

# *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

## **LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO**

Juan José Linares San Román

1. La Arbitrariedad. 1.1 Concepto. 1.2 Características. 1.3 Evolución del concepto en el Estado moderno. 1.4 Vigencia de la arbitrariedad en el Perú.
2. Oposición entre Derecho y Arbitrariedad. 2.1 Distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. 2.2 Diferencia con la injusticia.
3. Aplicación práctica. 3.1 El Caso de los magistrados del Tribunal Constitucional. 3.1.1 Los Hechos. 3.1.2 Comentario. 3.2 El Caso de la ratificación de magistrados. 3.2.1 Los Hechos. 3.2.2 Comentario.
4. Responsabilidad de los autores de actos arbitrarios

## 1. La Arbitrariedad

### 1.1 Concepto

El jurista RUDOLF STAMMLER establece la distinción entre los dictados jurídicos y los dictados arbitrarios, cuando afirma que: “El concepto de *inviolabilidad*, que separa a los dictados jurídicos de los arbitrarios, excluye la posibilidad de caprichos subjetivos *en cada caso concreto*. Lo opuesto a este concepto es el de la modalidad *permanente* de la vinculación, que no quiere decir, claro es, que el contenido del orden jurídico no pueda cambiar en cuanto a sus normas concretas, como cambia incesantemente en la Historia, pero siempre en el sentido formal de que el Derecho que en un momento dado rija no puede quedar sin efecto por un simple capricho personal”.<sup>1</sup>

Esta distinción es utilizada por otros juristas para la construcción del concepto de arbitrariedad, de esta manera el maestro RECASENS SICHES refiere lo siguiente: “...se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órganos del poder público”. En consecuencia, “...la arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la substituya”<sup>2</sup>.

Por su parte PINEDA URRUTIA define al acto arbitrario “...como un hecho cometido por los órganos del Estado o del poder (o sus representantes) violándose las atribuciones específicamente conferidas por la ley,

---

<sup>1</sup> STAMMLER, Rudolf...Tratado de Filosofía del Derecho. 1º Edición. Editorial Reus. Madrid. 1930, p. 116.

<sup>2</sup> RECASENS SICHES, Luis...Tratado General de Filosofía del Derecho. 2º Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1961, p. 213- 215

## “LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”

Juan José Linares San Román

expresándose como fuerza irresistible ante la imposibilidad de utilizar recursos legales en su contra, como consecuencia de la desnaturalización jurídica del acto para el cual tiene competencia el poder o el órgano”<sup>3</sup>.

Asimismo, LEGAZ y LACAMBRA precisa que “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir, por el *poder público* y sus distintos órganos”<sup>4</sup>.

De las citas transcritas se puede apreciar que la arbitrariedad es la antítesis del Derecho, pues no sólo materializa una decisión subjetiva que lo transgrede al inobservar sus normas o principios generales vigentes, esto es, que es antijurídica, sino que al provenir del Estado o de los órganos de éste, conlleva una repudiable imposición.

Nos encontramos pues ante un accionar que deslegitima a los detentadores temporales del poder, y que socava la institucionalidad en un régimen democrático. Por ello es que la doctrina ha elaborado el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual según LUIGI FERRAJOLI “se configura como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y por consiguiente, minimizar el poder”<sup>5</sup>.

### 1.2 Características

De acuerdo con PINEDA URRUTIA los actos arbitrarios tienen las siguientes características:

---

<sup>3</sup> PINEDA URRUTIA, Mario...Arbitrariedad y Derecho. Cuaderno de Trabajo N° 10. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUS - Facultad de Derecho. Maracaibo. 1975, p. 7.

<sup>4</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis...Filosofía del Derecho. Bosch. Barcelona. 1953. p. 492.

<sup>5</sup> Citado en la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP de fecha 28 de noviembre de 2002 mediante la cual la Defensoría del Pueblo formula recomendaciones al Congreso de la República y exhortaciones al Consejo Nacional de la Magistratura referidas a procesos de ratificación de magistrados. Publicada en el diario Oficial “El Peruano”, edición del 30 de noviembre de 2002, p. 234258.

*“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

- a) Es el hecho cometido por un funcionario público u órgano del Estado.
- b) Se expresa como violación de las atribuciones legales del órgano.
- c) Carece de juridicidad como consecuencia de la desnaturalización de las normas legales.
- d) Es irrecurrible o inapelable<sup>6</sup>.

Resulta importante precisar que para el Derecho los actos arbitrarios deben ser cometidos por funcionarios públicos, en tanto los órganos del Estado se encuentran conformados y dirigidos por los primeros.

De esta manera, las acciones arbitrarias que pudieran llevarse a cabo en relaciones privadas no se encuentran encuadradas en el tipo de arbitrariedad que estudiamos, en todo caso, los afectados podrán recurrir a los órganos estatales competentes para solicitar la extinción de dichas acciones.

Sobre la violación de las atribuciones legales del funcionario público u órgano estatal, se percibe que se debe contrastar la actuación de los mismos con las normas y principios vigentes, partiendo de un examen constitucional, es decir, la contrastación no debe circunscribirse estrictamente al plano legal, de esta manera se podrá verificar si se ha producido un excesivo uso de las atribuciones conferidas al funcionario público u órgano estatal que transgrede el Derecho vigente, dicho exceso viene a ser una excepción a lo regularmente admitido por el ordenamiento jurídico, y no tiene por lo tanto mayor sustento que la voluntad del trasgresor, lo que también se califica como mero capricho.

---

<sup>6</sup> Ob. Cit., p. 8

## “LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”

Juan José Linares San Román

En relación a la ausencia de juridicidad que padece el acto arbitrario, se concluye que es la consecuencia de la anterior característica, ello implica la negación del Derecho, como reza el título del presente trabajo.

Merece un absoluto rechazo que intencionalmente se desnaturalicen las normas jurídicas para perpetrar actos abusivos, prepotentes i.e. arbitrarios que pervierten la finalidad para del derecho que sustenta las mencionadas normas.

El viejo dicho *hecha la ley, hecha la trampa*, que describe la repudiable actuación de ciertos operadores del Derecho para desnaturalizar la norma, implica la comisión de un acto arbitrario; se aprecia entonces hasta que punto se encuentra arraigada esta condenable conducta en nuestro ámbito jurídico.

Finalmente, debe precisarse que debe considerarse inicialmente el acto arbitrario como irrecurrible o inapelable, esto es, no hay que renunciar la posibilidad de lograr la reversión de la arbitrariedad, pues si se concibe que el Derecho aspira al valor justicia, se debe ubicar al interior del ordenamiento jurídico respectivo las herramientas que permitan dejar sin efecto el acto arbitrario, ello pasa por efectuar una interpretación sistemática y *pro homine* de las normas vinculadas a cada caso.

Obviamente la impugnación y subsecuente supresión de actos arbitrarios no es tarea fácil, ya que solamente resultará factible en regímenes democráticos, o que se encuentren en vías de pretenderlo y serlo, como ocurre en nuestro país.

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

De encontrarnos ante una dictadura como la impuesta por los nacionalsocialistas en Alemania<sup>7</sup>, la posibilidad de revocar los actos arbitrarios requiere necesariamente el derrocamiento del régimen dictatorial. Esta aseveración es confirmada en el contexto del Caso de los magistrados del Tribunal Constitucional.

### **1.3 Evolución de la eliminación de la arbitrariedad en el Estado moderno**

LEGAZ y LACAMBRA<sup>8</sup> establece el inicio de esta evolución como una consecuencia de la Revolución Francesa (1789), de esta manera precisa que la ideología revolucionaria proclamaba también la seguridad y el orden, eliminando toda posible arbitrariedad. De esta manera este jurista percibe tres etapas para la mencionada evolución: La primera consistente en la lucha en el terreno del arbitrio judicial, preconizando que el juez no debía tener arbitrio libre para la aplicación de las penas, y menos aún si las mismas no se hallaban previstas en la ley, por ende su misión exclusiva era aplicar la ley de un modo estricto, ello debido al abuso en que incurrieron las monarquías absolutas que no admitían una aplicación uniforme de la ley, o la igualdad de las personas ante la misma.

Por esta razón se constituye la escuela exegética, en la cual el Juez era “la boca de la ley”, pues se temía que si se reconocía a los magistrados la facultad de interpretar la ley, se regresaría al tipo de justicia inicua

---

<sup>7</sup> Al respecto Gustav Radbruch, refiriéndose al régimen nazi, señala: “No puede dejar de reconocer, precisamente después de las experiencias de esos doce años, qué terribles peligros para la seguridad jurídica puede aparejar el concepto de arbitrariedad legal y el negar naturaleza jurídica a las leyes positivas. Debemos esperar que tal arbitrariedad quede como un irrepetible extravío y confusión del pueblo alemán... En “Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal”, Abeledo - Perrot, publicado en el N° 5 (Agosto 146) del “Süddeutsche Juristen Zeitung”. Impreso en Argentina.

<sup>8</sup> Ob. Cit., p. 502-522

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

vigente durante la monarquía absoluta. Esta propuesta ha sido superada en la actualidad, pues existe consenso en que se requiere de jueces pensantes, con criterio, que en determinados casos innoven vía interpretación el Derecho, sin llegar a los excesos de la libertad absoluta ni del aventurerismo, como aconteció con jueces sometidos a gobiernos totalitarios del pasado<sup>9</sup>.

La segunda etapa incluye el ámbito de la administración a través de la instauración de una justicia administrativa o control jurisdiccional de los actos administrativos, en tanto que se reconoce que toda actividad estatal debe estar revestida de juridicidad, surge la consecuencia de someter a examen judicial la actividad administrativa, que al apartarse del Derecho, viola su fin, abusa de su poder y daña al particular.

El control de la administración es una tarea necesaria en la actualidad, los administrados continuamente interactúan con los órganos de la administración pública, y lamentablemente, no pocas veces, se cometen actos arbitrarios, que sólo pueden ser anulados en sede judicial.

El aparato administrativo en nuestro país es frondoso y se requiere una permanente vigilancia sobre las facultades que se le otorgan, y con mayor incidencia sobre la forma en que se ejercen dichas facultades. Debe precisarse que este control debe ser más eficaz, como se explica más adelante. La tercera etapa conlleva la instauración de una justicia constitucional y la posibilidad de un control jurisdiccional de las leyes.

---

<sup>9</sup> Esta es la crítica que se formula a la Escuela del Derecho Libre que propugna superar la dogmática, el positivismo jurídico la doctrina normativista, por ello preconiza la libre investigación jurídica, sin embargo se considera que llevar esta posición a extremos se caer en una concepción totalitaria.

## **“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”**

*Juan José Linares San Román*

Este aporte es de creación de la judicatura estadounidense, a partir del celebre Caso *Marbury vs Madison*, se estableció la primacía de la Constitución sobre toda otra norma del ordenamiento jurídico, de tal manera que si alguna de ellas colisiona con la primera, se descarta su aplicación. El control jurisdiccional de las leyes también tiene plena vigencia en nuestro país. En la Constitución de 1993 se ha diseñado un sistema mixto, que admite la intervención del Tribunal Constitucional (control concentrado) y del Poder Judicial (control difuso). Este control no se ha ejercido adecuadamente y requiere de mecanismos que le otorguen mayor eficacia en nuestro medio.

Se percibe entonces como la arbitrariedad ha sido invariablemente combatida en el ámbito de las tres funciones que tiene todo Estado moderno: En el Poder Judicial, luego en el Ejecutivo y finalmente en el Legislativo. En nuestro país existen normas que limitan las atribuciones de cada poder del Estado, en el marco de la Constitución, que en su parte principista e ideológica establece los derechos fundamentales que protegen a la persona frente a los abusos estatales.

Sin embargo, al examinar la realidad nacional se constata que el poder no es controlado adecuadamente, lo que implica que continuamente se cometan actos arbitrarios, como se explica a continuación.

### **1.4 Vigencia de la arbitrariedad en el Perú.**

Lamentablemente, la arbitrariedad es una práctica común en nuestro país, tanto en gobiernos de facto como en gobiernos elegidos democráticamente, y no sólo se configura en los más altos niveles estatales, sino que se exhibe en todo el ámbito público, como son los órganos constitucionalmente autónomos, las regiones y los municipios. Su explicación pasa por realizar un estudio sociológico que parta desde

*“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

el inicio de la República, el cual por su envergadura y entidad no es objeto del presente trabajo.

Usualmente, la comisión de actos arbitrarios se pretende justificar bajo el supuesto que el funcionario público que ocupa un cargo se encuentra ejerciendo las facultades que le otorga la ley, o hace un uso de las atribuciones inherentes al cargo que ocupa.

De esta manera, se emplea un paraguas legal para cubrir los atropellos contra los derechos de los ciudadanos. Lo que debe relevarse en estos casos es que al cuestionarse un acto arbitrario, el afectado se esta refiriendo a la manera abusiva, caprichosa e irregular como el infractor ejerce su función, y no al ejercicio de sus atribuciones. El desempeño de un cargo público no califica para la comisión de atropellos, el poder tiene que ejercerse conforme a nuestro ordenamiento jurídico, de lo contrario, la arbitrariedad, la negación del Derecho, llevará a la incertidumbre, la inseguridad jurídica y finalmente al caos de la sociedad.

La erradicación de la arbitrariedad, esto es, que la misma se reduzca a casos excepcionales, implica la constitución de un real y autentico Estado de Derecho, el cual tiene que construirse progresivamente. Por ello resulta importante que los ciudadanos se acostumbren a ejercer sus derechos frente a actos arbitrarios de la organización estatal, y que a consecuencia de dichas acciones, cuando corresponda, se determinen responsabilidades y se impongan sanciones ejemplificadoras a los funcionarios públicos o personas que ocupen cargos estatales que hayan cometido actos arbitrarios, sin perjuicio del resarcimiento económico que deban asumir por los daños causados por su abusiva actuación. De

otro lado, se constata que la arbitrariedad en nuestro país es expresión de la corrupción, es usual que se desnaturalicen las normas, que se niegue el Derecho, para posibilitar la comisión de actos corruptos. En consecuencia, una de las lacras de nuestra sociedad, la corrupción, también será combatida si se reduce la arbitrariedad. De ahí la importancia del tema.

## **2. Oposición entre Derecho y Arbitrariedad**

### **2.1 Distinción entre lo discrecional y lo arbitrario**

RECASENS SICHES expresa que: “En lo arbitrario se da un puro capricho, que no responde a ninguna regla ni principio general. Por el contrario, el poder discrecional de muchos órganos del Derecho - jueces, gobernantes, etc.- está sometido a normas tan inviolables como las reglas taxativamente determinadas”, agregando; “...en los casos de facultades discrecionales, el poder no tiene prefijada su decisión por un previo precepto detallado, sino que ante cada una de las situaciones sometidas a su jurisdicción debe determinar el precepto más justo y adecuado; pero debe hacerlo, de ninguna manera por capricho singular, antes bien ateniéndose a directrices y criterios objetivos, que son los mismos que deben ser aplicados a todos los demás casos análogos que se presenten” <sup>10</sup>.

La delimitación entre lo discrecional y lo arbitrario no es percibida por muchas personas que ejercen poder en nuestra sociedad, es usual que se pretenda revestir de juridicidad a una elevada cantidad de actos arbitrarios, afirmando que la autoridad respectiva “ha actuado en uso de

---

<sup>10</sup> Ob. Cit., p. 216,217.

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

la facultad discrecional que la ley le otorga”. En algunos de estos casos se confunde lo que es un criterio personal y subjetivo con el criterio discrecional enmarcado por el Derecho. En otros de estos casos se actúa con pleno conocimiento de la transgresión legal que implica el acto arbitrario, pero se recurre a la figura de la discrecionalidad para arrojarse respecto a los cuestionamientos que formule el afectado.

Si bien es cierto que la mayoría de los funcionarios públicos o detentadores del poder no necesariamente tienen la formación jurídica para distinguir entre lo discrecional y lo arbitrario, también lo es que el tema pasa por una cuestión de sentido común, y además porque en las instituciones públicas regularmente se cuenta con un área de asesoría legal, por lo tanto, no hay excusas frente al uso indebido de la facultad discrecional.

### **2.2 Diferencia con la injusticia**

LEGAZ y LACAMBRA enuncia que: “La arbitrariedad no ha de confundirse con la injusticia. El Derecho puede ser injusto, pero no puede ser arbitrario...Pues la justicia exige, por su misma esencia, la proporcionalidad e igualdad y, por tanto, la norma o medida general, que es cabalmente lo contrario a la arbitrariedad”<sup>11</sup>. Por su parte RECASENS SICHES precisa que: “Arbitrario no significa lo mismo que injusto. La calificación de justicia o de injusticia se predica de los contenidos de un precepto; constituye un juicio estimativo (a la luz de unos valores) sobre lo que precepto dispone....cabe que haya Derecho logrado, esto es, Derecho justo, y Derecho malogrado, este Derecho

---

<sup>11</sup> Ob. Cit., p. 494, 495.

## “LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”

Juan José Linares San Román

injusto, pero Derecho al fin y al cabo (aunque fracasado a la luz de los valores), en cuanto se distingue de aquello que no lo es, es decir, en cuanto se diferencia de otros imperativos no jurídicos (entre los cuales figuran los mandatos arbitrarios)<sup>12</sup>.

El viejo aforismo *Dura lex sed lex* nos revela que muchas veces el Derecho es injusto en su aplicación a un caso concreto. Las leyes, que son la expresión más común del Derecho en la actualidad, padecen de defectos cuando no de contenidos subalternos, esto es, que han sido promulgadas no en función del bien común sino en beneficio particular. Sin embargo, las deficiencias de las leyes no anulan la regularidad y estabilidad en su aplicación, en tanto no son sustituidas por otras, de esta manera cualquier persona sabe a que atenerse de encontrarse en una situación prevista por la ley defectuosa o injusta, lo que no ocurre con la arbitrariedad, ya que en la misma no existe referente alguno, salvo el capricho del funcionario público o detentador temporal del poder, lo que conlleva una absoluta inseguridad para las personas. La injusticia que conlleva la aplicación de una norma debe ser combatida utilizando las herramientas del sistema legal, para ello se planteará su modificación o derogación ante el órgano estatal competente. En cambio, el combate de la arbitrariedad resulta ser más complicado, pues la decisión tiene un aparente revestimiento de legalidad, y la decisión es usualmente irrecurrible. Se necesita entonces formular propuestas para cambiar esta situación, algunas de éstas se formulan en la parte final del presente trabajo.

---

<sup>12</sup> Ob. Cit., p. 214

### 3. Aplicación práctica

#### 3.1 El Caso de los magistrados del Tribunal Constitucional

##### 3.1.1 Los Hechos

El ingeniero Alberto Kenya Fujimori Fujimori fue elegido Presidente de la República el año 1990 bajo la vigencia de la Constitución de 1979, la cual prohibía la reelección presidencial inmediata<sup>13</sup>. El año 1993 entró en vigencia la actual Constitución, que a diferencia de la anterior si permite la reelección presidencial inmediata<sup>14</sup>. Bajo el amparo de esta carta magna el ingeniero Fujimori fue reelegido Presidente el año 1995. Posteriormente, el 23 de agosto de 1996, el Congreso, en el cual el partido gobiernista tenía una holgada mayoría, aprobó una “Ley de Interpretación Auténtica” del artículo 112 de la Constitución de 1993, para validar lo que se conoció como la “re-reelección” de Fujimori, pues mediante esta norma se “interpretaba” que este último podía postular nuevamente a la presidencia de la República en las elecciones generales del año 2000, ya que no había sido reelegido bajo la vigencia de la Constitución de 1993, de esta manera se desconoció la realidad, esto es, que Fujimori ya había sido reelegido en una oportunidad y por lo tanto se encontraba incapacitado para postular en las elecciones del año 2000.

El Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la “Ley de Interpretación Auténtica”, al resolver esta causa tres magistrados del Tribunal Constitucional, los doctores Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Mársano declararon que la mencionada Ley resultaba inaplicable para el ingeniero Fujimori, quien

---

<sup>13</sup> Constitución de 1979. Artículo 205.- El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección debe haber transcurrido un período presidencial.

<sup>14</sup> Constitución de 1993. Artículo 112.- El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex Presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

por ende se encontraba incapacitado para postular a la presidencia en las elecciones del año 2000. A consecuencia de este fallo, el 29 de mayo de 1997, el Congreso destituyó a los mencionados magistrados por "infracción a la Constitución". Los afectados luego de agotar la vía interna ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, recurrieron a la jurisdicción internacional, por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de 31 de enero de 2001, declaró que se habían transgredido derechos fundamentales de los peticionarios (afectados) y dispuso el pago de reparaciones dinerarias, aunque no ordenó la reposición en sus cargos. Finalmente, el gobierno de transición del Presidente Valentín Paniagua dispuso la reincorporación de los referidos magistrados al Tribunal Constitucional.

### **3.1.2 Comentario**

La destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional fue acto arbitrario, pues en la misma se perciben claramente las características de la arbitrariedad que se han mencionado anteriormente. De esta manera, en primer lugar, se verifica que la referida destitución fue decretada por un órgano del Estado, como es el Congreso de la República, cuya mayoría gobiernista, ejerciendo abusivamente las facultades que la Constitución le reconoce, perpetró un acto de represalia contra los magistrados que fallaron en contra de la reelección del Presidente Fujimori.

En segundo lugar, el Congreso violó las atribuciones que le reconocen los artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993, pues se acusó y luego se destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional por "infracción a la Constitución", lo cual no existió, de acuerdo a los hechos narrados anteriormente, de esta forma, se desconoció que el Tribunal

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

Constitucional gozaba de autonomía, y que la emisión de sus fallos debían respetarse.

En tercer lugar, la destitución de los magistrados carecía de juridicidad, puesto que abiertamente se desnaturalizaron las normas constitucionales referidas a dicha materia.

En cuarto lugar, la destitución de los magistrados era un acto irrecurrible o inapelable, esto se verifica del hecho que las acciones de garantía interpuestas por los magistrados no fueron amparadas en el ámbito interno, ni por el Poder Judicial ni por el propio Tribunal Constitucional, incluso la mencionada sentencia de fecha 31 de enero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no dispuso la reincorporación de los magistrados, tuvo que acontecer un hecho extraordinario, como fue la instauración de un gobierno de transición, a consecuencia de la renuncia de Fujimori, para que finalmente se dispusiera la reincorporación de los magistrados. Esto demuestra palmariamente lo difícil que resulta anular un acto arbitrario proveniente del más alto nivel estatal.

Este caso, llevó a extremos absolutos el sempiterno sometimiento de la mayoría de los órganos jurisdiccionales al poder político, la destitución de magistrados del más alto nivel constituyó un claro mensaje para los magistrados del Poder Judicial, quienes estaban notificados de lo que podía ocurrirles si fallaban en contra del gobierno.

De esta manera se consagraba la arbitrariedad en nuestro sistema judicial, pues salvo las áreas que no interesaban al gobierno, y de honrosas excepciones en las áreas que si eran de su interés (derecho público, tráfico ilícito de drogas, delitos tributarios), se verificó un

## “LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”

Juan José Linares San Román

control del aparato judicial, de tal manera que las causas en las áreas de interés del gobierno no se resolvían de acuerdo a ley, sino en función a lo que el gobierno decidiera.

### 3.2 El Caso de la ratificación de magistrados

#### 3.2.1 Los Hechos

A partir del año 2001, el Consejo Nacional de la Magistratura llevó a cabo continuos procedimientos de ratificación de magistrados, de esta forma se separó a un considerable número de jueces y fiscales mediante resoluciones administrativas que carecían de motivación o fundamentación, es decir, no se señalan las razones por las cuales se opta por la no ratificación de los magistrados.

Los afectados interpusieron acciones de garantía ante el Poder Judicial, las que han en su mayoría fueron rechazadas; igualmente el Tribunal Constitucional al resolver el Caso Almenara Bryson, mediante sentencia de fecha 27 de enero de 2003, el que constituye el *leading case* en este tema, desestimó las peticiones de los magistrados cesados por considerar que la ratificación de los magistrados se realiza mediante un “voto de confianza” de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, y por ende no se requiere de motivación en las resoluciones respectivas.

Finalmente, más de cien de los magistrados afectados recurrieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado peruano por la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al honor, entre otros. En el procedimiento respectivo se llegó a suscribir acuerdos de solución amistosa entre el Estado peruano y los magistrados no ratificados, los mismos que ha sido

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

homologados por dicha Comisión. Lo relevante de estos acuerdos es que el Estado peruano reconoce su responsabilidad por violación del derecho al debido proceso de los magistrados afectados, se compromete a su reposición, pago de costas y a llevar a cabo un nuevo procedimiento de ratificación con las garantías del debido proceso. Estos acuerdos se han implementado a partir del año 2006, lo que implica que los magistrados afectados estuvieron entre tres y cuatro años apartados de sus cargos, sin percibir remuneraciones, y sufriendo daños adicionales a su imagen y proyecto de vida.

Finalmente, debe señalarse que existe un generalizado consenso para abolir la figura de la ratificación, pues su aplicación ha conllevado la comisión de actos arbitrarios, por ello se ha planteado su supresión en la propuesta de reforma constitucional.

### **3.2.2 Comentario**

En este caso también se aprecia la existencia de las características de la arbitrariedad como negación del Derecho. En primer lugar, hay un órgano del Estado, el Consejo Nacional de la Magistratura, que es el autor de las no ratificaciones inmotivadas de los magistrados. En segundo lugar, se verifica la violación de las atribuciones legales de dicho órgano, el cual para justificar la separación inmotivada de magistrados sostiene que el artículo 154 (2) de la Constitución de 1993 no dispone que las ratificaciones o las no ratificaciones deban ser motivadas, lo que si debe ocurrir en el caso de la destitución de los magistrados, por lo que la motivación es lo que diferencia a ambas causales de separación.

## *“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

Este argumento se elabora en base una interpretación literal de la norma, soslayándose que es indispensable una interpretación sistemática de la Constitución, la cual permite concluir que todo procedimiento que afecte derechos constitucionales debe reunir las garantías del debido proceso, entre ellas la motivación de las resoluciones, tanto más si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido este criterio como refiere la autora SALADO OSUNA<sup>15</sup>.

De otro lado, resulta inadmisibile el argumento del Tribunal Constitucional al resolver el Caso Almenara Bryson, pues de acuerdo a la doctrina jurídica y a los referentes legislativo nacionales, el voto de confianza es de aplicación a las personas que desempeñan cargos de confianza, lo que coloquialmente se conoce como una designación “a dedo”, y no a los magistrados, quienes ocuparon sus plazas después de ganar un concurso público.

La posición del Consejo Nacional de la Magistratura ha sido rechazada por la mayoría de juristas nacionales, personalidades públicas y medios de prensa, tan es así que en el actual Presidente del Congreso, doctor Antero Flores Araoz, recientemente ha declarado que el sistema de ratificación del Consejo Nacional de la Magistratura “es digno del medioevo y de la inquisición”, ya que “No puede ser que en un sistema moderno la gente no sepa por qué la botan de un cargo público, que no

---

<sup>15</sup> SALADO OSUNA, Ana...Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, Perú. 2004. p.325-327. Esta autora señala que: “En los casos Tribunal Constitucional y Ivcher Bronstein la Corte sostuvo que el conjunto de tales requisitos (garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos) deben observarse en las instancias procesales no judiciales a efectos “de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanad del Estado que pueda afectar sus derechos”...Sostuvo asimismo que “tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tiene el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” ”.

*“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*  
*Juan José Linares San Román*

se puedan defender, que no haya el principio de la doble instancia, que todo sea a escondidas”<sup>16</sup>.

En tercer lugar, se constata que las resoluciones administrativas del Consejo Nacional de la Magistratura carecen de juridicidad, pues se han desnaturalizado la norma constitucional precitada. En cuarto lugar, se verifica también que las decisiones de no ratificación de magistrados son irrecurribles, aunque se debe rescatar el hecho que el Tribunal Constitucional al resolver el Caso Gonzáles Rios declaró que si podían revisarse las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados si se denuncia una transgresión de derechos constitucional, lamentablemente en los casos de no ratificaciones inmotivadas sólo admitió la procedencia de las demandas, pero no las amparo al resolver el fondo.

A diferencia que el anterior, este caso se encuentra en trámite, asimismo, la arbitrariedad se cometió en un régimen democrático y no autoritario como lo fue el del ingeniero Fujimori, lo cual resulta ciertamente preocupante. La actuación del Consejo Nacional de la Magistratura trasciende el tema del presente trabajo, ya que de por medio está la idoneidad del diseño constitucional para el nombramiento, ratificación y destitución de magistrados, por lo tanto debe evaluarse la composición y facultades de este órgano, de lo contrario continuará siendo calificado como una “institución mediocre y corrupta”<sup>17</sup>. Existe entonces la esperanza que se plasme la reforma de esta institución para evitar que se sigan perpetrando arbitrariedades como las descritas.

---

<sup>16</sup> Declaraciones publicadas por el diario EL PERUANO. Edición de fecha 08 de junio de 2005, p.4.

<sup>17</sup> ALVAREZ RODRICH, Augusto ....Opinión del Director: Carnaval de intereses en diario PERU 21, edición de 8 de junio de 2005, p. 2

#### 4. Responsabilidad de los autores de actos arbitrarios

En el punto 1 del presente trabajo se ha mencionado la necesidad de que se determinen responsabilidades y se impongan sanciones ejemplificadoras a los funcionarios públicos o personas que ocupen cargos estatales que hayan cometido actos arbitrarios. Ello porque en la actualidad se aprecia una carencia de mecanismos eficaces que permitan dicha tarea, la cual posibilitará, junto a otras, la eliminación de la arbitrariedad como un práctica común de los detentadores temporales del poder.

Los casos expuestos nos permiten confirmar esta afirmación, así tenemos que, los congresistas que votaron la separación de los magistrados del Tribunal Constitucional no han merecido sanción alguna por la arbitrariedad cometida, tanto más, si el Estado se ha visto obligado a abonar elevadas indemnizaciones a los referidos magistrados para reparar los daños que sufrieron.

Asimismo, en el caso de la ratificación de magistrados no se vislumbra responsabilidad alguna para los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, ya sea en caso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelva la reposición de los magistrados y el pago de indemnizaciones por los perjuicios sufridos, o bajo el supuesto que el Estado y los magistrados cesados acuerden una solución amistosa, en la que también se contempla la reincorporación y el abono de montos dinerarios.

La situación descrita debe cambiar, no sólo para coadyuvar a la erradicación de la arbitrariedad como práctica común de los funcionarios públicos, y con ello contribuir a la consolidación de un Estado de Derecho en nuestro país, sino también para proteger los recursos fiscales, pues no es justo que el

*“LA ARBITRARIEDAD COMO NEGACIÓN DEL DERECHO”*

*Juan José Linares San Román*

Estado deba pagar cuantiosas indemnizaciones por las arbitrariedades cometidas por personas que ocupan cargos públicos.

En esta perspectiva, se podría legislar a fin que, a futuro, las personas que incurrir en la comisión de este tipo de actos, cuya responsabilidad haya sido previamente determinada en sede jurisdiccional con las garantías del debido proceso, ya sea nacional o internacional, queden inhabilitados para ejercer cargos públicos por un período no menor de 10 años.

Asimismo, que el Estado debería repetir contra los autores de los actos arbitrarios el pago de los montos de las indemnizaciones que se viera obligado a abonar a los afectados por mandato judicial, nacional o internacional.

De esta forma que se protegerían los recursos fiscales, ya que resulta inadmisibles que los mismos se tengan que utilizar para abonar cuantiosas indemnizaciones derivadas de la comisión de actos arbitrarios, en lugar de utilizarlos en las urgentísimas necesidades que tiene el país en salud, educación, vivienda, infraestructura, etc. Estas propuestas se encuentran dirigidas a desterrar la práctica del “borrón y cuenta nueva” en el ámbito estatal, el país jamás podrá consolidar un sistema democrático si la impunidad campea respecto a la comisión de actos arbitrarios.