

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO**  
**CONSTITUCIONAL**

Reforma Constitucional,  
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013  
Edición Especial

# SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA  
EDICIÓN ESPECIAL 2013

*Reforma Constitucional, Política y Electoral*

---

## PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda ..... 13

## ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

*La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico* ..... 19

José Palomino Manchego

*¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?*..... 35

Francisco Morales Saravia

*La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas*..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

*Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades*..... 81

César Delgado Guembes

*Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?*..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

*La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011*..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

*El control parlamentario de los decretos de urgencia*..... 179

Stephen Haas del Carpio

*La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis*..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova <i>Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades</i> .....	219
Cynthia Vila Ormeño <i>Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación proporcional</i> .....	239

## MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova <i>El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias constitucionales</i> .....	271
Martha Paz <i>La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada. La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"</i> .....	279
Abraham García Chávarri <i>Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales</i> .....	299
Sergio Bobadilla Centurión <i>Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva constitucional</i> .....	311
Paola Brunet Ordoñez Rosales <i>Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana</i> .....	339
Aldo Blume Rocha <i>La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho: El debate respecto a la dificultad contramayoritaria</i> .....	365
Carmen Ortega Chico <i>Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.</i> .....	387

## JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*  
STCE N.º 120/1990 ..... 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*  
STCE N.º 48/2003 ..... 405

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*  
*Demandante: Colegio de Abogados del Cusco*  
*Norma impugnada: Ley N.º 27600*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> ..... 417*
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*  
*Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> ..... 425*

### Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*  
*Demandante: Treinta y un congresistas de la República*  
*Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> ..... 431*
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*  
*Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> ..... 439*

### Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*  
*Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)*  
*Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> ..... 461*

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*  
*Demandante: Más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos*  
*Políticos (LPP)*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> ..... 467*

**Relevante y de actualidad:**

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*  
*Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473*
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*  
*Caso: Frontón*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> ..... 483*
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*  
*Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> ..... 487*
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*  
*Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> ..... 493*

# EL JUEZ COMO GARANTE DE LOS DERECHOS Y EL PAPEL DE LA ÉTICA EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

*«El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que deber ser objeto del cuidado de todos».  
/Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil).*

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVAM

*SUMARIO: Presentación. I. Cómo se entiende la ética desde una perspectiva constitucional. II. La ética en la función judicial. HL A modo de reflexión final: la ética en la esfera personal del juez.*

## PRESENTACIÓN

En este trabajo me propongo examinar la función y el significado que adquiere la dimensión de la ética en la función de la judicatura y en el marco de las democracias constitucionales. La premisa que se perfila afirma que la ética refiere las razones más poderosas de la indemnidad requerida en el quehacer público, es decir, las razones que hacen posible legitimar las decisiones y la actuación de quienes ejercen una función pública.

Una segunda consideración esencial en el enfoque propuesto es que la ética adquiere una relevancia notoria cuando se trata de la función judicial. Los jueces deciden sobre intereses y garantizan los derechos. Sus juicios son legítimos en la medida que se sostienen en una práctica fundamental: la justificación basada en el derecho. Y lo cierto es que la indemnidad ética de los jueces hace posible en gran medida la democracia, pues ésta radica en la necesidad de garantizar los derechos.

En lo que sigue intentaré proponer algunas líneas de argumentación para justificar las dos consideraciones que se postulan.

---

[1] Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Actualmente de licencia para ejercer la función de Presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

## I. CÓMO SE ENTIENDE LA ÉTICA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La pregunta que surge de manera nítida al enfrentar este problema contrasta con las dificultades conceptuales que la idea de la ética trae consigo a lo largo de la historia. Estas dificultades han estado presentes tanto en el pensamiento filosófico como en las teorías jurídicas.

Me propongo alcanzar algunas consideraciones que contribuyan a esclarecer este problema.

Podríamos comenzar por preguntarnos cómo se entiende la ética desde una perspectiva constitucional.

Al respecto, la ética puede ser definida desde mi punto de vista como un esfuerzo que busca justificar racionalmente los actos a partir de valores que son compartidos socialmente, pero que siempre son valorados individualmente. No será extraño que se produzca un conflicto entre ambos puntos de vista, entre la perspectiva individual y la social, pero ésta es la línea que permite construir las razones del actuar correcto; es decir, el actuar ético en contextos específicos.

La ética, es bueno decirlo, se separa aparentemente de la moral que refiere básicamente las prácticas y su consenso en un momento y en una comunidad determinada. Sin embargo, la ética y la moral están en una misma esfera. Ambas se refieren a actos humanos; a las prácticas de los individuos en contextos determinados; es decir, a la toma de decisiones respecto de los intereses y posiciones de individuos o grupos de individuos en la sociedad.

La multiplicidad de intereses y su controversia como testimonio de la diversidad que marca la vida de las sociedades contemporáneas, exigen que ciertos conflictos sean resueltos simplemente en la esfera de la moral, en tanto en otros casos, debido a su complejidad, requieren para su solución de un tipo de respuesta que proviene de estructuras igualmente complejas, y este es el caso del derecho.

Incluso en el contexto de este tipo de estructuras decisionales complejas, como las que se desarrollan en el contexto del Derecho, el conflicto ético está muy presente. Para enfrentarlo se hace indispensable precisar los criterios conceptuales sobre los cuales será posible resolver el conflicto y producir respuestas que sean sostenibles a la luz del ordenamiento jurídico constitucional.

Dos ideas permiten explicar este planteamiento. Ambas se sitúan en la necesaria relación que supone la impartición de justicia entre la ética y el derecho. El punto de referencia en los dos casos es la Constitución:

### **1.1. La ética refiere la justificación de los actos en el sentido de su vinculación con los valores de la Constitución**

En efecto, en una democracia constitucional, la vida social está permanentemente ordenada por los valores que derivan de la Constitución. El ejercicio del poder político, pero también la acción cotidiana del poder entre las personas de a pie, dentro y fuera de los espacios familiares, reclama un dosis de legitimidad. Es decir, razones autónomas que, en los términos de Carlos Santiago Nino[2] son a fin de cuentas, principios morales. En otras palabras, razones que justifiquen la obediencia y la sujeción de los comportamientos en general.

Las razones que permiten decidir sobre la legitimidad de cualquiera de estos supuestos están necesariamente relacionadas con los valores de la Constitución. Éstos son la expresión de acuerdos de orden moral; más aún, reflejan compromisos históricos respecto del modo de ser institucional de cada realidad.

En efecto, las instituciones públicas tanto como las prácticas individuales que hacen posible la convivencia social, la satisfacción de las necesidades y la generación de condiciones para que los individuos puedan buscar su felicidad, son el resultado de estos compromisos históricos que se proyectan a través de los valores de la Constitución.

La ética como justificación de los actos legítimos en una democracia constitucional, es entonces un ejercicio indispensable que busca releer y actualizar las razones que vertebran los valores que forman el plexo constitucional. Estos valores son visibles cuando hablamos de derechos fundamentales, pero están presentes como vigas del diseño institucional de todo el Estado.

No sobra recordar que las normas que integran el derecho son los principios y las reglas. Los primeros se encaman en los derechos fundamentales y los segundos en las definiciones que establecen mandatos que pueden estar en la Constitución o en otras normas. Los principios están profundamente comprometidos con valores del sistema como conjunto. Libertad, igualdad, democracia, honor, intimidad, autonomía, dignidad son valores morales reconocibles como principios en el derecho, son por eso mandatos que sirven para optimizar el ejercicio de los derechos en los casos concretos. Los principios y la carga moral que implican, proveen razones para decidir en los conflictos, en otras palabras, determinan el campo de acción de las reglas jurídicas y permiten establecer razones justificativas para construir la solución de los conflictos.

En este extremo, cuando se debe tomar la decisión, surge la pregunta acerca de la justificación o legitimidad del comportamiento o la acción. En este punto,

---

[2] NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1997. P. 70.

se refleja la exigencia de responder desde la autonomía individual, sobre el sentido de los valores implicados o en conflicto. En este proceso, la reflexión que no puede ser sino de carácter ético, se tiene como coordinadas en última instancia los valores de la Constitución.

Todo lo expuesto permite sostener que en las decisiones sobre asuntos relacionados con derechos y libertades, por ejemplo, el conflicto entre libertad de expresión y el honor, es posible que surja una tensión que deberá ser canalizada en el espacio de los principios jurídicos a través de la ponderación. Sin embargo, esta perspectiva no puede soslayar la existencia de una carga de orden moral que pesa sobre la esfera de lo jurídico. La definición que se produzca al respecto, compromete en forma inevitable la valoración individual del sujeto responsable de la decisión, es por eso una decisión de factura ética. Y no parece sostenible, conforme a lo dicho, que una respuesta ética como la reclamada, se construya ajena a la Constitución política.

Tampoco parece sostenible que una valoración puramente moral, que implique dilemas de carácter ético, en el ámbito de la función pública, pueda evadir una respuesta proveniente de los valores constitucionales. Se afirma de esta manera la tesis de que la ética refiere la justificación de los actos en el sentido de su vinculación con los valores de la Constitución.

## **1.2. La ética tiene una representación vasta y en expansión permanente como la Constitución**

Si la Constitución es entendida más allá de su consideración formal, como un espacio cultural en el que se realizan los derechos y libertades —como ha dicho el profesor Háberle<sup>[3]</sup>—, es posible identificar la relación entre los valores que la conforman y articulan con la perspectiva moral que las comunidades perciben como fundamento de sus vidas cotidianas.

Este enfoque de la Constitución permite ver que la reflexión moral es parte de un proceso histórico de carácter cultural. Los valores morales están previstos para servir de referentes en el tiempo, pero no por encima de la historia. Adquieren sentido y recíprocamente influyen en la realidad. Los valores morales no son entidades metafísicas con existencia absoluta, más bien son acuerdos sobre objetos de la máxima importancia para la sociedad —como ha dicho Alexy<sup>[4]</sup>—, cuyo significado es atribuido en términos culturales, por ello, evoluciona en el tiempo.

---

[3] Véase HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM — PUCP, 2003, pp 3 y sgtes.

[4] ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Ediciones Fontamara, 1993, p. 14 y sgtes.

Este carácter hace posible que la reflexión sobre los derechos constitucionales y la respuesta a los conflictos en los que éstos se encuentren, implique necesariamente apelar a los valores morales que, en términos históricos, permiten justificar racionalmente cualquier decisión en este plano.

Resulta evidente por ello que la definición de quien tiene la responsabilidad de tomar decisiones sobre derechos y libertades responde a determinados valores morales. Valores que están íntimamente relacionados con los principios constitucionales y que, por ello, están siempre abiertos a las demandas de la historia.

La reflexión ética individual para definir una posición respecto de los valores morales en controversia, está comprometida con la dinámica cultural, con su evolución histórica y su significado contextual. Se mueve invariablemente en esta dimensión.

La reflexión ética debe robustecerse si pretende enfrentar los retos y las crisis del devenir histórico, incluso las que se producen en los espacios individuales. Se trata de responder al reto de producir respuestas aptas para que los principios constitucionales mantengan su vigencia en todos los planos de la cultura. Esta es una garantía para la convivencia sobre la base del respeto a la dignidad del ser humano como eje central de los derechos y libertades. Sólo de esta forma será posible asegurar la legitimidad de las instituciones y del derecho en el Estado constitucional.

## II. LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

### 2.1. La ética está reflejada en la posición institucional del juez (independencia e imparcialidad)

Si entendemos la ética como el esfuerzo de justificación racional de las conductas para predicar la legitimidad de las mismas, en el ámbito de la función judicial ésta se verifica con nitidez a través del sentido que adquieren la independencia y la imparcialidad.

#### a) Ética e independencia judicial

La independencia judicial es un principio constitucional propio de la función de adjudicación de derechos a cargo de los jueces. En términos normativos ofrece una textura abierta en su configuración, pues esa es la condición de todo principio jurídico, y de ese modo hace posible su vocación dinámica frente a los valores comprometidos en los casos concretos. A partir de este postulado se identifica el lugar de la ética ya que toda ponderación de valores implica una postura que emerge de la autonomía individual.

La ética está en la base de la independencia. La posición del juez frente al derecho en los casos concretos revela en primer término una definición personal, ética respecto de la responsabilidad pública y también respecto del impacto de las propias decisiones en los casos concretos.

No hay que olvidar que la independencia judicial como principio comporta un mandato para optimizar los derechos ciudadanos. Por esa razón, su identidad radica en vincular los derechos con las adjudicaciones. La independencia supone que las adjudicaciones derivan su legitimidad de su mayor o menor conformidad con el derecho entendido desde una perspectiva argumentativa a partir de los hechos y los valores que esta relación supone.

En consecuencia la función judicial sujeta a parámetros externos o ajenos al derecho, implica una postura individual que revela un tipo de razonamiento injustificado o indebidamente justificado, también desde el plano de la autonomía individual que corresponde al terreno de la reflexión ética.

La vinculación con el derecho y los valores que éste encarna, es la clave que delimita el sentido de la independencia. Por esa misma consideración, la independencia se debilita o desaparece cuando los valores referidos no son debidamente ponderados desde la ética del juzgador.

Esta posibilidad traerá como consecuencia el quebrantamiento del propio deber constitucional y ético del juez respecto de actuar sustraído de cualquier tipo de injerencia externa -influencia política por ejemplo- como coordinada de sus decisiones.

De nada sirven las condiciones materiales (garantías institucionales, tales como la inamovilidad y otras) que inciden en la actuación judicial e incrementan la posible *ratio* de independencia, si es que el juez no es capaz de llevar adelante una reflexión comprometida con los valores constitucionales.

### **b) Ética e imparcialidad judicial**

Así como la reflexión ética resulta indispensable para que el juez actúe con independencia, es decir, para que sus decisiones sólo provengan de su vínculo con el derecho y no de injerencias externas, también resulta indispensable que la valoración ética contribuya a que los juicios respondan al derecho y no se produzcan con interferencias o sesgos injustificados derivados del proceso o las partes.

La reflexión ética cumple un papel central en este plano e incide en la desmitificación de la "neutralidad" judicial, que por lo demás sólo podría ser atribuible desde una visión religiosa o ideológica.

---

[5] Véase sobre el particular GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. — Palestra Editores, 2009, p. 120 y sgtes.

Los jueces deben asumir una posición que responda al derecho que requiere ser garantizado y en ese contexto, su actitud no es neutral, por el contrario, deben mantener una actitud comprometida al extremo de que sus juicios no son necesariamente el punto medio de los intereses en cuestión. Esta perspectiva tiene un fundamento ético relacionado, por cierto, con los valores constitucionales.

## **2.2. La ética y la argumentación judicial**

La ética está presente en el deber del juez a la hora de argumentar: en principio debe argumentar, esto implica una postura ética respecto de la vinculación con los valores en juego.

El Estado constitucional muestra como uno de sus rasgos más significativos el deber de los jueces de argumentar — justificar sus decisiones. Este modelo se justifica a por la necesidad de garantizar los derechos y proscribir la arbitrariedad. En consecuencia, estamos frente a un sistema institucional que exige la formulación de razones para definir el sentido de los derechos y las libertades.

Está claro que los valores comprometidos en este espacio refieren un contenido moral y en esa medida, pueden requerir de un compromiso ético en su definición. No parece sostenible la idea de desarrollar un esquema válido de argumentación sobre asuntos de índole moral y constitucional, que no cuente con una postura ética definida y orientada por los valores que sostienen el ejercicio de la función judicial<sup>[6]</sup>.

### III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL:

#### LA ÉTICA EN LA ESFERA PERSONAL DEL JUEZ

Por encima de los códigos e instrumentos normativos sobre deontología y ética profesional, la figura del juez no puede ser escindida. No creemos que se pueda separar la ética en la función judicial de la ética personal, pues se trata de una unidad: la reflexión individual en pos de justificar racionalmente la legitimidad de los actos. El juez, como persona, no puede desprenderse de este rasgo esencial de la condición humana.

Sin embargo, es verdad que la reflexión ética tiene que ser contextual y en ese sentido deberá perfilarse como apta para definir las diversas elecciones que el juez, en tanto ser humano, puede asumir.

También es verdad que el juez como persona lleva sobre sí un encargo trascendente en el ordenamiento de una democracia constitucional. Los jueces

---

[6] DWORCKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel Editorial, 1989, p. 303.

garantizan los derechos y éstos son la razón más importante de la democracia. Por lo tanto, ser juez implica ostentar una posición carácter político y al mismo tiempo un compromiso ético como garante de los valores que la democracia supone.

Quien ostente el título de juez tiene una responsabilidad que marca su comportamiento en la vida social, incluso en sus actos personales. No se trata de una vinculación con parámetros moralistas o prejuicios. Se trata más bien de un férreo y personal compromiso con el significado que la función judicial encarna en la democracia constitucional.

Este compromiso ético supone obrar con consciencia de las implicancias de sus actos personales. El descrédito de la persona no sólo afecta al sujeto, trasciende y afecta la legitimidad e indemnidad del sistema judicial y la democracia como un todo. Ahí radica la trascendencia del razonamiento práctico de orden ético en la democracia contemporánea y en el Estado constitucional.

Santiago de Surco, 25 de septiembre de 2013.