimori”. La sentencia fue suscrita por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Delia Revoredo, contra quienes la mayoría parlamentaria oficialista los acusó constitucionalmente de usurpación de funciones del pleno, y en un proceso parlamentario —arbitrario y sin garantías de imparcialidad— los destituyeron mediante resolución legislativa 002-97-CR, RL 003-97-CR y RL 004-97-CR. Sólo a la caída del régimen fujimorista y con la restauración democrática con el presidente constitucional, Valentín Paniagua, se les repuso en sus cargos de magistrados del Tribunal Constitucional, en mérito además de una sentencia favorable a su reposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cf. Landa, César, *Tribunal Constitucional y estado democrático...*, cit., pp. 307-319 y 772-791.

resulta insuficiente si nos atenemos a que la gran mayoría de riesgos a la independencia e imparcialidad del juez constitucional se gestan al margen de la legalidad. Así, hay que tener en cuenta los diferentes poderes que pretenden hacer valer su influencia en el quehacer del juez constitucional, entre los cuales se encuentran poderes públicos (el gobierno y la oposición), como poderes privados (partidos políticos, grupos de interés, los medios de comunicación masiva, entre otros).

Más aún: frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Tribunal Constitucional, se puede percibir que la ética es un parámetro necesario de control de los estándares en la actuación de los jueces y en la expedición de sus fallos. Sobre todo, para reafirmar el principio de independencia e imparcialidad, no sólo formal, sino real, de los jueces constitucionales, condición necesaria en un sistema democrático de controles y balances de poderes. En esa medida, la independencia o la dependencia de los magistrados, respecto del poder político, se puede verificar en el análisis de su jurisprudencia, así como en la conducta pública de los magistrados, en tanto actúen o no con autonomía de criterio frente a los poderes públicos y privados.¹⁷

En este aspecto, todavía existe, por parte de los poderes del Estado: por un lado, cuestionamientos al quehacer de la justicia constitucional y, por otro lado, pretenden influir en el rol que tiene el supremo intérprete de la Constitución. En este proceso el Tribunal Constitucional no está exento de “agujeros negros”, que se expresan en fallos que desarticulan la jurisprudencia que ha caracterizado el desarrollo independiente de la justicia constitucional. Este escenario exige develar el rol de la ética en el constitucionalismo, a partir de concebir el pensamiento constitucional en abstracto y en concreto a través de sus resoluciones con que operan los magistrados constitucionales —ética objetiva— y el rol social del juez que evalúa su conducta individual tanto funcional como ciudadano —ética subjetiva—.

El parámetro de valoración de la ética objetiva y subjetiva se debe encontrar en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial de 2006 como punto ineludible de referencia,¹⁸ por cuanto se estructura con base en principios universales fundamentales de independencia e imparcialidad, así como de motivación; que en tanto normas de optimización permite que se apliquen de acuerdo con las circunstancias del tiempo y el lugar. Pero también el Código recoge otros principios complementarios, como conocimien-

¹⁷ Häberle, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Königstein: Athenäum, 1980, pp. 57 y ss.

¹⁸ Chayer, Héctor Mario, *Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia*, Uruguay, Kas, 2008. Véase anexo, pp. 95 y ss.

to y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia, honestidad profesional, entre otros.

Por ello, se debe reforzar el tema ético en el quehacer jurisdiccional del juez constitucional, tanto desde una perspectiva preventiva, es decir, de difusión de los valores y principios éticos, como desde una perspectiva represiva, o sea, de sanción a los responsables por faltas éticas graves. Ello pasa porque se debe buscar una internalización por parte del juez constitucional de la relación intrínseca que existe entre la ética y la labor que desempeña.

Para lo cual la actuación judicial del Tribunal Constitucional no puede estar desvinculada de un pensamiento constitucional institucional, en tanto sea expresión del doble carácter de la ética en el ejercicio profesional de la judicatura. Donde el pensamiento ético objetivo, entendido como la defensa de los valores constitucionales, se traduce en un razonamiento ético subjetivo concebido como el respeto de las reglas procesales —adjetivas y sustantivas—. Esta ética judicial integral es la síntesis concreta de la ética de la convicción de las ideas y la ética de la responsabilidad en la función judicial. Por ello, cabe señalar que la ética judicial, en un Estado constitucional, incluye derechos y deberes jurídicos que se refieren a las conductas más relevantes para la vida pública y social. Máxime si, al decir de Malem, todo juez requiere ser una buena persona o, dicho de otra forma, una mala persona, definida en términos de su rechazo al sistema de valores democráticos y constitucionales no podría ser un buen juez.¹⁹

Si la función del juez es impartir justicia interpretando la Constitución y la ley, debe resolver los casos imbuido de los valores que sostiene al sistema de fuentes del derecho. Así, la concepción de la Constitución, no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica, le ha permitido al Tribunal Constitucional afianzar la tutela de los derechos fundamentales de las personas, sin que ello haya implicado, claro está, la desprotección de otros bienes y valores constitucionales, como la seguridad ciudadana frente al terrorismo y el crimen organizado, la salud pública frente al narcotráfico, la transparencia y la responsabilidad frente a la corrupción individual e institucionalizada en las esferas del poder del Estado.

En dichos casos, como es evidente, la actuación del Tribunal Constitucional ha ido más allá de la tutela de los derechos fundamentales o de la supremacía de la Constitución, en función del principio de prevención, para engarzarse también con la resolución de determinados problemas sociales,

¹⁹ Malem Seña, Jorge, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Justicia Constitucional*, Lima, año II, núm. 4, julio-diciembre de 2006, p. 207.

económicos y “políticos” que inciden en los valores y bienes constitucionales que la Constitución reconoce y protege. En ese sentido, las sentencias del TC han expresado un pensamiento judicial integrado de una concepción ética de la Constitución, y así se ha realizado el control desde su restauración democrática a partir de 2002.

Sin embargo, a partir de 2008 se vienen produciendo algunos fallos en los que la nueva mayoría de jueces constitucionales no refleja el orden ético constitucional establecido en la norma suprema, lo cual es sujeto de críticas, debido a la falta de consistencia en la argumentación constitucional en causas que han favorecido a intereses políticos, económicos y militares.²⁰ Más aún, se ha señalado

que, en los últimos gobiernos se ha evidenciado que las presiones e interferencias del Poder Ejecutivo (Presidente de la República) y de algunos miembros del Poder Legislativo (congresistas) en los organismos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional) y en el Jurado Nacional de Elecciones, han obstaculizado el normal funcionamiento de estas instituciones, atentando contra la democracia en el Perú.²¹

Por ello, cabe reafirmar que la ética judicial supone asegurar dos enunciados sin discusión: independencia e imparcialidad. No se entiende la judicatura en un Estado constitucional sin el respeto de dichos principios. La independencia se concibe como la capacidad de impartir justicia prescindiendo de intereses, opiniones, presiones o amenazas de terceros, sean partes del proceso, autoridades de los poderes públicos, partidos políticos afines, grupos económicos, medios de prensa y de la opinión pública. A su vez, la imparcialidad se reduce en que los jueces eviten todo tratamiento desigual o discriminatorio a las partes; es decir, el trato equitativo es un derecho de las partes a ser tratadas de forma objetiva y no discriminatoria. Y

²⁰ STC exp. 2007-HC/TC, caso Hailili Awapara (publicado el 28-2-2008); STC, exp. 6201-2007-HC/TC, caso Wolfenson (publicado el 19-3-2008); STC, exp. 8495-2006-PA/TC, caso Ramiro de Valdivia Cano (publicado el 15-8-2008); STC, exp. 2210-2007-PA/TC, caso Transportes Flores Hnos., S. R. Ltda. (publicado el 21-10-2008); STC, exp. 3173-2008-PHC/TC, caso “El Frontón” (publicada el 15-12-2008); STC, exp. 04525-2007-HC/TC, caso Requena Pasapera (publicado el 19-2-2009), y entre otros, STC, exp. 04197-2008-AA/TC, caso Ríos Castillo (publicado el 10-6-2009).

²¹ Congreso de la República. *Proyecto de Ley* núm. 3342/2009-IC, publicado en el diario oficial *El Peruano*, edición del 6-8-2009, p. 400438. Con el cual se pone a conocimiento de la ciudadanía el proyecto legislativo de reforma constitucional que establece la democracia directa como régimen de gobierno, las causales de vacancia presidencial, la revocatoria del presidente, vicepresidentes, congresistas y otros principios del Estado peruano.

en todo caso, la falta de imparcialidad permite que los jueces se aparten de un caso, cuando ésta se encuentre comprometida.

Ello, por cuanto como ha precisado Gomes Canotilho, el derecho constitucional es más que un conjunto de normas o instituciones; es también cultura, humanismo y ética; porque si bien el derecho constitucional tiene una innegable dimensión práctica, debe evitarse caer en la ceguera del mero pragmatismo positivista.²² En definitiva, como señala el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, “la ética judicial constitucional demanda rechazar los estándares de conducta propios de un mal juez, como los de un juez simplemente mediocre, que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido”. En tal sentido, el Estado de justicia tiene que generar mucha fuerza atractiva y disponer de medios de control de la actividad judicial constitucional, para erigir diques contra el fundamentalismo mediocre, para contrarrestarlo mediante el control de la opinión pública a través de los medios y, sobre todo, de la opinión crítica especializada.

Por ello, la ética constitucional, basada en la idea humanista e integradora del ser humano, cabe concebirla como una *utopía realizable*. Ello, en la medida en que ésta puede ser implementada en nuestro orden social concreto siempre que los factores que preceden al quehacer judicial, como el nombramiento plural e independiente de los magistrados, constituya el punto de partida de una nueva forma de entender la Constitución y la justicia. Por cuanto, como señala Barak, “veo mi rol de juez como una misión. Juzgar no es meramente un trabajo. Es una forma de vida”²³ Este proceso es dinámico y abierto, en el cual los derechos fundamentales ocupan un rol concreto de movilización y de liderazgo ético e institucional, en el marco de respeto a los valores y mandatos de la Constitución.

III. REFORMAS PENDIENTES

El estatuto del juez constitucional tiene, en la independencia e imparcialidad, en última instancia, la garantía de que el Tribunal Constitucional podrá cumplir el mandato constitucional de tutelar los derechos fundamentales y asegurar la supremacía constitucional. Sin embargo, para llevar a cabo su misión se deberían realizar cuando menos dos reformas básicas: una externa, para evitar que el Congreso, mediante la acusación constitucional, someta a los jueces a un juicio político de sus votos y decisiones

²² Gomes Canotilho, José, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 1 y 2.

²³ Barak, Aharon, “El rol de la Corte Suprema en una democracia”, *Ius et Veritas* 26, Lima, año VIII, 2003, p. 114.

jurídicas, y otra interna, incorporar el *certiorari* para evitar que se siga retrasando o acumulando la sobrecarga procesal, lo cual está llevando a incumplir con los plazos de ley, afectando a las partes, la confianza ciudadana y eventualmente debilitando o afectando la independencia e imparcialidad del órgano en general y de sus miembros en particular.

1. Inmunidad por los votos y opiniones

En términos generales, el estatuto del juez constitucional se condice con un modelo de control de los poderes democrático-constitucionales. Sin embargo, si la independencia y la autonomía del Tribunal Constitucional es una garantía de la tutela de los derechos fundamentales y de la supremacía jurídica de la Constitución, ésta no queda consagrada en la praxis jurisdiccional si el poder político que lo nombra —el Congreso—, a quien debe controlar en sus excesos legislativos, a su vez es el poder encargado de admitir, procesar y sancionar a los magistrados constitucionales por cualquier infracción constitucional o delito en el ejercicio de sus funciones, a raíz de los votos u opiniones que expidan los magistrados constitucionales.

Ello ha generado que, frente a sentencias donde el gobierno o sus aliados políticos han sentido afectados sus intereses, se hayan producido denuncias constitucionales ante el Congreso contra magistrados del TC por supuesta infracción de la Constitución o delito en el ejercicio de sus funciones, no habiendo en democracia desde 2001 prosperado finalmente ninguna de ellas.²⁴ Sin embargo, sí han creado una sensación de interferencia del poder político en los asuntos judiciales constitucionales. Más aún: no está muy lejano el recuerdo histórico de la separación arbitraria de tres magistrados del Tribunal Constitucional por parte de la mayoría parlamentaria fujimorista

²⁴ Desde 1996 se han presentado más de sesenta denuncias constitucionales contra magistrados del Tribunal Constitucional, por parte tanto de algunos ciudadanos o grupos económicos disconformes con el fallo constitucional recibido como también de representantes parlamentarios y allegados del partido, no sólo del gobierno en los casos en que se han opuesto rotundamente a los fallos del TC. Así, se registra la denuncia constitucional 142 por el caso El Frontón (exp. 3173-2008-PHC/TC), presentada por el abogado del vicepresidente de la República, almirante (r) Giampietri, contra los magistrados Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Landa Arroyo, quienes emitieron votos singulares para que no prescribiera la investigación de los graves delitos contra los derechos humanos; la denuncia constitucional 64, presentada por el congresista Urquiza, del Partido Nacionalista, contra los ex magistrados Alva Orlandini y González Ojeda, a raíz de sus votos en un fallo sobre la competencia del TC para revisar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (exp. 00007-2007-PI/TC), o la denuncia constitucional 71 por el caso FONAVI, presentada por el congresista Peralta, del Partido Aprista contra los ex magistrados González, Alva y Bardelli Lartirigoyen (STC, exp. 01078-2007-AA/TC).

en 1997, por declarar inaplicable la ley de la reelección presidencial del hoy condenado ex presidente Fujimori. Por eso es necesario garantizar la inmunidad por los votos y opiniones que se emitan con lealtad constitucional y en el marco de la ley.

Como se señaló, la Constitución ha establecido en el artículo 201, en concordancia con el artículo 93, que el Tribunal es autónomo e independiente, y que sus magistrados gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas.²⁵ En tal sentido, los miembros del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni interpelación alguna, ni responden por los votos u opiniones judiciales emitidos en el ejercicio de su cargo. No obstante haber sido nominados por los congresistas, no deben recibir instrucciones del Congreso ni de ninguna autoridad. Es en este sentido que la “ingratitud” del magistrado constitucional se convierte en una virtud.

Es decir, gozan de inviolabilidad e inmunidad en su cargo, como lo dispone el artículo 14 de la LOTC. Por ello, el artículo 15 de la misma ley ratifica que los magistrados constitucionales tienen los mismos derechos y privilegios que los congresistas.²⁶ Sin embargo, cabe señalar que los artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993 establecen que cuando los magistrados del Tribunal, entre otras altas magistraturas, cometan infracción a la Constitución o un delito en el ejercicio de sus funciones, pueden ser acusados ante el Congreso, y si se encuentra responsabilidad, se les puede suspender, inhabilitar o separar de sus cargos.

Dicha norma constitucional, propia de sistemas democráticos plurales, se convierte en un peligro en manos de una mayoría parlamentaria, cuando ésta actúa arbitrariamente, como ocurrió durante la autocracia de Fujimori, dado que una garantía indispensable para la autonomía del juez y la independencia del Tribunal Constitucional es, precisamente, la inmunidad de los fallos de los jueces constitucionales. Por eso, en el derecho constitucional

²⁵ Pizzorusso, Alesandro, “Le immunità parlamentaria”, *Congreso de los Diputados. I Jornadas de Derecho Parlamentario. Rassegna comparata*, vol. I. Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, pp. 59-87; Fernández Segado, Francisco, “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, en Francesc Pau I Vall (coord.), *Parlamento y justicia constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 3293-322, y García, Eloy, *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 23 y ss.

²⁶ Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso, “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 10, 1986, pp. 175 ss.; asimismo, Congreso de la República, “Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IV, núm. 4, pp. 463 y 464.

comparado, “la independencia judicial, se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como de la incompatibilidad. Los jueces son inamovibles por otro poder; normalmente, solo una decisión del Tribunal puede dar lugar a una dimisión o suspensión, para lo que se suele exigir una mayoría calificada (p.e. en la RFA, Italia, España)”.²⁷ No obstante, debemos precisar que “como sucede con la inmunidad parlamentaria, *la independencia del juez es una prerrogativa eminentemente funcional*. Recubre no tanto a la persona cuanto a la función”.²⁸

Ello debe ser así, por cuanto si la mayoría parlamentaria interviene directamente sobre el Tribunal Constitucional cuestionando la inmunidad de los magistrados por los votos y opiniones que emiten, dicha mayoría estaría ingresando a cuestionar la función jurisdiccional en concreto, quebrando así el principio constitucional de la independencia judicial y el equilibrio de poderes, en virtud de los cuales los jueces están sujetos a la Constitución y al derecho, pero no a la autoridad ni a los poderes públicos o privados.²⁹

En consecuencia, el actual modelo de acusación constitucional ante un órgano político por excelencia como el Congreso afecta la seguridad jurídica no sólo de los jueces y del Tribunal, sino también de la propia sociedad, ya que la politización de la justicia sólo conduciría a diluir la garantía de protección de las libertades y derechos ciudadanos a cargo de la magistratura constitucional: la independencia judicial. En este sentido, es necesario reconstruir el sistema de protección de la inmunidad de los jueces constitucionales.

A. *Juicio político*

Frente a los juicios políticos de las mayorías parlamentarias transitorias, la inmunidad judicial es una garantía de protección de la conducta judicial autónoma, no sólo del juez constitucional, sino también del propio Tribunal Constitucional. Por eso, en el derecho comparado “el fuero jurisdic-

²⁷ Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación”, *REDC*, Madrid, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1985, p. 55; asimismo, Haas, Evelyn, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”, *Ius et Praxis*, año X, núm. 1, Chile, Universidad de Tálca, 2004, pp. 309-358.

²⁸ López Aguilar, Juan, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 114; asimismo, Martínez, Temistocle, *Diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 554.

²⁹ Requejo, Juan, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 19890, pp. 125 y ss. y 161 y ss. Para una visión crítica del clásico concepto de independencia judicial, revisar Lamprecht, Rolf vom, *Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 17 y ss.

cional de los magistrados como protección frente a un procesamiento por actuaciones oficiales u opiniones emitidas oficialmente, así como la inmunidad como protección frente a un procesamiento penal, aparecen garantizadas con regularidad”.³⁰

Sin embargo, es del caso mencionar la histórica *Act of Settlement* de 1701 británica, por la cual los jueces británicos permanecen en sus cargos *during good behaviour*, siguiendo la tradición romana del *quamdiu se tene gesserint*. De lo contrario, si el juez no ha mantenido “buena conducta”, el Parlamento le hace un juicio puramente político y no susceptible de control. Aunque es verdad que la última vez que un juez británico fue cesado tuvo lugar en 1830.³¹

Como quiera que la independencia judicial, entendida como una garantía, puede dividirse en *independencia personal*, que protege al juez individualmente de las eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política; *independencia colegiada*, que tiende a proteger a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado, e *independencia interna*, que ampara al juez individualmente frente al resto de la estructura judicial,³² se puede señalar que la inmunidad judicial de los magistrados constitucionales tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, asegura al magistrado una protección individual frente a la afectación de su ejercicio jurisdiccional por parte del poder o autoridad de turno. Mientras que desde el punto de vista objetivo la inmunidad es un atributo necesario de los magistrados, para asegurar la independencia del funcionamiento del citado Tribunal, que no está sometido a instrucciones de ningún poder público y menos privado.

En la medida en que la inmunidad judicial se ve virtualmente resquebrajada, cuando el Congreso desvíe su poder de investigación y sanción hacia los magistrados constitucionales *non gratos* de la mayoría parlamentaria, dichos actos parlamentarios serán plausibles de control judicial, debido a que el Congreso no puede investigar y procesar y sancionar vindicativamente a los magistrados que han emitido votos y opiniones en el ejercicio

³⁰ Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación...”, *cit.*, p. 55.

³¹ Díez-Picazo, Luis, “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, *REDC*, Madrid, año 12, núm. 34, 1992, pp. 23 y 24; asimismo, Sturgess, Garry y Chubb, Philip, *Judging the world. Law and politics in the world's leading courts*, Sydney, Butterworths, 1988, pp. 189 y ss.

³² Díez-Picazo, Luis, “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, *REDC*, Madrid, núm. 34, 1992, pp. 33 y ss.; asimismo, revisar el derecho comparado de los países centrales: Jacob, Herbert *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, London University Press, 1996.

de sus funciones, porque estarían violando la garantía de la inmunidad e inviolabilidad, así como el derecho al debido proceso legal sustantivo.³³ Por estas consideraciones, en aras de asegurar dicha independencia, a través de la inmunidad de los magistrados constitucionales, es necesario plantear algunos lineamientos de reforma del proceso de acusación constitucional de los jueces del referido Tribunal.

B. *Fuero constitucional e infracción constitucional*

La defensa del fuero constitucional debe ser razonada de un modo ponderado. Ello, en la medida en que tanta independencia judicial es necesaria como contrapartida de la responsabilidad de los magistrados, en salvaguarda de su propia legitimidad institucional, base del respeto de los demás poderes públicos y privados. Los magistrados constitucionales, si bien gozan de la inmunidad de sus fallos y opiniones; es decir, que son irresponsables por estos, también deben actuar jurídicamente de forma prudente y razonable, *prudentia juris*,³⁴ de tal manera que puedan asegurar su estatus de independencia, para lo cual se ha afirmado que “una resolución judicial es correcta, cuando otros jueces hubieran sentenciado de la misma manera”.³⁵

Ese sentido de legitimación judicial corporativa no siempre es pacífico, cuando se trata de resolver *causas difíciles* en el marco positivista de las normas constitucionales y legales. Por ello, se requiere interpretar moralmente la Constitución, como norma de principios sociales, y no sólo de reglas jurídicas.³⁶ Esto es factible, por cuanto los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad, antes que del Estado, en la medida en que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo” y que la Constitución, aprobada por referéndum popular, no se agota en su texto, sino que es una norma abierta orientada a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. En este sentido, se puede

³³ Landa, César, “Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, núm. 1, 1997, pp. 272 ss.; asimismo, Congreso de la República, “Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 4, cit., p. 447.

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dudoso*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 122 y ss.

³⁵ Schmitt, Carl, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1969, p. 100.

³⁶ Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law, the Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 2.

señalar que “el Derecho es política. El Derecho es una parte de la praxis política y de la teoría política”.³⁷

No obstante, si en razón de una inconducta judicial o por exceso o desviación de la potestad judicial se llega a cometer una infracción constitucional, “todos los ordenamientos aquí considerados así los contemplan, que la responsabilidad debe basarse en una suficiente tipificación de las infracciones y sanciones, así como en la existencia de un procedimiento contradictorio”,³⁸ lo que no sucedió en el proceso de acusación constitucional contra los tres magistrados constitucionales peruanos en 1997, toda vez que la infracción constitucional no está prevista, tipificadamente, en la Constitución ni en el Reglamento del Congreso.

Es decir, que se les expulsó sin saber previamente qué actos eran anti-constitucionales, cuáles eran las conductas pasibles de infracción constitucional, cuáles eran los tipos de sanciones en cada caso y cuál era el procedimiento para la defensa de los acusados constitucionalmente. En efecto, la infracción constitucional no está regulada taxativamente en la norma constitucional o el Reglamento del Congreso, con lo cual se deja una amplio margen de interpretación política para procesar o no a una alta autoridad, sin la garantía del debido proceso del encausado; porque todo ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado debe estar premunido del principio de legalidad, según el cual no hay sanción, no hay infracción, sin ley previa.³⁹

Por ello, con buen talante jurídico, Paniagua señaló que la infracción constitucional no debe ser un concepto constitucional abierto, sometido al arbitrio de las mayorías políticas transitorias, sino que debe ser una materia reglada en un ordenamiento constitucional democrático. Por ello, “el Congreso no puede, pues, procesar o sancionar a los infractores de la Constitución. No hay procedimiento para ello... no cabe —bajo ningún supuesto— el procesamiento y sanción de infracciones constitucionales no tipificadas”.⁴⁰

En tal sentido, cabe señalar que el antequicio político del Congreso no significa un proceso sin reglas. Cualquier *proceso* debe respetar dos princi-

³⁷ Von Westphalen, Friedrich Graf, *Wird die Justiz unterwandert? Der Ruf nach dem politischen Richter*, Zúrich, Interfrom AG, 1975, p. 9.

³⁸ Díez-Picazo, Luis, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial...*, cit., p. 32.

³⁹ Landa, César, “El control parlamentario y la responsabilidad de los ministros”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, año 9, núm. 56, mayo de 2003, pp. 35 y 36.

⁴⁰ Paniagua, Valentín, “¿Acusación constitucional, antequicio o juicio político?”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, II, Lima, 1995, pp. 132 y 133. Una posición política contraria a su regulación postula Eguiguren, Francisco, “La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios”, en su compilación *Estudios constitucionales*, Lima, ARA Editores, 2002, pp. 445-464.

pios y derechos fundamentales del Estado democrático: *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, así como el derecho al debido proceso y a la tutela “jurisdiccional”. La violación de los principios y derechos constitucionales mencionados constituyó mérito suficiente para que se planteara una acción de amparo contra el acto parlamentario que destituyó a los magistrados constitucionales.⁴¹

Por cuanto no puede haber un proceso más violador de los principios básicos de la justicia democrática, que procesar y sancionar a los magistrados por infracción a la Constitución, sin que ninguna norma haya establecido qué es, cómo se produce, en qué supuestos se aplica, quiénes pueden cometerla y cómo se debe procesar una infracción constitucional.⁴²

Asimismo, debe considerarse que no hay nada más contrario a la independencia judicial el que sea un poder como el Congreso, el encargado de investigar, procesar, acusar e inhabilitar, suspender o destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional. En primer lugar, porque es precisamente el defensor de la Constitución quien tiene por tarea central controlar los excesos de las mayorías parlamentarias, cuando aprueban leyes inconstitucionales.

En segundo lugar, porque los magistrados constitucionales no son funcionarios públicos sometidos a un estatuto común de los servidores públicos, sino que se rigen por su ley orgánica especial.⁴³ En tal entendido, los magistrados no deben ser objeto de control político por parte del Congreso, como consecuencia de la inmunidad de sus opiniones y fallos judiciales. Por este motivo, debería reformarse la Constitución y eliminar la posibilidad de que los miembros del Tribunal Constitucional sean plausibles de acusación constitucional en el caso de la infracción constitucional. Por ello, en el artículo 149 del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional de 2002, si bien se planteó levantar el fuero que protege a los magistrados del Tribunal por infracción a la Constitución, ya no había lugar para la destitución o inhabili-

⁴¹ Landa, César, “Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...”, *op. cit.*, pp. 272 y ss.; Figueuelo Burrieza, Ángela, “Incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, *REP*, Madrid, núm. 81, 1993, pp. 60 y ss.; asimismo, para conocer la experiencia histórica inglesa contraria a este tema, véase Torres Muro, Ignacio, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra”, *REDC*, Madrid, núm. 43, 1995, pp. 51 y ss.

⁴² Congreso de la República, “Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 4, *cit.*, pp. 455 y ss.

⁴³ Niethammer-Vonberg, Christiane, *Parteipolitische Betätigung der Richter. Deutschen Recht und Rechtsvergleichender Überblick*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 14 y ss. y 59 y ss.

litación, sino tan sólo la posibilidad de ser suspendido parlamentariamente, a resultas del proceso judicial que se le abriera de acuerdo con ley.⁴⁴

En todo caso, de producirse inconductas funcionales de los magistrados constitucionales, está prevista en la LOTC la vacancia del cargo. Así, el presidente o la mayoría de los magistrados son los que deben adoptar las medidas disciplinarias previstas de cese o suspensión. Ello, según los siete supuestos tipificados en el artículo 16 de la LOTC: 1. Muerte. 2. Renuncia. 3. Incapacidad moral o incapacidad física permanente que lo inhabilite para el ejercicio de la función. 4. Incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo. 5. Violar la reserva propia de la función. 6. Haber sido condenado por la comisión de delito doloso. 7. Incompatibilidad sobreviniente. El presidente resuelve la vacancia en los supuestos 1, 2 y 6, mientras que el Pleno, con cuatro votos conformes, por lo menos, en los demás casos.

Pese a lo planteado, es oportuno señalar algunos lineamientos de reglamentación legislativa de la infracción constitucional. Ello, en el caso de que se mantenga dicha norma constitucional contra los magistrados constitucionales, pero delimitándola para asegurar la garantía de la inmunidad judicial por los votos y opiniones emitidos en los fallos:

a) La infracción constitucional sería posible de ser cometida por los magistrados titulares del Tribunal Constitucional, sólo en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no como consecuencia de actos ilícitos o delitos.

b) La infracción constitucional es factible de producirse en la resolución de las acciones de garantía del hábeas corpus, acción de amparo, acción de cumplimiento y hábeas data; no así en la acción de inconstitucionalidad o conflicto de competencia.

c) La infracción constitucional se produce cuando, por error judicial de hecho, no de derecho, o por un funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, se dañan los derechos fundamentales de los interesados o de terceras personas, nunca de los propios magistrados constitucionales. La infracción constitucional se debe interpretar restrictivamente.

d) El error judicial tiene lugar cuando, por negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una sentencia firme —no un auto o un decreto— que infrinja los derechos fundamentales de una o más personas.

e) El anormal funcionamiento del Tribunal Constitucional se produce cuando uno o más magistrados, sin que exista una conducta ilícita necesaria

⁴⁴ Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*, Lima, Congreso de la República, julio de 2002, p. 69.

riamente, producen que el Tribunal Constitucional funcione mal por culpa *in committendo*, no funcione por culpa *in ommittendo* o funcione defectuosamente por falta de diligencia funcional debida.⁴⁵

f) Los magistrados acusados por infracción constitucional tienen especial derecho a la igualdad procesal, al debido proceso legal —adjetivo y sustantivo— y, en todo caso, a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar la arbitrariedad del legislador.

g) Sólo se debería abrir una investigación o acusación constitucional por infracción constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional en el Congreso, con la opinión favorable de los dos tercios de los magistrados del Tribunal Constitucional.⁴⁶

h) El Pleno del Congreso sólo podrá aplicar las sanciones que prevea la Constitución por infracción constitucional contra los magistrados constitucionales, por una mayoría de dos tercios de los miembros del Congreso unicameral.⁴⁷

En conclusión, el reforzamiento orgánico y funcional del citado Tribunal debe ser planteado desde el renovado sistema de nominación de los magistrados, a partir de principios éticos y criterios técnicos que despolitizan su selección. Asimismo, es clara la necesidad de contar con magistrados suplentes y de la distribución por materia de las dos Salas creadas al interior del Tribunal Constitucional, para la mejor administración del despacho judicial, así como la de implementar un moderno sistema de votación, coherente con la jerarquía de las normas, y un sistema judicial de autocontrol disciplinario de los magistrados o, en último caso, una tipificación adecuada y tecnificación de los procesos de acusación constitucional por infracción constitucional.

Todo ello resulta esencial para ayudar a reforzar la posición del Tribunal Constitucional en el actual proceso de democratización del Estado constitucional. Sin embargo, la sobrecarga procesal puede ser un factor que deje

⁴⁵ Rebollo, Luis Martín, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, CEC, 1983, pp. 150 y ss.

⁴⁶ De Vergottini, Giuseppe y Roversi-Monaco, Fabio, *Codice Costituzionale e Administrativo. Leggi fondamentali dello stato italiano*, 3a. ed., Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1989, pp. 449 y 450, donde por Ley Constitucional del 9 de febrero de 1948, artículo 30., se asegura a los magistrados constitucionales italianos, que la inmunidad de que gozan los magistrados constitucionales sólo puede ser levantada por la Corte Constitucional. En Alemania, el pleno del propio TFC asume la responsabilidad disciplinaria sobre sus magistrados, la misma que puede llegar hasta la destitución. Véase Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C. H. Beck., 2003, p. 105, 2, p. 10.

⁴⁷ En ese sentido, el artículo 21 del Reglamento Normativo del TC, aprobado por resolución administrativa 095-2004/TC, señala que “Las infracciones constitucionales requieren de los dos tercios del número legal de congresistas”.

sin consistencia las propuestas para el reforzamiento del estatuto del juez del Tribunal, por cuanto, de producirse dicha sobrecarga de expedientes, no se podrá cumplir con los plazos de ley, lo cual afectaría a las partes, la confianza ciudadana, e incluso se podría debilitar o perder la independencia e imparcialidad del órgano en general y de sus miembros en particular, ante las legítimas demandas o presiones por obtener justicia oportuna. Por ello, es importante plantear a continuación como segunda propuesta de reforma necesaria la incorporación del instituto del *certiorari*.

2. Certiorari

En los últimos años, la carga procesal del Tribunal Constitucional se ha incrementado de manera considerable (véase cuadro), lo cual se viene manifestando negativamente en la oportuna resolución de las demandas planteadas, a través de los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales. Frente a similares circunstancias de sobrecarga en los Estados Unidos, el Congreso dictó la Ley Judicial de 1891, que otorgó al Tribunal Supremo competencia para aceptar o rechazar algunas apelaciones de manera discrecional. Sin embargo, a lo largo de treinta años dicha medida no fue suficiente. En consecuencia, el Congreso dictó otra Ley Judicial de 1925 y 1988, que amplió la jurisdicción del *certiorari* o revisión del Tribunal, y le otorgó más poder discrecional para controlar el volumen de sus actividades.⁴⁸

En el Perú se ha postulado la incorporación de una suerte de *certiorari*; así, el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, de julio de 2002, en su artículo 209 (capítulo X, Tribunal Constitucional) propuso que “El Tribunal Constitucional es competente para: ... 2. Resolver en último grado, la resolución denegatoria a pedido de parte y aquellos que conozca de oficio, a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional, en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento”.

Sin embargo, el Congreso de la República no llegó a culminar el proceso de reforma total de la Constitución. Ello no fue óbice para que en 2003 se aprobara el Plan de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Justicia (CERIAJUS), una propuesta de reforma del Tribunal Constitucional en la cual se planteó que éste pudiera escoger discrecionalmente los pro-

⁴⁸ Messitte, Peter, “El recurso de *certiorari*, o de revisar: decidir cuáles casos examinar”, *Temas de la Democracia*, abril de 2005, pp. 18-21; asimismo, Ahumada, María Ángeles, “El «*certiorari*». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *REDC*, Madrid, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, pp. 89-136.

cesos de hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, resueltos por el Poder Judicial que considere necesario revisar; proyecto que tampoco llegó a ser aprobado por el Congreso de la República.

Expedientes ingresados vs. expedientes publicados, 1996-2008

Año	Ingresados	Publicados
1996	1,228	100
1997	1,555	603
1998	1,242	1,193
1999	1,371	1,396
2000	1,439	1,808
2001	1,585	702
2002	3,094	1,172
2003	3,822	4,602
2004	5,104	4,166
2005	10,816	7,061
2006	11,500	10,153
2007	6,798	9,330
2008	7,233	7,100
Media	4,342	3,799
Total	56,440	49,386

Fuente: Tribunal Constitucional.

Las cifras ponen en evidencia que la necesidad y la confianza de los ciudadanos en el Tribunal Constitucional como instancia final de resolución de conflictos se ha incrementado. No obstante, la sobrecarga procesal producto de la diferencia entre los expedientes ingresados y publicados desborda la capacidad de resolución oportuna de las demandas planteadas, y sobre todo de las acumuladas, lo cual produce un retraso en la expedición de las resoluciones de cada una de ellas, e inciden negativamente en el rol tutelar de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce al Tribunal Constitucional. Se precisa, en este sentido, una “racionalización” de la justicia constitucional.

En el derecho comparado, los precedentes vinculantes y el *certiorari* se han constituido en la fórmula más adecuada para reducir la carga procesal, y asegura la predictibilidad de los fallos judiciales, al unificar la jurisprudencia y otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos. Los precedentes vincu-

lantes ya han sido incorporados en el Código Procesal Constitucional y han permitido unificar y simplificar la resolución de los casos constitucionales, tema sobre el cual existe debate académico.⁴⁹ Sin embargo, el instituto procesal del *certiorari* no se ha incorporado legalmente a nuestro derecho procesal constitucional, ni la doctrina se ha pronunciado al respecto, lo que no es óbice para formular algunas ideas en torno a la incorporación de una suerte de *certiorari* constitucional.

Ello no supone una traslación automática e irreflexiva de dicha institución jurídica procesal, que ha tenido y tiene un peculiar desarrollo en el derecho anglosajón; por el contrario, la remisión al derecho constitucional comparado de países de derecho romano-germánico nos proporciona también elementos valiosos que pueden permitir perfilar una institución con características propias y acorde con la realidad constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

A. *Bases constitucionales y legales*

La incorporación material o sustantiva del *certiorari* constitucional se puede realizar a través de la modificación del uso del recurso de agravio constitucional, a partir de lo que dispone nuestra Constitución. Como se sabe, el artículo 201 de la carta magna establece que “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente”. Esto quiere decir que el TC goza de la competencia de la autonomía procesal para preservar el principio jurídico de la supremacía de la Constitución, así como la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales, para lo cual la Constitución (artículo 200) ha previsto determinados tipos de procesos constitucionales.

No obstante, el auténtico rol del Tribunal Constitucional, como órgano de control de la Constitución y de activo juez tutelar de los derechos fundamentales, pasa por que las decisiones que resuelven las demandas de violación de los distintos derechos fundamentales sean pronunciadas oportunamente; por que la justicia que tarda no es justicia; más aún, este hecho se ve agravado si más de la mitad de las causas que resuelve el TC proceden del interior del país.

De modo que al introducir una suerte de *certiorari* constitucional el TC podría no sólo garantizar la expedición oportuna de sus resoluciones, sino también que acompañado de los precedentes vinculantes otorguen predicti-

⁴⁹ Landa, César, “Los precedentes constitucionales”, *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año III, núm. 5, enero-junio de 2007, pp. 29-69.

bilidad y certeza a sus decisiones; esto es, seguridad jurídica a las partes. Por tanto, la sobrecarga procesal que actualmente afronta el Tribunal Constitución ocasiona un déficit en su rol de servicio judicial efectivo al ciudadano. Frente a esto, es necesario advertir la necesidad de una reforma a fin de superar esta situación inconveniente para la eficaz tutela de los derechos fundamentales de causas propiamente constitucionales que demandan tutela urgente.

Como el principio de supremacía constitucional y legal —en ese orden— es constitutivo para la actuación del TC, cabe precisar que el artículo 201 de la Constitución no sólo consagra una autonomía e independencia funcional del Tribunal Constitucional —es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado—, sino que también consagra su autonomía procesal, la cual ha servido de motivación para el desarrollo de una línea jurisprudencial que se expresa en los expedientes 2877-2005-PHC, 4853-2004-PA/TC, 020-2005-AI/TC; 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, acumulados, 0019-2005-PI/TC, 6204-2006-PHC/TC, 004-2004-CC/TC, 1417-2005-AA/TC, 7837-2006-AC/TC, entre otros.

Esto quiere decir que el Tribunal, dado su carácter de órgano constitucional y jurisdiccional, y por su especial naturaleza y posición en nuestro ordenamiento jurídico, tiene “autonomía procesal” para perfeccionar a través de sus sentencias y reglamento la función de tutelar oportunamente los derechos fundamentales de los procesos constitucionales (artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Asimismo, mediante resolución administrativa 031-2006-P/TC, del 2 de marzo de 2006, se modificó el artículo 11 del Reglamento Normativo, al establecer que

Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18o. del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Sin embargo, no se ha implementado a la espera de un pronunciamiento de carácter legislativo del Congreso.

No obstante, dicha autonomía procesal significa también que mediante ella puede desarrollar principios y reglas con pretensión de generalidad, y que puedan aplicarse a casos similares posteriores, siempre que estas reglas tengan como finalidad el perfeccionamiento de los procesos constitucionales, no vulneren el principio de división de poderes ni afecten la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En otras palabras, la eficaz y oportuna protección de los derechos fundamentales requiere que la actuación del Tribunal Constitucional se base en la autonomía procesal que le da sustento y orientación a los principios procesales de dirección judicial, impulso de oficio, economía procesal, adecuación de las formalidades a los fines de los procesos constitucionales, básicamente, previstos en el Código Procesal Constitucional (artículo III del título preliminar).

B. *La configuración del certiorari constitucional*

Incorporar materialmente un *certiorari* constitucional mediante la reforma legislativa del recurso de agravio constitucional, con el cual los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento llegan al Tribunal Constitucional, sería la vía más idónea e inmediata para que éste pueda afrontar adecuadamente la sobrecarga procesal que actualmente tiene acumulada. En ese sentido, dicho recurso se configuraría bajo una dimensión positiva y otra negativa.

a. Dimensión positiva

En su dimensión positiva u objetiva, el recurso de agravio constitucional se entendería como un instituto procesal del Tribunal Constitucional, que le permita revisar los fallos de los grados inferiores para cumplir una función nomofiláctica al expulsar las interpretaciones contrarias al precedente vinculante y una función nomotética de crear reglas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción de los mismos, como intérprete supremo de la Constitución, según dispone el artículo 1º. de la LOTC. De esta manera, la predictibilidad de los fallos del supremo intérprete y el control liminar de los recursos de agravio reducirían ostensiblemente la carga procesal.

Esto supone la facultad del Tribunal Constitucional para que cualquiera de sus dos Salas, antes de resolver sobre el fondo, conozca y resuelva directamente sobre la procedencia o improcedencia de la admisibilidad de los procesos constitucionales, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando los operadores jurisdiccionales o administrativos resuelvan con criterios opuestos o distintos a los establecidos por el Tribunal Constitucional, establecidos mediante los precedentes vinculantes y su doctrina jurisprudencial. Esto se puede dar cuando una Sala del Poder Judicial contradice lo establecido por otra —conflicto horizontal— o cuando una Sala de jerarquía menor contradice lo establecido por una Sala de la Corte Suprema —conflicto vertical—.
- b) Cuando existen sentencias contradictorias a los fallos del Tribunal Constitucional como consecuencia de la existencia de vacíos normativos o de interpretaciones alternativas a optar.
- c) Cuando se pretenda cambiar la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la legitimidad del recurso de agravio constitucional en su dimensión positiva, ésta debe recaer en el Tribunal Constitucional, en la medida en que en esta dimensión el *certiorari* buscaría, por un lado, fortalecer la función de control constitucional (artículo 201 de la Constitución); por otro lado, perfeccionar su rol de supremo intérprete de la carta magna, al proveer de decisiones vinculantes —precedente y jurisprudencia—, y, finalmente, asegurar la uniformidad de la aplicación e integración de la Constitución.

A esta tarea contribuirían tanto el Ministerio Público, como órgano encargado de defender la legalidad y de “velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia” (artículo 159-1 y 2 de la Constitución), los procuradores del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, los *amici curiae*, así como la Defensoría del Pueblo, en tanto que le corresponde “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad...” (artículo 162 de la Constitución).

b. Dimensión negativa

La dimensión negativa o subjetiva del recurso de agravio constitucional no se presentaría ya como un instituto procesal del Tribunal Constitucional, sino propiamente como un recurso del justiciable. No obstante, el recurso de agravio constitucional en esta dimensión precisa del cumplimiento tanto de determinados requisitos de admisibilidad así como de *procedibilidad*, según lo faculta el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aún no aplicado:

— Criterios de admisibilidad

- Que se haya interpuesto por el demandante.
- Que se identifique la resolución judicial de segundo grado (artículo 18 del Código Procesal Constitucional) que vulnera el contenido esencial del derecho fundamental tutelado.
- Que se interponga dentro del plazo de diez días.

— Criterios de procedibilidad

- Que exista una vulneración manifiesta del contenido esencial del derecho fundamental tutelado, de acuerdo con el artículo 38 del Código Procesal Constitucional.
- Que no se trate de una demanda manifiestamente infundada (cuestiones fútiles de mera legalidad o peticiones inconsistentes ajenas a la tutela de los derechos fundamentales, por ejemplo).
- Que el Tribunal no haya resuelto casos similares declarándolos improcedentes o infundados.

En cuanto a la legitimidad procesal, ésta le correspondería a los justiciables, a quien se le haya notificado una resolución judicial denegatoria o estimatoria.

IV. CONCLUSIÓN

El estatuto del juez constitucional no puede ser comprendido sólo a través de la norma jurídica en la medida en que la realidad de su funcionamiento es la que le otorga legitimidad a la legalidad de su estatus. Por ello, sin perjuicio de haber presentado los elementos más característicos de la elección del juez constitucional, el número de magistrados y duración en el cargo, los derechos, prerrogativas, deberes, incompatibilidades y responsabilidades, así como las reglas de la vacancia, suspensión, inhabilitación, destitución y el rol de la ética del juez constitucional, no es garantía de una regular actuación si no se toman en consideración dos presupuestos.

Uno, orientado a incorporar las reformas pendientes que garanticen la independencia no sólo formal, sino también material, de la inmunidad por los votos y opiniones de los magistrados constitucionales, en la medida en que no están sujetos a mandato imperativo o a recibir instrucciones, sino a cumplir con la defensa y desarrollo de los mandatos de la Constitución. Asimismo, la sobrecarga de expedientes lleva a pensar en la necesidad de incorporar el *certiorari*, como el instituto procesal selectivo para la admisibili-

lidad de los procesos constitucionales de tutela urgente y subsidiaria de los derechos fundamentales, que tengan realmente un agravio constitucional, y no otro tipo de causas que pueden y deben ser tratados en los tribunales ordinarios.

No obstante lo señalado, no existe mayor garantía del cumplimiento del estatuto normativo y real del magistrado constitucional, lo que valoró el presidente del Tribunal de la Cámara de los Lores y lord canciller, Lynhurst; cuando se le preguntó acerca de quién debería ser un juez, él respondió: “Busco a un caballero, y si conoce un poco sobre leyes, mucho mejor”.⁵⁰

⁵⁰ Shetreet, Shimon, *Judges on Trial, A Study of the Appointment and Accountability on the English Judiciary*, Netherlands, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 293.