

Tribunal Constitucional del Perú

Mesa Redonda

1. **ACTIVIDAD ACTUAL DEL TC.- ¿Cómo califica la labor actual del Tribunal Constitucional en términos de consolidación del Estado Constitucional de Derecho y de arraigo de los derechos fundamentales? Se han hablado de diferentes etapas del Tribunal Constitucional. Entre ellas se citan las de surgimiento (en los primeros años), de cautiverio (después de la destitución de los tres magistrados por Fujimori), y en los últimos años de una marcada etapa de activismo. ¿Considera que hoy seguimos en una etapa de activismo o más bien, como señala el profesor Domingo García Belaunde, entramos a una etapa de modulación del Tribunal?**

Javier Alva Orlandini: El Tribunal Constitucional –creado por la actual Constitución en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales, disuelto el 5 de abril de 1992- inició sus actividades en junio de 1996 y fue mutilado en mayo de 1997 al ser destituidos 3 de los 7 magistrados. A partir de entonces –hasta diciembre de 2000, en que fueron restituidos los 3 magistrados- se limitó a resolver las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data). Estuvo, pues, cautivo –y servil- durante más de tres años.

El Tribunal Constitucional asume plenamente sus atribuciones a partir del 10 de junio de 2002 cuando se incorporan cuatro magistrados que, junto a los tres reincorporados 18 meses antes, actúan con sujeción a la Constitución, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al ordenamiento jurídico de la Nación.

El Pleno del TC respaldó mi iniciativa para crear dos salas que resolvieran los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, iniciados ante los jueces respectivos. La ley respectiva permitió que a partir del 4 de noviembre de 2002 funcionaran las salas, integradas cada una por tres magistrados.

La labor del Tribunal fue más intensa. En tanto que durante 2001 se dictaron algo más de 700 sentencias, en los años siguientes la carga procesal se incrementó hasta 15 veces.

Las audiencias del Tribunal se descentralizaron a partir de 2003. No hubo una sola Región que no fuera sede constitucional. El año 2005 se realizaron 119 audiencias en 102 Provincias, incluyendo el alejado Distrito de Juan Guerra, en la Provincia de Requena.

Es menester destacar que las remuneraciones de los magistrados del TC fueron rebajadas desde octubre de 2006 y que el desplazamiento de los

magistrados por el país no irrogó gasto alguno al Estado.

El activismo del Tribunal Constitucional no es sino expresión de la autonomía con la que debe ejercer, plenamente, sus atribuciones de máximo intérprete de la Constitución. De un período de sometimiento al Poder Político el Tribunal ha pasado a un período de plenitud de independencia.

Enrique Bernal Ballesteros: El sistema de control concentrado es nuevo en el Perú. Lo introdujo la Constitución de 1979 y es natural que en su proceso de adaptación haya pasado por varias etapas que han contribuido a mejorar su perfil y al mismo tiempo, su aceptación real por el país. Mi opinión es que las etapas se acabaron y que ahora lo que prima es la gestión, al igual que en cualquier institución más o menos consolidada. Cada gestión tiene la impronta de la variante composición del Tribunal y muy especialmente la de quien lo preside. Estimo que la presidencia de Javier Alva Orlandini fue muy buena para la institución y para la juridicidad del país.

Juan Monroy Galvez: Aún cuando parezca una obviedad, creo necesario precisar que el Estado Constitucional de Derecho no está consolidado en el Perú como parece afirmarse. Sin embargo, tal circunstancia no desmerece el hecho de que sea (o deba ser) el fin por el que debe luchar todo hombre de derecho.

Un día deberemos empezar a discutir qué es exactamente lo que aquel Estado supone o significa en sus aspectos concretos. Tal vez allí aparezcan las diferencias de siempre. Allí apreciaremos, entonces, a quienes postulan una estructura jurídico-política última y perfecta aunque esquiva a la realidad o a quienes preferimos la búsqueda de una sociedad de hombres libres que se miren a la cara y que discutan, en igualdad de oportunidades, como se construye un mundo mejor, sobre todo para aquellos que no tienen siquiera posibilidad de participar en la discusión.

A veces pienso que no se ha advertido que la consolidación de un Estado semejante implica la necesidad de actuar en otros ámbitos más concretos y reales donde el espíritu de esa idea –una sociedad solidaria, igualitaria e integrada- viene siendo violado sistemáticamente. Un ejemplo lo sería la “vigencia” de los derechos sociales radicados en nuestra carta mayor. Todos saben lo que significa el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda propia y todos, los abogados mejor que nadie, sabemos también que se trata de derechos fundamentales, es decir, que ninguna ley los puede limitar o suspender.



Sin embargo, su fundamento constitucional no es óbice, como lo apreciamos cotidianamente, para su incumplimiento sistemático.

Creo que la labor del TC peruano es importante en la línea propuesta. Sin embargo, no se debe olvidar, ya que se habla de etapas en la pregunta, que los mecanismos de evolución no sólo deben reconocerse respecto de las tendencias que el TC pueda proponer, sino también sobre las personas que lo conforman y su capacidad para estar a la altura de un encargo de las magnitudes anotadas.

Sin perjuicio, claro, de advertir que no se puede incurrir en el error secular de la epistemología clásica de considerar que el Derecho está en permanente evolución hacia un destino mejor. Esa es una ingenuidad, la historia en general y la historia de las ideas en particular, mantienen un ciclo discontinuo, arrítmico y, en consecuencia, no tributario de un destino dado. Lo digo para no reiterar la idea de que marchamos hacia un “mundo mejor” inexorablemente y que, por tanto, cada vez mejorarán las cosas, razón por la cual el TC, necesariamente, va a producir un funcionamiento mejor conforme transcurra el tiempo.

Por otro lado, desconfío de los análisis con pretensión de definitivos tan cercanos en el tiempo al hecho que está siendo investigado. Por esa razón, considero que el aserto en torno a que el TC ya transitó del activismo hacia su modulación es una afirmación que preferiría no compartir y tampoco rechazar.

Luis Castillo Córdova: Lo primero es manifestar el fundamental papel que el TC está llamado a desempeñar para obtener la vigencia efectiva de la Constitución en general, y de los derechos fundamentales en particular, y con ello para el asentamiento de una democracia (formal y material) real. Este papel será positivo en la medida que las decisiones que adopte sean constitucionalmente correctas y se encuentren debidamente justificadas. Al estar conformada la Constitución por normas abiertas e imprecisas, requeridas de una actividad de concreción, y al constituir el TC el máximo órgano concretizador como Supremo intérprete de la Constitución, resulta éste teniendo un poder muy significativo en la conformación del orden constitucional, y con ella del entero ordenamiento jurídico. El ejercicio de este poder no está exento de riesgos, y uno decisivo es la conformación de una estructura jurídico constitucional no permitida ni querida por la Constitución. Por desgracia, en no pocas oportunidades el TC peruano ha hecho realidad este riesgo, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones y afectando con ello el reparto de poderes previsto en la norma constitucional.

Así ha sido respecto del Poder Legislativo. Como se dijo, las disposiciones de la Constitución requieren de interpretación para ser aplicadas, resultando especialmente compleja la actividad

hermenéutica que recae sobre una disposición iusfundamental. En la realización de esta tarea interpretativa, es importante la concepción que de la Constitución tenga el TC. Según Alexy, tres son posibles: la concepción de la Constitución como un marco; como un orden fundamental; y como un marco y un orden fundamental a la vez (Alexy, *Epílogo a la teoría general de los derechos fundamentales*, 2004). Si es entendida como un simple orden marco, puede acontecer una infraconstitucionalización, debido a que al TC le estaría prohibido intervenir en el proceso de llenado del marco (Bockenforde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1993); si se le entiende como un orden fundamental, hay el riesgo de una sobreconstitucionalización, al esperar que de la Constitución provenga todas las respuestas, a modo del huevo jurídico originario del que todo procede (Fortshoff, *El Estado de la sociedad industrial*, 1975).

Lo conveniente, siempre a decir de Alexy, va por la combinación de uno y otro: la Constitución debe ser entendida como un orden marco a la vez que un orden fundamental, lo cual supone reconocer en el Legislador márgenes de acción (*Spielräume*), margen de decisión (*Entscheidungsspielraum*), o margen de libre configuración (*Gestaltungsfreiraum*). Los demás órganos constitucionales deben saber reconocer y respetar el margen de acción que le corresponde al Parlamento, de modo que a éste no se le podrá exigir una determinada actuación cuando es posible más de una constitucionalmente válida.

Por ejemplo, había decidido el Parlamento que para ser considerado candidato a magistrado judicial, el aspirante debería acreditar haber “aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura” (artículo 22.c Ley 26397). El TC en la sentencia al EXP. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, manifestó que esta decisión legislativa era inconstitucional, y solapadamente terminó sugiriendo que lo constitucionalmente correcto era precisamente lo contrario a lo decidido por el Legislador: que el candidato primero debería superar el concurso para ser magistrado; y una vez magistrado debería superar los programas de formación académica (PROFA). Esta era la respuesta que el TC pretendía constitucionalmente correcta para el caso peruano. En otro lugar he argumentado las razones que justifican la afirmación de que la decisión del Legislador era constitucionalmente correcta porque era una decisión que no estaba prohibida, sino que formaba parte del interior del marco constitucional, al ser parte de lo constitucionalmente permitido por el Constituyente peruano (Castillo, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, 2008). Aquí sólo quiero destacar el hecho de que el TC anula una respuesta constitucional al Legislador y le impone una distinta, quebrando de esta manera

el exigido respeto a los márgenes de configuración normativa que tiene reconocido el Legislador.

Algo semejante se puede decir respecto del Ejecutivo. En la sentencia al EXP. 3741-2004-AA/TC reconoció el TC que la Administración Pública tiene el deber constitucional de realizar control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución. Luego a través de una resolución aclaratoria pretendió neutralizar los efectos malévolos de semejante reconocimiento, y con ausencia de la más elemental motivación, circunscribió el control difuso sólo a los Tribunales administrativos u órganos colegiados con jurisdicción nacional. Tampoco voy aquí a argumentar la incorrección constitucional de los argumentos sostenidos por el TC (Castillo, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, 2008), sólo he de resaltar el hecho de que nuevamente el TC, en ejercicio extralimitado de su función terminó redefiniendo las funciones constitucionalmente previstas al Ejecutivo. Así como en el caso anterior la extralimitación se manifestó impidiéndole hacer al Legislativo, en este caso obliga a la Administración Pública a hacer algo constitucionalmente no permitido. Un hacer y un no hacer que significaban interferencias en el ejercicio de la función legislativa o administrativa respectivamente.

Y, por no ser menos, también el Poder Judicial ha experimentado los embistes del TC, con el agravante de que a la inconstitucional actuación del TC hay que agregar el vilipendio del que fue objeto el Poder Judicial al lanzar un manto de duda sobre la capacidad y honorabilidad de sus magistrados. Como se sabe, en la sentencia al EXP. 0006-2006-PC/TC, el TC dejó sin efecto una serie de resoluciones judiciales que resolvían demandas de amparo. Sin importar el tiempo que ellas tenían de expeditas (¡habían sentencias anteriores al año 2000!), con una clamorosa falta de argumentación, y –especialmente– en un perverso intento de convertir al juez en la boca muerta que se limita a repetir las palabras del precedente vinculante del TC (versión moderna del afortunadamente fracasado postulado del barón de Montesquieu de convertir al juez en la boca que se limita a repetir las palabras de la ley), terminó anulando un número apreciable de sentencias judiciales, y “[a]demás de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC”. Tampoco voy a argumentar aquí la honda incorrección constitucional de los argumentos y la manifiesta inconstitucionalidad de los efectos jurídicos generados con esta sentencia (Castillo, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, 2008), sólo me interesa nuevamente poner de manifiesto una actuación extralimitada del TC, esta vez sobre el Poder Judicial. En este caso, en lugar de emplear su tiempo y energía en percatarse de una de las más clamorosas y manifiestas inconstitucionalidades en la que ha

incurrido el Legislador en los últimos tiempos, anulaba sentencias judiciales que –entre otros– precisamente inaplicaba esa norma manifiestamente inconstitucional. Me refiero al artículo 5 de la Ley 27153 en la que se prohíbe la instalación de locales destinados a la explotación de juegos y casinos a una distancia menor de 150 metros de centros de estudio. Una medida desproporcionada, entre otras razones, por inidónea (a un escolar no se le persuade de entrar a un local de tragamonedas por encontrarse a 150 o no, él si quiere ir irá aunque se encuentre a bastante más de 150 metros; por lo demás, no protegería a los niños en edad escolar cuyos domicilios se encuentren colindantes con el local de juegos y casinos); y es innecesaria (hay otras medidas igualmente efectivas y menos restrictivas, como la sanción de cierre por incumplimiento de la obligación de no dejar entrar a menores de edad).

No sólo la parte orgánica de la Constitución ha sido objeto de desventurados pronunciamientos del TC; también lo ha sido la parte dogmática. A decisiones con una manifiesta falta de motivación (EXP. N.º 05523-2006-PA/TC, F. J. 3), se suman las que traen una inútilmente larga argumentación (EXP. 0050-2004-AI/TC y otros acumulados), cuando no aseveraciones impertinentes –por decir lo menos, como aquella en la que manifestó que la invocación a Dios o la evocación del sacrificio de generaciones anteriores que se realiza en el preámbulo de la Constitución peruana, *pertenecen al ámbito emocional o irracional del ser humano* (EXP. N.º 0042-2004-AI/TC, F. J. 2). Y la verborrea no ha quedado ahí, sino que se ha instalado en disquisiciones teóricas vanas que sin estar relacionadas con las cuestiones jurídicamente relevantes del caso que se resolvía, ocupaban buena parte de los considerandos de la sentencia (EXP. N.º 4119-2005-PA/TC). Quizá este ha sido una de las más repudiables extralimitaciones del TC: al dar una respuesta e imponer esa respuesta (por ejemplo, a través de un determinado modo de entender los precedentes vinculantes), pretender acabar con el debate sobre cuestiones teóricamente controvertidas por opinables.

En este mismo ámbito, y más allá de un modo altamente contestable de interpretar el cómputo del plazo para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una ley de hace poco menos de 100 años (EXP. N.º 0044-2004-AI/TC, F. J. 1-5), es bien dudoso que la adición de una estrofa al himno nacional sea un “importante caso para la vida de la nación” (EXP. N.º 0047-2004-AI/TC, F. J. 41). También ha habido sentencias en las que el propio TC manifestaba una imperdonable ignorancia de su propia jurisprudencia para afirmar un cambio de criterio jurisprudencial por uno supuestamente nuevo, que ya había sido formulado en sentencias anteriores, como ocurrió en la sentencia al EXP. N.º 3179-2004-AA/TC (Castillo, “Amparo contra resoluciones judiciales: recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 99).



Todo esto no es más que manifestación de un exacerbado activismo judicial fruto de un notorio desequilibrio entre un razonable activismo judicial de un lado, y una vital autolimitación judicial por otro. Desde que la Constitución es una norma abierta a valores está justificada la posibilidad y necesidad de un activismo judicial, pero éste debe desenvolverse por los cauces del ajustamiento a las exigencias orgánicas y materiales de la Constitución. Lo que no puede acontecer es que so pretexto de que la norma constitucional es abierta e indeterminada, y que el TC es el Supremo intérprete de la Constitución, se pretenda gobernar una comunidad política. Si bien es cierto que instituciones como el Parlamento o el Ejecutivo o el Judicial a veces muestran una dolorosa y desesperante inoperancia para realizar la justicia y el bien común, es sumamente discutible que el TC quede legitimado para intervenir en la actuación de los poderes públicos para obligarles a hacer o para anular sus acciones, cuando éstas no coinciden con el modo querido por el TC de realizar el bien común y la justicia. Sin duda que en esta realización al TC le corresponde jugar un papel destacado, pero dentro de sus facultades, y sin menoscabo de la distribución del poder querida y dispuesta por el Constituyente.

Por desgracia, no ha sido extraño al TC de los últimos años, argumentaciones y decisiones jurisprudenciales que manifestaban un afán de ser protagonista de la conducción y gobierno del Perú. Y no sólo jurisprudenciales: quién no recuerda un conjunto de trabajadores del TC encabezados por su presidente, todos vistiendo una prenda que decía "Tribunal Constitucional", repartiendo víveres y enseres a los damnificados por el terremoto en Ica (¡el TC como TC!). Ese "protagonismo desbordado y arrogante [y esas] sentencias tan presuntuosas y absurdas" (García Belaunde, "Tribunal Constitucional y Jurisdicción Ordinaria", en *Revista Foro Jurídico*, número 9), si bien institucionalmente es imputable al TC, deben haber tenido un(os) concreto(s) sugerente(s). En este contexto, como ocurre en democracias constitucionales comparadas, resultaría saludable conocer los ponentes de las sentencias del TC.

Finalmente, en el último Congreso Nacional de Derecho Constitucional, varias de las intervenciones fueron dirigidas en la línea de denunciar extralimitaciones en la actuación del TC. Junto a ellas, se ha de destacar la intervención del Magistrado Gerardo Eto, quien mostró la necesidad de reformar algunos criterios jurisprudenciales del TC. Esto resulta siendo significativo, especialmente porque manifiesta primero, la capacidad de reconocer desaciertos, y segundo, la voluntad de enmendarlos. Queda el decisivo tercer paso: saber hacerlo. Esperemos que los siete magistrados puedan lograr consenso en lo fundamental, al menos en lo esencial de lo fundamental: que el TC no está llamado a gobernar el país. Aunque sospecho que el camino no será ni mucho menos

sencillo de transitar, porque parece ser que ésta voluntad de cambio no es compartida por todos los magistrados. Hace poco leía una entrevista al entonces presidente del TC, Magistrado Dr. César Landa, en la que éste manifestaba que "el Tribunal [Constitucional] hace justicia (...) también cuando lo demandan principios abiertos (...). De ahí que para algunos sectores que se ubican en una línea positivista, sentencias como la del control difuso en sede administrativa u otras no se encuadran en los esquemas tradicionales" (Landa, "El ejercicio del poder requiere un juicio racional y no un juego de pasiones, buscando siempre interpretar de manera razonable la Constitución", en *Revista Foro Jurídico*, número 7). Con el respeto que se merece el ex presidente del TC, un académico destacado a nivel nacional e internacional, habrá que decir que no todos los que hemos criticado la sentencia que refiere (u otras) somos positivistas; y recordarle que –como ya se dijo antes– la Constitución es una realidad abierta a valores, pero en el quehacer jurídico no sólo se requiere reconocer la existencia de un valor, sino que hay que saber aplicarlo. Un no positivista que reconoce la existencia de un valor pero que no sabe aplicarlo, puede acarrear muchísimo más daño al sistema jurídico que un positivista que no reconoce la existencia de valores jurídicos.

César Landa Arroyo: El estado actual del TC y su rol con la democracia no puede ser entendido al margen del proceso político que lo creó en la Asamblea Constituyente de 1979 o lo recreó en el Congreso Constituyente Democrático de 1993. Por cuanto, el TC aparece como una necesidad de corregir los errores o el abuso del Poder Judicial, del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en contra de la Constitución y en particular de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De modo que si los poderes del Estado representativos del pueblo hubieran funcionado de conformidad con las demandas democráticas de la realidad peruana es muy probable que no hubiera habido necesidad de crear al Tribunal Constitucional. La Justicia Constitucional, como ha señalado Javier Pérez Royo, en sus orígenes no fue un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario, representa la desconfianza del poder constituyente hacia los poderes constituidos.

En consecuencia, no se puede entender el rol del TC sino en el marco del proceso democrático de fortalecer la supremacía constitucional y garantizar la defensa de los derechos humanos venidos a menos en dictaduras, aunque también en menor intensidad en regímenes democráticos. Por eso, es fácil entender que como el TC es un órgano de control de los excesos de los poderes públicos y también privados, cuando han surgido gobiernos dictatoriales al margen de la Constitución han clausurado el TC como en 1992 o incluso con Constitución han destituido a sus magistrados como en 1997. Pero, también en democracia el rol del TC



resulta incómodo a los poderes cuando cumple seriamente su rol constitucional.

En esa perspectiva histórica, que el TC haya estado en cautiverio al servicio del poder de turno en los noventa, cuando cumplía un opaco rol a la sombra del régimen dictatorial de entonces, contrasta cualitativamente cuando en democracia se le otorgan los instrumentos de legales para cumplir adecuadamente sus competencias y atribuciones de control de los excesos de los poderes públicos y privados. Pero si bien la democracia se sostiene en el principio de control y balance de poderes parece que algunos sectores ya no autoritarios sino conservadores no aceptan o no quieren comprender a cabalidad el rol político y no sólo jurídico que cumple el guardián de la Constitución.

Entonces, el TC ha pasado a una etapa de libertad caracterizada por su rol activo y en una democracia resulta necesaria la sana crítica judicial; sobre todo cuando el TC ha empezado a desarrollar sentencias de inconstitucionalidad, precedentes vinculantes y jurisprudencia constitucional que constituyen fuentes normativa y/o interpretativa del Derecho a nivel nacional y también comparado. Esta afirmación implica asumir que las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, así como para los particulares con los distintos grados de intensidad señalados. En nuestra realidad jurídica y política, esto comporta transformaciones institucionales a las que el TC tiene que hacer frente sin exponer al Estado constitucional a una fractura social y jurídica.

Ello es importante porque contribuye tanto a preservar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía jurídica de la Norma Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, así como, también, a fortalecer la democracia en una sociedad compleja y heterogénea con graves problemas de integración nacional. De allí que, en última instancia, exista una tensión permanente entre los planteamientos que no aceptan que todos los poderes públicos y privados sean poderes limitados y quienes postulan la integración jurídica y social por medio de valores y normas constitucionales.

Ello se ha puesto en evidencia con el desarrollo de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los últimos años, a través de los tres tipos de precedentes constitucionales vinculantes, que han generado algunas críticas políticas conservadoras que proponen eliminar la calidad de supremo intérprete de la Constitución conferida al TC por su Ley Orgánica o, anular al TC convirtiéndolo en una Sala de la Corte Suprema; pues se considera que dicha atribución no se encuentra consagrada en la Constitución y que el Tribunal se excede en sus atribuciones al expedir sentencias que establecen mandatos a seguir no sólo por los órganos judiciales, sino también por el Poder Legislativo.

En el fondo dichas críticas, por un lado, expresan el temor a que la Constitución sea tomada

en serio y por tanto constituya la fuente suprema de creación del Derecho y el TC como intérprete supremo del mismo ocupe su rol como creador de Derecho –subsidiario por cierto–; y, por otro lado, que dada la grave falta de legitimidad de los poderes públicos el TC haya cumplido con el mandato constitucional de pronunciarse sobre temas difíciles, con el activo y el pasivo que ello supone en el proceso de fortalecimiento del Estado constitucional.

En este sentido, destacados representantes de la comunidad jurídica han señalado que “el TC ha emitido un conjunto de sentencias de gran relevancia e impacto en diferentes ámbitos de la vida nacional, creando, por primera vez, una sólida jurisprudencia y precedentes vinculantes que sirven de orientación a la comunidad y coadyuvan a la seguridad jurídica en el Perú. Sin perjuicio de las eventuales críticas que pudieran formularse a ciertas decisiones jurisdiccionales adoptadas por el TC, debe reconocerse que forma parte de sus potestades esenciales la emisión de sentencias interpretativas, sobre la base de los principios de independencia jurisdiccional, conservación de la ley, interpretación conforme a la Constitución y supremacía constitucional.

Pero, también han arremetido algunas críticas académicas en esta etapa de transición democrática y de libertad del TC, que ven en los precedentes constitucionales un peligroso “activismo judicial”. Sin perjuicio que la sana crítica es necesaria en todo quehacer judicial democrático, se pone en evidencia que la aplicación del Derecho Constitucional no es un quehacer meramente académico, sino también político en la medida que “declarar y hacer derecho” es una condición *sine qua non* para la resolución de problemas concretos de naturaleza política, económica, social o cultural, como la lucha contra la corrupción, el narcotráfico o el terrorismo, entre otros. Para lo cual hay que garantizar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, en orden a fortalecer la democracia y la gobernabilidad.

Por estos motivos, resulta necesario entender que no es la mera aplicación de la Constitución, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica las que permiten integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de cumplir con los fines de impartir justicia constitucional en el Estado Constitucional. De ahí que el TC no sólo deba contar con todas las prerrogativas necesarias para cumplir adecuadamente su función, sino también garantizar su imparcialidad frente a los poderes públicos y privados, haciendo un uso adecuado de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional; por cuanto, no son sino técnicas que coadyuvan a la realización de sus fines constitucionales y democráticos.

Se puede decir entonces que el activismo judicial ha servido para afianzar el proceso de fortalecimiento del Estado democrático, por ejemplo



en la lucha contra la corrupción, el terrorismo y el narcotráfico, pero no para sustituir a las instituciones constitucionales directamente responsables. Es así que sólo de este modo un poder político democrático se detiene o morigerera frente a un poder jurídico constitucional, pero legítimo jurídica y socialmente.

Es necesario aclarar que ello no supone postular el gobierno de jueces. Más bien, lo que se pretende es que se reconozca que, ante la crisis de la representación y, en particular, el descrédito ante la opinión pública del Congreso y el Poder Judicial básicamente, es necesario contar con mecanismos de control constitucional respecto de sus actos y normas. Mecanismos que deben asegurar el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales. Más aún, cuando subsisten los problemas económico-sociales derivados del modelo del libre mercado, que afecta el rol social del Estado, la falta de consenso político entre la oposición con el gobierno, y la influencia de los poderes privados y fácticos en las esferas de decisión del poder. Tal como ya se ha puesto de manifiesto en otras latitudes, lo cual hace más importante el rol jurídico-político del TC.

2. ¿QUIÉN CUSTODIA AL CUSTODIO?.- Si cabe la figura, ¿quién debería controlar al Tribunal Constitucional? ¿Existen realmente mecanismos idóneos de control?

EBB: En realidad, la respuesta esta en el texto de la Constitución, pues los magistrados están sujetos a los rigores de los arts. 99 y 100 por actos contrarios a la naturaleza de la función y por infracciones a la propia Constitución. En situaciones como esas, son investigados y pueden ser sancionados por el Congreso. Lo esencial es que se garantice su independencia. En una democracia tan frágil como la peruana es peligroso implementar otro mecanismo de control al TC pues en la práctica puede orientarse a neutralizar las funciones de este órgano.

JAO: El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución. Ningún Poder ni Órgano del Estado puede, por lo tanto, cuestionar las sentencias que interpretan los alcances de las diversas normas constitucionales. La destitución de los tres magistrados, en mayo de 1997, fue evidentemente un abuso del Congreso, cuya mayoría obedecía órdenes, "sin dudas ni murmuraciones" de la dupla gobernante Fujimori-Montesinos.

El artículo 99° de la actual Constitución declara que "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales

supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas."

Si el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, resulta incompatible con tal situación jurídica que sea la Comisión Permanente o el Congreso los que decidan si en las sentencias del TC se infringe la Constitución. Empero, podría existir algún hecho perpetrado por uno o más miembros del Tribunal que violaran la Constitución, v. g. asumir funciones sin prestar juramento previo, no prestar declaración jurada de bienes y rentas, etc.

En cuanto a delitos, las opiniones y los votos de los miembros del Tribunal están excluidos de cualquier tipificación penal, de acuerdo a los arts. 93° y 201° de la Constitución.

JMG: La frase de Juvenal, poeta latino, contenida en la pregunta grafica el estado de una de las ideas políticas más controvertidas. ¿Cómo hacer para que quien o quienes ejercitan poder no se pierdan en la sensualidad que éste produce desconociendo sus deberes y responsabilidades, dedicándose, única y exclusivamente, a una imposición vertical de sus decisiones? La respuesta clásica moderna es la teoría del *checks and balances*, como bien sabemos. Sin embargo, la irrupción de una nueva institución en el escenario del poder en algunos estados contemporáneos –es el caso de los tribunales constitucionales- ha afectado la aplicación de esta teoría.

En este inédito escenario, se considera idóneo el ejercicio de autocontrol por parte de los propios tribunales. Y, teóricamente por lo menos, resultaría una técnica más adecuada al caso concreto. Sin embargo, experiencias del derecho comparado nos permiten afirmar que no es tan fácil que quienes ejercen poder no estén dispuestos a luchar para que esto ocurra de manera incisiva más allá de sus competencias o, sería mejor decir, a pesar de ellas. Esto es lo que ha ocurrido con los tribunales constitucionales en diversos países (España y Colombia, básicamente) y es una situación que empieza a producirse, lamentablemente, de una manera muy grosera en el Perú.

Respondiendo su pregunta, más que mecanismos idóneos lo que se necesita, en situaciones difíciles como la descrita, son personas idóneas, lo demás es un asunto técnico.

LCC: El TC ha manifestado que debido a que él es el Supremo intérprete de la Constitución, sus resoluciones no pueden ser inconstitucionales (EXP N.º 2704-2004-AA/TC). Esta afirmación puede entenderse de dos maneras. Una es admitiendo de antemano que las decisiones que adopte el TC en ningún caso pueden contravenir la Constitución. Si esto se admite, entonces, no será

necesario hablar de ningún tipo de control, ni jurídico ni de ningún otro tipo, ya que no habría nada que controlar por ser su actuación siempre constitucional. La otra manera es admitiendo que las decisiones del TC sólo formalmente no pueden ser inconstitucionales, aunque materialmente pueden incurrir en inconstitucionalidad. En efecto, en la medida que el TC es la máxima instancia de control de la constitucionalidad, es decir, que por encima de él no hay ningún órgano que establezca vinculadamente qué es y qué no es constitucional (recuérdese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no juzga si una resolución del TC es o no es constitucional, sino si el Estado peruano ha cumplido o no con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sus resoluciones no pueden ser consideradas inconstitucionales desde un punto de vista formal. Esta imposibilidad de impugnación constitucional, no obstante, no puede llevar a admitir que el contenido de la decisión siempre y en todo caso se ajustará a las exigencias de la norma constitucional. El hecho de que las resoluciones del TC no pueden impugnarse en su constitucionalidad, no significa que desaparece por completo la posibilidad de que decida fuera de los cauces previstos por la Constitución. Sólo admitiendo que el TC puede incurrir en inconstitucionalidad material es posible hablar de control.

En la medida que las resoluciones del TC serán formalmente siempre constitucionales, no es posible hablar de controles judiciales. Los mecanismos de control van dirigidos por otro lado. Así, y en primer lugar, en tanto que todos los peruanos tenemos el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución (artículo 38 CP), todos debemos controlar que la actuación del TC se desenvuelva según las previsiones constitucionales. Por tanto, los primeros llamados a controlar que el TC no se desboque en el ejercicio de sus funciones somos los ciudadanos, ya sea individualmente o asociativamente (artículos de opinión, forum, pronunciamientos conjuntos, movilizaciones ciudadanas, medios escritos, televisivos y radiales de prensa, etc.). En este ámbito los Juristas juegan un papel especialmente destacado y se convierten en agentes principales en la construcción y dirección de la opinión pública. Pero no sólo los ciudadanos deben controlar la actividad del TC, sino también el Parlamento. Éste puede realizar un control previo al momento de elegir a los magistrados del TC, procurando que el elegido reúna las características y virtudes personales y profesionales suficientes para hacer prever razonablemente que actuará con conocimiento y sentimiento constitucional. También puede realizar un control posterior a través del juicio político contra magistrados del TC “por infracción de la Constitución” (artículo 99 CP). Por exigencia del principio de proporcionalidad, la infracción—además de manifiesta e incontrovertible—deberá ser grave, debido a la también grave sanción que prevé la acusación constitucional. Sin

embargo, tanto el control social como el político, deberían actuar sólo en defecto del mecanismo de control ideal: la autolimitación de cada uno de los magistrados del TC y de éste en su conjunto como institución. Deberá ser una autolimitación que se admita no sólo de palabra, sino también de hecho. Y para eso es necesario no sólo una destacada preparación profesional, sino también de virtudes humanas como la sencillez personal y la humildad intelectual.

CL: El control del TC aparece como un asunto de debate cuando ejerce su labor jurisdiccional sobre casos dramáticos o límite que no han sido resueltos o han sido resueltos ilegítimamente en sede política parlamentaria y del Ejecutivo, o en sede del Poder Judicial. Como el poder se detiene sólo frente a otro poder, es decir el poder de la supremacía constitucional constituye en el límite a los poderes legislativos y judiciales. Tarea en la cual el TC asume el compromiso de asegurar la unidad jurídica del Estado y expulsar las disposiciones que violen el orden constitucional.

Pero, como en toda tarea humana la del TC no es infalible. Por eso, el custodio del quehacer jurisdiccional constitucional del TC debería ser un ente imparcial, que en una democracia recae en el pueblo que es el soberano. Porque dada su función de control es natural que genere tensión con los poderes a los cuales controla y que su legitimidad radique en última instancia en la confianza ciudadana, por cuanto en ella finalmente se arraiga la existencia de la Constitución.

No obstante, el control al TC puede ser preventivo y represivo. Preventivo durante el proceso de elección de los magistrados, el cual requiere de un perfil de quien debe ser juez constitucional. Si bien es cierto que los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso, el ejercicio de sus funciones debe enmarcarse no sólo en un contexto de absoluta independencia frente a los demás poderes del Estado, sino también en el marco de un código de conducta, acorde con su responsabilidad, que los jueces constitucionales deben respetar, una vez que han sido elegidos, tanto en el ejercicio de sus funciones así como también en aquellas actividades no jurisdiccionales.

El control represivo se caracteriza por una doble perspectiva: formal, expresada en los artículos 99° y 100° de la Constitución que en manos de una mayoría parlamentaria oficialista fue aplicada vindictivamente contra tres magistrados constitucionales en 1997 que declararon inaplicable por inconstitucional la ley de reelección del entonces Presidente Fujimori. En el actual proceso democrático si bien se vienen formulando decenas de acusaciones constitucionales contra magistrados del TC por supuesta infracción constitucional y/o delitos en el ejercicio de sus funciones ninguna ha concluido en las sanciones previstas en el artículo 100° de la Constitución—suspensión, inhabilitación



y/o destitución-; quizás porque la Infracción constitucional aún no está tipificada en norma alguna, garantía propia del derecho sancionador de todo orden jurídico democrático. Lo que no ha sido óbice para que se interpongan decenas de forzadas denuncias por delito de prevaricato proveniente de justiciables que han perdido un proceso constitucional y se resisten a aceptarlo. Pero, cuando se trata de causas dramáticas de impacto nacional las bancadas parlamentarias de gobierno y oposición no están ajenas a tomar partido y a rechazar o admitir las denuncias y procesarlas parlamentariamente.

Desde el punto de vista no formal el custodio del TC es la opinión pública general y especializada, más aún si las sentencias constitucionales están para ser cumplidas por todos los poderes públicos y privados, pero también para ser debatidas. Como en muchas latitudes el debate jurídico constitucional también es una forma de control, pero no existe crítica neutral o aséptica, porque el Derecho tampoco lo es. De ahí que no exista una verdad absoluta sobre lo constitucional, pero tampoco se puede caer en un relativismo o concluir que todo lo constitucional es relativo. Por el contrario, como quehacer jurídico-político, tanto las sentencias como las críticas a las mismas tienen, por lo general e implícitamente, una ideología de base, que se traduce finalmente en una opción jurídico-política.

3. ¿Qué importancia tiene para un Tribunal Constitucional elementos tales como aceptación popular y legitimidad social? ¿Cómo hacer para cuidar una buena relación con estos elementos sin caer en populismos?

EBB: En términos generales el Tribunal cuenta ahora con los elementos del reconocimiento popular a su gestión y con legitimidad social. Es muy importante que mantenga ambos elementos y que cualquiera sea su composición, no se desvíe por caminos de tibieza y componenda política.

JAO: La importancia y trascendencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional determinan que sea indispensable que en el contexto social haya aceptación y legitimidad. Los magistrados del TC, por lo tanto, deben actuar con ponderación. Es difícil, pero posible, que cada uno de ellos, por encima de cualquier compromiso político, actúen considerando la enorme responsabilidad que tienen ante la Nación. El Tribunal concentra mucho poder y debe ser consciente de que no puede equivocarse, ni ceder ante las tentaciones.

JMG: Para un TC y para cualquier institución cuyas manifestaciones tengan relación directa con su Comunidad, resulta de especial importancia tener legitimidad, entendido tal concepto en el sentido weberiano de reconocimiento de su autoridad

a partir de su idoneidad (Weber hablaba de racionalidad, sin embargo, ésta abarca el concepto de idoneidad sin desvirtuar la idea). Ahora bien, respecto de la otra frase hay que tener cuidado, el concepto de 'aceptación popular' es intrínsecamente peligroso, tanto que quien lo busca sólo desea obtener reconocimiento demagógico. Por cierto, éste no tiene nada que ver con la obtención de legitimidad que, como sabemos, no necesariamente se adquiere porque se dice sí a todo lo que se pide, sino porque la Comunidad aprecia en el legitimado otros valores, como la dignidad o el valor para ir 'contra la corriente', inclusive de un sector mayoritario de la propia Comunidad.

LCC: Las decisiones del TC tienen gran incidencia en el orden fundamental de la Comunidad política, pero ocurre que sus miembros no son elegidos por esa comunidad. Su legitimidad se asienta necesariamente en su apego a la decisión del poder constituyente (en buena cuenta, el pueblo mismo), es decir, en el ajustamiento de sus decisiones a la Constitución. Esto no supone necesariamente que la decisión del TC siempre deberá formularse según la mayoría social quiera que se formule. La justicia de la decisión no depende de lo que quiera o no la mayoría del conjunto social, sino de su ajustamiento al *Ius* (al Derecho). De hecho, si la mayoría social quiere algo proscrito o no permitido por el Derecho (por la Constitución), el TC no debe otorgarlo. Esto impedirá, precisamente, que caiga en populismos. La legitimidad del TC le viene del Derecho, y en ella se mantendrá mientras sus decisiones sean compatibles con exigencias de justicia propias del *Ius*. El TC no dice -no debería de hacerlo- lo que es debido a cada uno según circunstancias mayores populares incluso políticas, sino según impercederas exigencias de la justicia.

CL: El artículo 45 de la Constitución dice que el poder del Estado emana del pueblo y que sus autoridades lo ejercen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen; asimismo, el artículo 138° dispone que la potestad de administrar justicia emana del pueblo. De modo que el quehacer jurisdiccional del TC se funda en la voluntad popular enmarcada particularmente en la Constitución. Lo cual se concreta en la finalidad de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, según dispone el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En este entendido, la relación entre el derecho y la política, como bien señala Zagrebelsky se expresa en la tarea del TC de integrar la tutela de los derechos subjetivos con los derechos objetivos.

En consecuencia, la aceptación ciudadana y la legitimidad social son elementos constitutivos de la actividad jurisdiccional del TC. Por ello, comprendiendo que la Constitución no sólo es *ratio* sino también *emotio* es que se entiende mejor la labor

del TC cuando se la ubica en la tesis de la integración del derecho y la política. Por ello, sus sentencias no quedan limitadas a las normas procesales propias de un proceso civil entre particulares, sino a principios procesales constitucionales propios de la naturaleza pública de los derechos que tutelan.

Respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional, ¿hasta qué punto considera que debería tomarse en cuenta el impacto social, económico y político de sus decisiones?

EBB: En términos generales los factores que menciona la pregunta son parte de la deliberación del Tribunal, porque la Constitución incluye un modelo y éste se basa en criterios y variables políticas, económicas y sociales que son las que le dan sustento. Existe suficiente jurisprudencia que confirma esto. Al mismo tiempo, el fallo del Tribunal deberá tener siempre un sustento jurídico indubitable que en cada caso confirme la primacía de la Constitución en un sentido concreto y de derecho positivo.

JAO: Los magistrados del Tribunal no sólo deben ceñir sus actos a la Constitución y al ordenamiento jurídico de la Nación, sino evaluar las consecuencias sociales, económicas y políticas de sus decisiones.

JMG: El género no hace a la especie. Si en una circunstancia específica es necesario expedir una sentencia que produzca, o por lo menos cree las condiciones para producir, un cambio importante en uno de los ámbitos citados en la pregunta y el TC es conciente que, precisamente, es el resultado que le interesa conseguir, pues debe hacerlo, con claridad, contundencia y precisión. Todo esto en el entendido que la autoridad la tiene asumida por lo que viene haciendo.

Como es obvio, lo negativo y pernicioso será que el TC descubra, después de expedida su sentencia, que su ejecución va a significar una situación de descontrol, caos o afectación severa a un individuo, sector o grupo, no estimado en su análisis inicial. Una conformación del TC que actúe así no puede permanecer en el cargo, se convierte en una organización terrorista.

LCC: Lo dicho inmediatamente antes debe ser complementado necesariamente con lo siguiente. La justicia no es teórica sino es práctica. Así, a alguien se le califica de justo precisamente por sus actos concretos de justicia. De modo que la decisión es justa o no en las circunstancias del caso concreto. Una misma decisión puede ser justa en unas circunstancias, e injustas en otras. El TC no puede obviar los elementos fácticos que definen la cuestión que se le plantea a la hora de tomar una decisión. Circunstancias sociales, económicas y políticas conforman una determinada realidad, y el Juez constitucional deberá preguntarse y saber

responder si en esas concretas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales, una determinada decisión es o no justa, es decir, si está decidiendo *lo debido* a la luz de esas circunstancias. De modo que el punto hasta el cual el TC deberá tomar en consideración el "impacto social, económico y político de sus decisiones" es el necesario que le permita establecer la decisión justa al caso concreto.

CL: Quizás la pregunta debiera ser si ¿es posible la juridificación total de la política o es inevitable que, como consecuencia de ese intento, se llegue a la politización de la justicia constitucional? Dicho más claramente, el Tribunal Constitucional es capaz de racionalizar, a través de la Constitución, las decisiones políticas del Congreso. Más aún, ¿cómo podría explicarse la recíproca relación entre el Congreso y el Tribunal Constitucional, sin que ninguno de sus actos legislativos y jurisdiccionales, respectivamente, se vean menoscabados en sus efectos obligatorios y vinculantes?

Al respecto, cabe señalar que la tensión entre la política y el Derecho y entre la ley del Congreso y la resolución del Tribunal Constitucional, es un conflicto universal y permanente, donde bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de Poder. Sin embargo, la jurisdicción constitucional no puede ser vista como una mera función estatal apolítica, como tampoco como una función *sólo* política. Ello debido a que si bien el conflicto no admite una solución definitiva, desde una perspectiva sustantiva y formal, debe resolverse en el marco de las normas y principios constitucionales, como de los valores democráticos de la tolerancia y del pluralismo, que se encuentren legitimados en el consenso social.

Esto supone que el poder político nunca debe ser absoluto, en consecuencia, los actos normativos y políticos del Congreso y del Poder Ejecutivo pueden y tienen que ser controlados por el Tribunal Constitucional. Es este último quien tiene la palabra, en última instancia, para definir qué norma con rango de ley es válida constitucionalmente. No obstante, cabe mencionar que la racionalización o constitucionalización absoluta de todos los actos políticos del gobierno ha llevado a la aparición, en el debate de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas, del concepto de "*political questions*". Este concepto alude a aquellas materias que, en principio, no son solucionables vía el proceso judicial. En consecuencia, para lograr su resolución los jueces deben considerar dos factores: la eficacia de su decisión judicial y la existencia de un consenso social.

Ahora bien, definir hasta qué punto las materias políticas son justiciables o no, es un tema de apreciación y valoración constitucional, la misma que es necesaria para saber correctamente dónde y cuándo trazar las fronteras entre el Derecho y

la política. Semejante responsabilidad “plantea naturalmente elevadas exigencias a la capacidad de los jueces. Por ello corresponde especial significación a su selección. Sin embargo, las respuestas a las preguntas políticas no han sido monocordes, por el contrario, se ha planteado el desafío de transformar las “*political questions*” en “*judicial questions*”. Lo que supone aumentar la responsabilidad de los jueces en las tareas constitucionales. No obstante, ello no debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias porque, la juridificación de la vida política por completo es una ilusión.

Por eso, el Tribunal Constitucional cuando opera como un “legislador negativo” frente a las leyes, incluidas las de naturaleza política —como fue el caso de la ley de la reelección presidencial o la ley de la reforma constitucional— tiene que resolver sobre la base de una legitimidad constitucional. En otras palabras debe contar no sólo con la legitimidad de su origen democrático indirecto y con el respaldo ciudadano por los resultados de sus sentencias, sino también y, sobre todo, con proporcionalidad de juicio. Por ejemplo, en el caso alemán, la Corte ha necesitado conquistar su actual posición, con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente como trazar las fronteras entre Derecho y política”.

Así, dado el accidentado escenario de la construcción democrática en el Perú y la corta experiencia del TC en libertad, pareciera que lo más adecuado, en esta etapa, es postular un “activismo judicial ponderado”, en función de la gravedad y de las circunstancias del caso. Se postula, pues, un balance entre el activismo judicial y la autorrestricción judicial como regla. El problema no es si el TC deber ser siempre activista o autorrestritivo, sino más bien en determinar cuándo debe asumir un rol activo y cuando saber autolimitarse. Aquí radica la esencia del problema. No obstante, tratándose de casos excepcionales, el Tribunal debe desarrollar interpretaciones creativas, incluso a través de sentencias-leyes y/o sentencias-orientadoras para el legislador, en las cuales se arriesgue a juzgar valiéndose directamente de los principios constitucionales, como en el caso de la ley de reforma constitucional y en especial de la legislación penal antiterrorista.

Es así que sólo de este modo un poder político democrático se detiene o morigera frente a un poder jurídico constitucional, pero legítimo jurídica y socialmente. Es necesario aclarar que ello no supone postular el gobierno de jueces. Más bien, lo que se pretende es que se reconozca que, ante la crisis de la representación y, en particular, el descrédito ante la opinión pública del Congreso y la imagen del Presidente, es necesario contar con mecanismos de control constitucional respecto de sus actos y normas. Mecanismos que deben asegurar el equilibrio entre los poderes y el respeto de los

derechos fundamentales. Más aún cuando subsisten los problemas económico-sociales derivados del modelo del libre mercado, que afecta el rol social del Estado, la falta de consenso político entre la oposición con el gobierno, y la influencia de los poderes privados y fácticos en las esferas de decisión del gobierno. Tal como ya se ha puesto de manifiesto en otras latitudes, lo cual hace más importante el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional.

Desde algunas tribunas se ha propuesto que el Tribunal deba considerar en sus sentencias un análisis costo-beneficio de sus decisiones (como en los proyectos de ley) ¿Cuál es su opinión al respecto?

EBB: El costo beneficio tiene sentido en el momento de elaborarse un proyecto de ley; si la ley resulta económicamente inconveniente, siempre habrá la posibilidad de contemplar su derogación. Un fallo del Tribunal es otra cosa y desde el punto de vista de los derechos contemplados en la ley y la obligación de atenderlos, me parece altamente inconveniente la propuesta. La lógica economicista no debe prevalecer sobre la justicia.

JAO: En toda sentencia está implícito el costo-beneficio. Es obvio que si actualmente se resuelven quince veces más procesos sobre pensiones, por ejemplo, el costo será mayor que el que ocurría en el 2000; pero el beneficio alcanzará proporcionalmente a un número mayor de personas.

JMG: El tema aludido en la pregunta anterior es mucho más importante que el mezquino análisis costo-beneficio. Hay que otorgarle una trascendencia mayor al análisis de oportunidad y perspectiva que realice el TC sobre una futura decisión. No todos los perjuicios se pueden patrimonializar en la sociedad contemporánea, pero no sólo eso, lo peor es que los costos no patrimoniales están ligados a valores irremplazables de la Comunidad (medio ambiente, patrimonio histórico, etc.).

Entonces, el tema no es cuánto va a significar patrimonialmente una decisión del TC, sino cuál es el grado de afectación que van a soportar los valores superiores y permanentes de nuestra Comunidad con la sentencia que están considerando expedir.

Ni la monetarización de los valores o, si se quiere, las poderosas razones del mercado ni mucho menos sus indicadores son los más idóneos para servir de criterio de actuación de un TC que se respete.

LCC: No estoy de acuerdo. Plantear la cuestión desde una óptica propia de un juicio económico no me parece acertado porque conlleva necesariamente a admitir que algo que siendo debido no es otorgado. No se puede decir a nadie tienes el derecho de hacer o recibir algo, pero no puedo otorgártelo porque los costos (económicos, sociales, políticos, etc.) son demasiados grandes.

Una característica del pensamiento moderno es que se plantea en términos disyuntivos: derecho al honor o libertad de información; desarrollo o medio ambiente sano, etc. Esto ha llevado a preferir ciertas posiciones iusfundamentales en detrimento de otras, siendo la única justificación de la preferencia un juicio económico como el que en definitiva subyace a las leyes (de la colisión y de la ponderación) y fórmulas (la fórmula del peso) alexianas: el derecho al honor es menos valioso que la libertad de información; el derecho al desarrollo es más importante que la conservación de un determinado medio ambiente, etc. No es una respuesta justa aquella que establece qué es *lo debido* a alguien, pero no lo otorga porque el beneficio del otorgamiento es menor que el costo de su otorgamiento. Desde un punto de vista argumentativo, es más ajustado afirmar y justificar que algo que no es posible otorgar en unas circunstancias concretas no es debido en esas circunstancias concretas, en otras circunstancias concretas pueda que eso mismo se convierta en *lo debido*.

CL: El modelo neoliberal ha inyectado una concepción en la cual el cálculo y la optimización del costo/beneficio personal debe lograrse mediante un sistema de elección pública, "*public choice*", contractualista, que para soportar los costes externos —externalidades— de las transacciones debe adoptar un sistema mayoritario de decisión estrictamente procedimental. Sin embargo, cabe señalar que la elección pública del bienestar económico personal, mediante el cálculo del costo/beneficio, genera en la sociedad grupos sociales beneficiados y grupos sociales perdedores en la competencia. Ello es más notorio en economías de escasez, donde reducir al Estado al rol de árbitro mediante el sistema legal supone una falacia de los poderes privados desproporcionados, propio de las sociedades corporativas, que son producto del neocapitalismo.

Al margen del pensamiento neoliberal, es necesario resaltar que el pensamiento posmoderno, es un pensamiento de la crisis europea por excelencia. Este pensamiento es el que ha intentado expresar con mayor radicalidad las críticas a los paradigmas de la modernidad y la Ilustración, fuentes del constitucionalismo clásico y moderno. Al respecto, cabe mencionar que la crítica la centra en la desvinculación práctica de la racionalidad, como fuente del progreso, con relación a la cultura, la economía y la política. Ello por cuanto estamos no sólo ante el fracaso de una sociedad programada, la disolución de la moral y la política, la justicia y la paz, la técnica y el desarrollo, el trabajo y el bienestar, sino ante la contradicción entre las mismas. En consecuencia vivimos en medio de una falacia descomunal: un mundo desaparecido que nos empeñamos en no reconocer como tal y que se pretende perpetuar mediante políticas artificiales.

Millones de destinos son destruidos, aniquilados por este anacronismo debido a estratagemas pertinaces destinadas a mantener con vida para siempre nuestro tabú más sagrado: el trabajo.

A diferencia de la crítica neoliberal y neoconservadora modernas, el pensamiento posmoderno revisa, críticamente, los propios fundamentos del pensamiento de la Ilustración: optimismo antropológico, individualismo liberal y excesivo formalismo, postulando que la vida va tan rápida hoy en día que ello volatiliza la moral. Agrega además que la ciencia y el conocimiento ya no forman una identidad y que la legitimación, mediante el consenso, se ha convertido en un anticuado valor, más no la justicia. Lo que tampoco significa pretender rehacer el pensamiento marxista o retomar el tradicionalista.

Es decir, las concepciones postmodernas no ofrecen un pensamiento ideológico alternativo —*pensamiento fuerte*—. Por el contrario, el postmodernismo plantea una argumentación cauta y parcial —*pensamiento débil*— que no intenta imponerse para transformar la realidad. Por eso es que el pensamiento débil no solo rechaza una ética normativa, universal y única, sino que intenta guiarse por una ética de la debilidad, que resulta, sin lugar a dudas, a formas sencillas, bastante más ardua y menos reconfortante que las éticas al uso.

El escepticismo intelectual del pensamiento posmoderno revela, con fundamentos nihilistas, una crítica a la modernidad y al humanismo en crisis. Pese a ello, no ha llegado a madurar una formulación sistemática, sino que se ha quedado como un *pensamiento fuerte* de las lagunas de la modernidad, en beneficio del interés particular. Por lo cual, si existe en la actualidad una posibilidad de detener la involución constitucional en curso, pasa sobre todo por la reafirmación del carácter sacro y pacífico de la Constitución en el imaginario social y por la defensa de la única forma de identidad colectiva de tipo democrático. En tal sentido, sobre la base de una teoría institucional ética del derecho, se plantea la integración constitucional entorno al Tribunal Constitucional como una forma de reconstruir las bases teóricas, que permitan recuperar la legitimidad al Estado democrático y constitucional.

4. **ACATAMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-** El no acatamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional es un problema sobre todo político. Así podemos citar varios casos recientes como los del FONAVI o la Ley de Justicia Militar (que a pesar de haber sido declarada inconstitucional el Congreso, con otros rútilos, ha mantenido). ¿A qué razón atribuye la existencia de este problema? ¿Se debe a la poca formación democrática en el país? Finalmente, ¿qué mecanismos jurídicos y/o políticos propone para resolverlo?



EBB: En el caso del Fonavi parece que finalmente el JNE ha acatado el fallo del Tribunal, pero en general la resistencia puede explicarse en función de la democracia frágil que aun existe en el país, uno de cuyos problemas radica en la existencia de grupos que exigen un tratamiento de privilegio y exoneración frente a lo que la ley establece.

JAO: Hay, por lo menos, tres casos dignos de mencionar en cuanto a las sentencias del Tribunal. El primero, es la sentencia de 3 de enero de 2003 en la acción de inconstitucionalidad de los decretos leyes relacionados con el terrorismo, mediante la cual el Tribunal interpretó el ámbito de la jurisdicción militar, la competencia del Poder Judicial y la necesidad de adecuar la legislación a los tratados internacionales. El segundo, es la sentencia relativa al vacío constitucional en cuanto al número de votos de congresistas necesarios para declarar la vacancia de la Presidencia. El tercero, son las sentencias respecto al Código de Justicia Militar, que sólo debe tratar de los delitos de función.

Las dos primeras sentencias fueron cumplidas por los tres Poderes del Estado. Las concernientes al fuero privativo militar están pendientes de cumplimiento.

La sentencia en el caso FONAVI pretendió ser desacatada por el Jurado Nacional de Elecciones. Felizmente, con su nueva integración, el criterio ha variado; y eso es positivo, pues el ordenamiento jurídico de la Nación no puede estar sujeto a decisiones antojadizas o arbitrarias.

El tramo del FONAVI que fue aporte (no tributo) puede ser devuelto a los trabajadores de acuerdo a las posibilidades financieras del Estado, que no debe apropiarse de lo ajeno.

JMG: El problema es de una etiología variada. No sería sensato pensar que hay una razón para que ello ocurra. Es cierto que una falta de cultura cívica básica (difusión de los derechos fundamentales, esencialidad del cumplimiento de las decisiones judiciales, etc.) está en el origen del problema, sin embargo, el caso nacional exige una explicación más compleja que aquélla. Saber, por ejemplo, si el TC, antes de expedir su decisión, conocía exactamente el egreso fiscal que iba a producir con su sentencia en el caso FONAVI es de la mayor importancia. Conocer si el TC sabía que su decisión sobre el tema de la Ley de la Justicia Militar iba a significar que tendría que hacer uso de toda su autoridad para hacerla efectiva, porque de lo contrario su sentencia sería papel mojado, es determinante para esclarecer lo que viene ocurriendo.

Como sabemos, hay tribunales que le dan una importancia considerable a su potestad para ejecutar sus sentencias, inclusive para adecuar su actuación a circunstancias específicas no previstas al momento de sentenciar. Es el caso de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán en su artículo 35.

Cuando el TC sea reconocido no sólo por la comunidad jurídica sino también por la sociedad peruana, no a partir de sus excesos sino de su prudencia, es bastante probable que se encuentre en aptitud de ejercer su potestad para conducir la ejecución de sus fallos.

LCC: El no acatamiento es principalmente un problema jurídico y luego es un problema político. Y es principalmente jurídico porque el cumplimiento de las decisiones de los tribunales es una cuestión que se exige no desde la política sino desde el derecho. Así, las resoluciones firmes obtenidas dentro de un proceso se han de cumplir como exigencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso (EXP. N.º 2180-2004-AA/TC, F. J. 1).

El incumplimiento de una decisión de un Tribunal como el TC puede provenir de dos fuentes. Uno es desde la renuencia del demandado perdedor que no acepta el mandato porque simplemente no está de acuerdo con él. Esta fuente puede tener varios afluentes que le alimentan. Puede ser un desconocimiento manifiesto de bases de todo Estado de derecho como el cumplimiento de las sentencias firmes; o puede ser por algo peor: por el desprecio al Estado de derecho en general y a la Constitución y al TC en particular. Frente a esta situación debe encontrarse desde el sistema jurídico mecanismos que hagan viable que el demandado perdedor cumpla con ejecutar las sentencias constitucionales.

La segunda fuente, más extraña pero posible, es que la decisión contenida en la sentencia del TC sea una decisión manifiestamente irracional o una decisión incontestablemente injusta. Si es un asunto relacionado a Derechos Humanos, queda por acudir a la vía internacional, en particular, a la Comisión y a la Corte interamericana de Derechos humanos. Ahí, en principio, si realmente es una decisión manifiestamente irracional o injusta, ella será revertida. Si en el caso más extraño aún de que no sea revertida en la instancia internacional (situación altamente improbable pero posible); o en el caso de que el asunto no fuese uno sobre derechos humanos que no posibilite acudir a instancias de justicia internacional, podría plantearse la figura de la desobediencia civil como una forma de rebelión. Como se sabe, una decisión manifiestamente injusta o irracional no es derecho y, por tanto, no es vinculante. Si fuese este el caso, debe encontrarse desde el control social y político referido anteriormente, una respuesta adecuada a la situación de crisis que ahí se genera, y como último recurso acudir a la desobediencia civil.

Consecuentemente, en la primera fuente, la resolución no se cumple por causa imputable al deudor de la decisión contenida en la resolución; en el segundo no se cumple por causa imputable al emisor de la resolución, en este caso el TC. El incumplimiento en el primer caso es un incumplimiento en contra



del Derecho; en el segundo lo es a favor del Derecho. Ambas son situaciones irregulares y por tanto más bien excepcionales que en principio no deberían ocurrir, pero cuando ocurren generan un complejo problema de eficacia del Derecho. Por eso es necesario recordar lo siguiente: frente a una decisión del TC que ni es manifiestamente injusta ni es manifiestamente irracional, quien la incumple está incumpliendo la Constitución. La norma constitucional, ya se ha dicho, es una norma abierta e indeterminada necesitada de concreción. Es el TC a través de sus resoluciones que al concretar la disposición iusfundamental, crea derecho constitucional. Cuando no se cumple con una determinada decisión adoptada como consecuencia de una determinación o concreción de una o más disposiciones iusfundamentales, se está incumpliendo con una norma constitucional adscrita (*Zugeordnete Normen*) a una disposición constitucional expresamente estatuida. Esto deberían tenerlo siempre presente todos los sujetos de derechos que potencialmente pueden llegar a ser obligados de la decisión contenida en la resolución del TC, en particular, de órganos constitucionales autónomos como el Parlamento o el JNE que son las instituciones referidas en la pregunta.

CL: El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139°, inciso 3, donde si bien aparece como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida.

Como lo ha precisado el TC, “(...) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139°, cuando se menciona que ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”. (Sentencia emitida en el Expediente N.° 0015-2001-AI/TC, FJ 8).

El derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales resulta de especial relevancia no sólo por su manifestación de derecho de tutela judicial, sino porque constituye una garantía *sine qua non* para que pueda evidenciarse, en la práctica, el principio de independencia judicial, que conforme lo ha declarado este Tribunal no es sólo uno de

los elementos “(...) que, conforme al artículo 43.° de la Constitución, nos configuran como una República Democrática”, sino que, además, resulta “(...) necesaria (o) para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales” (Expediente N.° 0004-2004-CC/TC, FJ. 33). Si las sentencias de los jueces no se cumplen, simplemente no podría hablarse de un Poder Judicial independiente que es capaz de hacer valer su *juris dictio* con plena eficacia respecto de lo que decide, y de este modo, los ciudadanos no tendrían un garante real para la protección de sus derechos.

No obstante, existen sentencias de casos difíciles como los mencionados en que se produce resistencia a acatar los fallos del TC. Ello se debe a que los intereses en unos casos públicos y en otros privados actúan con su poder fáctico para eludir o evadir el cumplimiento de una obligación. Quizás ello expresa la falta de tradición judicial en virtud de la cual la justicia ha sido siempre para el poderoso o que no sea frecuente que quien pierda un caso judicial sea quien tiene el poder. Pero el TC se ha desvinculado en el proceso democrático de esas ataduras propias de un sistema judicial conservador y excesivamente formalista –cuya mejor expresión es el artículo 130° del Código Procesal Civil–, cuando no corrupto.

Los mecanismos de superación de dicha realidad pasa por un proceso de maduración democrática de los poderes públicos y privados; asimismo, por fortalecer la legitimidad tanto social como argumentativa de los fallos. Y finalmente, por la aplicación de los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional que prevé institutos procesales represivos para el cumplimiento de las sentencias –llegando incluso a la destitución del funcionario público renuente a cumplir una sentencia del TC–; pero que sólo son eficaces a condición que funcione plenamente el sistema democrático.

Por ello, a veces las medidas previstas en el Código Procesal Constitucional, devienen en insuficientes, debiendo recurrirse a diversos mecanismos procesales o extraprocesales. En ese sentido, cabe referir que el Tribunal ha admitido la importancia de regular la procedencia del recurso de agravio a favor del cumplimiento de sus sentencias, a través de la Resolución 0168-2007-Q/TC, de fecha 27 de noviembre de 2007, siguiendo la interpretación realizada del artículo 18° del Código Procesal Constitucional, sobre los criterios de procedencia del recurso de agravio constitucional, establecido en favor del precedente constitucional vinculante. Conforme a ello, el órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá al propio Tribunal dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso



de queja a que se refiere el artículo 19° del Código Procesal Constitucional.

5. ELECCIÓN DE MAGISTRADOS.- ¿Qué opina del mecanismo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en el Perú? ¿Considera que es idóneo para conseguir las características de un perfil adecuado tales como: denotada formación académica, trayectoria democrática, integridad, honestidad, independencia, etc.? ¿Qué opciones propondría para mejorar este mecanismo? ¿Deberían elegirse a los magistrados desde distintos gremios tales como la Corte Suprema, los colegios de abogados, las universidades, la sociedad civil?

EBB: No, el actual ha mostrado debilidades que de hecho afectan la composición del Tribunal. Hay que cambiarlo, pero esto debe ser motivo de un estudio especial, que incluya el análisis de modelos alternativos y mecanismos de consulta a organismos especializados. Si algo hay que evitar en esta materia es la improvisación.

JAO: La elección por el Congreso (o el Senado, si se restituye) y por 2/3 de los votos me parece razonable. Me parece más apropiado que la elección por tercios y por los tres Poderes del Estado. Para evitar interrupciones, puede la Constitución disponer la elección de suplentes y la continuidad en la función hasta que haya reemplazos.

JMG: Jamás puede ser idóneo un sistema de elección donde el Parlamento, tal vez una de las instituciones más devaluadas en la teoría y en la práctica constitucional contemporánea, sea el encargado de elegir a los jueces del TC. No es el caso peruano, pero si tuviésemos un Parlamento lúcido, lo que éste haría es escoger a los mediocres o a los más ínclitos para evitar que su control frustre el ejercicio de su poder. Por otro lado, tampoco escogería a los más íntegros y capaces porque sino tendría que soportar un control que evitaría de manera permanente cualquier desarreglo inconstitucional al cual casi siempre se haya en disposición.

En otras palabras, si una de las funciones más relevantes de un TC es controlar la constitucionalidad normativa, no encuentro manera de que ésta se pueda ejercer plenamente si sus miembros son elegidos precisamente por el órgano que, de preferencia, produce las afectaciones más severas a la Constitución por medio de las disposiciones legales que crea.

Por lo demás, en una cultura jurídica tan prosaica como la nuestra, aquello que se da en llamar requisitos para ser juez constitucional constituyen un elenco de principios cuya interpretación es absolutamente abierta, vale decir, todo lo contrario de aquello que puede ser entendido como exigencia liminar indispensable.

Considero que el abanico de opciones para elegir jueces debe ser abierto en las instituciones

que proveen candidatos. Hay que tener cuidado, sin embargo, con aquello que se llama sociedad civil. En el país todavía es posible identificar amplios espacios de representación que no están en condiciones de abordar seriamente una elección como la sugerida, ésta es una situación que puede producir un descalabro de proporciones.

LCC: El mecanismo de elección de los magistrados del TC debe convertirse en una de las principales piezas que conforman la institucionalidad de la jurisdicción constitucional. Me parece que la voluntad del Constituyente para decidir uno u otro mecanismo es libre y puede optar por el mecanismo que le parezca más conveniente. Dicho esto, es necesario advertir lo siguiente. En los magistrados del TC deberá de concurrir una legitimidad de origen y una legitimidad de ejercicio. La legitimidad de ejercicio puede ser a su vez formal y material. El magistrado electo tiene legitimidad de origen cuando ha sido nombrado cumpliendo escrupulosamente el mecanismo de elección que haya previsto la Constitución. Un magistrado electo al margen del mecanismo constitucional de elección, no tiene legitimidad de origen para ser magistrado constitucional.

A esta legitimidad de origen le sigue necesariamente una legitimidad de ejercicio de la función de controlador e intérprete supremo de la Constitución. En su dimensión formal, la legitimidad de ejercicio exige la participación del Parlamento y/o el Ejecutivo en la designación de los magistrados del TC. Lo recomendable es la participación de ambos: que un grupo de magistrados provengan de la elección del Parlamento y que otro del Presidente de la República. Se trata de órganos que tienen legitimidad democrática en la medida que tanto éste como aquellos han sido elegidos por votación popular. Si el TC luego tiene que declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (provenientes del Parlamento o del Ejecutivo), y de realizar determinaciones y concreciones de la disposición constitucional abierta e imprecisa, con la construcción del orden constitucional que ello suponga, entonces deberá tener un nexo de legitimidad política que le vincule a la voluntad popular. Es, me parece, un requisito *sine qua non* para hablar de elección de los magistrados. Es verdad que, como ya se ha dicho, el Constituyente puede decidir cualquier mecanismo de elección de los magistrados, y ese será el mecanismo legítimo que se ha de seguir; de modo que su cumplimiento otorga legitimidad al magistrado. Sin embargo, ello no es suficiente. Si se quiere obtener un mecanismo realmente idóneo de elección de los magistrados, se hace necesaria la intervención del Ejecutivo y del Parlamento en la elección. Este primer elemento conforma la dimensión política del mecanismo de elección de los magistrados.

En su dimensión material, la legitimidad de ejercicio exige que en el mecanismo de elección



de los magistrados del TC, participen organismos o instituciones que permitan la elección de profesionales del derecho que sean verdaderos y valiosos juristas. Es imprescindible conocer y saber emplear los mejores métodos de interpretación constitucional, así como las mejores técnicas de argumentación jurídica para justificar y adoptar una decisión jurisdiccional en el seno del TC. El control de la constitucionalidad y/o la interpretación constitucional que representa la decisión adoptada por el TC, adolecerá de legitimidad sin una correcta y suficiente argumentación constitucional. La discrecionalidad como imagen de la actuación del TC genera déficit de legitimidad (PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003).

El Ejecutivo y el Parlamento son órganos políticos y ellos no pueden asegurar por sí mismos que en los candidatos elegidos como magistrados concurren las virtudes personales y profesionales necesarias que hagan esperar razonablemente un ejercicio legítimo de la función de control e interpretación constitucional. Son órganos políticos cuya intervención aporta por sí misma legitimidad política al aportar legitimidad democrática. Por eso se requiere de la participación de órganos no políticos –académicos o jurídicos, por ejemplo– en la elección de los magistrados del TC. Estos organismos pueden ser las universidades, los colegios de abogados, el Poder Judicial, etc. Probablemente lo más recomendable será la conformación de un grupo de profesionales cuyos integrantes provengan de estas instituciones del ámbito jurídico.

¿Cómo deberá ser esta participación? Me parece que los organismos o instituciones no políticas no pueden elegir directamente al magistrado por la exigencia de legitimidad formal o política o democrática mencionada anteriormente que sólo puede ser aportada por el Presidente de la República y por el Parlamento. Estos organismos o instituciones deberían participar en una etapa previa: entre todos quienes presenten su candidatura, seleccionar un grupo reducido de profesionales del derecho que mejor encarnan las exigencias personales y jurídicas para ser magistrados del TC; para que de este grupo elijan el Parlamento y/o el Presidente de la República. La ventaja que tiene este doble ámbito de participación es, primero, que se asegura lo más posible que en el candidato electo concurre tanto legitimidad política como legitimidad académica, ambas necesarias para el ejercicio de la función. Y segundo, porque se asegura lo más posible que una y otra legitimidad sean otorgadas por órganos o instituciones capaces de darla, sin que en la mayor medida posible se falsee el otorgamiento de legitimidad.

CL: En el actual proceso de democratización del Estado peruano, se debe fortalecer la jurisdicción constitucional, estableciendo principios y mecanismos especiales de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Si bien, esta tarea se encuentra estrechamente vinculada a la reforma del sistema político, en tanto que el Tribunal como órgano de control de la constitucionalidad del poder, forma parte del núcleo del sistema político democrático; también se puede decir que hay una directa vinculación entre el sistema de nombramiento de los magistrados, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional con la producción de sus sentencias.

En esa medida, la independencia 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. La motivación de la sentencia constitucional, en este sentido, puede ser una ventana que permite ver cuán independiente es un Tribunal como institución y, sobre todo, cada uno de los magistrados que lo conforman.

El sistema de selección y elección de los magistrados del TC indirectamente asume una extraordinaria repercusión en el Estado, la política, la economía y la sociedad, cuando se materializa en la expedición de resoluciones judiciales; en tanto que, dichos jueces integran el organismo constitucional y judicial encargado de controlar los excesos de los poderes públicos, en el marco de las disposiciones establecidas en la Constitución

Una condición que deben reunir los candidatos a jueces constitucionales es su imparcialidad y su especialización; toda vez que el magistrado constitucional debe ser, ante todo, un jurista que, valiéndose del Derecho constitucional y sus cualidades humanas, aporte sus conocimientos y su experiencia frente a las causas; así como que debe mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista deben delimitar el perfil del magistrado, que requiere todo Tribunal Constitucional.

Por lo demás, se debe considerar que, para ser magistrado constitucional, se requiere no sólo condiciones de especialidad e imparcialidad, sino también de cualidades humanas. Por ello, se precisa una sólida formación en valores personales y capacidad de trabajar en equipo, lo cual es también una eficaz garantía de protección de su independencia. Se requiere, pues, que con valores como el de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual, se asuma correctamente los casos complicados, que a menudo se presentan como valores contrapuestos, y donde se necesita una apertura y disposición para incorporar las diversas opiniones o puntos de vista.

El actual sistema de elección de los candidatos al TC parte de la preselección técnica que una Comisión parlamentaria realiza, a partir de la postulación individual o institucional que realicen quienes están aptos para postular. Para que luego de dicha preselección se confeccionen ternas para que el Pleno del Congreso elija a los magistrados con los dos tercios de los votos.



Existen una serie de propuestas de mejoramiento del sistema de preselección y elección, pero lo fundamental es contar con buenos candidatos y honestos. Lo primero es una demanda por lo general siempre pendiente a juicio de los especialistas y lo segundo es una condición que requiere de un prolijo examen de su vida profesional. Lo cierto es que al igual que para ser vocal de la Corte Suprema no es inconducente realizar un examen psicológico a los candidatos.

7. ROL DEL ASESOR JURISDICCIONAL DEL TC.- En la construcción de un Tribunal Constitucional es indispensable la idea de "institución", y en esto las personas que trabajan ahí juegan un rol fundamental ¿Cuál es la función que debe cumplir un asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional? ¿Deben cumplir órdenes de los magistrados pues son ellos quiénes pondrán su firma al final o deben emitir sus opiniones legales respecto de las consultas asignadas? ¿Puede asimilarse la labor de los asesores jurisdiccionales al de un técnico más de la administración pública?

EBB: Debe ser un profesional altamente calificado, con capacidad para la investigación jurídica, dedicación exclusiva y muy bien remunerado. Lo más importante es que desempeñen sus labores en relación inmediata con los magistrados de modo que la firma por estos de sus opiniones legales contenga la ilustración que siempre proporciona un buen asesor.

JAO: Los asesores jurisdiccionales están y deben estar adscritos al Tribunal, no a los magistrados. Los asesores deben seguir el criterio de los magistrados, pero naturalmente expresarán a los ponentes –y los demás– sus puntos de vista.

La naturaleza de la labor de los asesores jurisdiccionales es distinta a la de otros técnicos de la administración pública.

En cada caso hay algo peculiar. Cada sentencia determina el destino de una o más personas.

Los asesores jurisdiccionales deben mantener secreto respecto de los casos cuyo estudio les encomienda el Tribunal.

JMG: Sin duda los asesores en el TC o de cualquier órgano jurisdiccional tienen una calidad especial. Para empezar, tienen que ser tratados como las personas más idóneas para, en perspectiva, ocupar el cargo del profesional al que ahora, por razones de oportunidad, están asesorando.

En materia de remuneraciones y otros aspectos más deben tener un tratamiento especial. Como es obvio si asesoran a un juez están en aptitud de sufrir presiones de distinta índole para lo cual necesitan ser considerados en tal perspectiva. Como

bien sabemos, su importancia es significativa en la práctica.

Sin embargo, si se pide un tratamiento especial para ellos, es obvio que también debe alcanzarles una serie de limitaciones en su ejercicio profesional, atendiendo a su ubicación tan particular. De lo contrario, podrían estar compartiendo todos los atributos que la calidad de asesores directos del juez les otorga, pero ninguna de sus responsabilidades.

LCC: Esta pregunta se puede responder de dos maneras, una de modo abstracto, otra en referencia concreta al ordenamiento jurídico peruano. De modo general, creo que son posibles al menos las dos siguientes situaciones. Primera, un caso o cuestión jurídicamente relevante sobre la cual el magistrado no tiene ninguna opinión formada. Sometida la cuestión o caso al parecer del asesor éste emite su opinión en un determinado sentido. Llegado el proyecto de resolución al magistrado éste puede concluir que la solución propuesta es una tal formulada con base en una argumentación constitucionalmente incorrecta o insuficiente. Esta es la segunda situación: la que se caracteriza por el hecho de que el magistrado tiene ya una opinión sobre una determinada cuestión o sobre la solución de un determinado caso. Las cuestiones que se presenten en esta segunda situación podrán resolverse dependiendo de lo que se entienda es la labor del asesor. Aquí, son posibles dos entendimientos. El primero, que conciba al asesor como alguien que se limita a dar una opinión sobre un determinado asunto antes de que el magistrado adopte una decisión, tal y como lo hace un Fiscal a través de sus dictámenes. El segundo, que conciba al asesor como alguien que no sólo emite una opinión sobre un asunto determinado, sino que además está llamado a ayudar al magistrado en la formulación de una decisión y en la elaboración de su respectiva justificación.

De estas dos concepciones, siempre dentro de un juicio general y abstracto, considero que es la segunda la que más se aproxima al papel que está llamado a cumplir el asesor. La razón es que con base en ella se mantiene incólume la posición de los magistrados como controladores e interpretes constitucionales; además de que con ella el asesor se convierte en una efectiva ayuda al ejercicio de esa función de control e interpretación. Por eso es que si ocurre la segunda de las dos situaciones antes mencionadas, pienso que el magistrado puede devolver al asesor el proyecto de resolución con indicaciones sobre la interpretación por él considerada como constitucionalmente correcta o suficiente. En este punto, la labor del asesor consistirá en ayudar al magistrado a desarrollar una línea argumentativa en el sentido por él manifestado. En esta línea, ¿puede oponerse el asesor a desarrollar esa labor de ayuda? Como regla general pienso que no, como excepción sólo alcanzo a ver dos estrechamente relacionadas entre sí: una, que el



desarrollo de la línea argumentativa indicada por el magistrado al asesor suponga en éste un caso grave de conflicto de conciencia; la otra, que se trate de una línea de argumentación o una solución manifiestamente irracional o manifiestamente insostenible. Esta situación creo que de ocurrir deberá ser muy excepcional, para evitar la desnaturalización de la función del asesor. De otro modo pienso que se estaría permitiendo que el asesor entorpezca la labor del magistrado en lugar de ayudarla. Lo que en ningún caso creo puede ocurrir es que el asesor imponga al magistrado su interpretación y su solución a una concreta cuestión.

Dicho esto, habrá que agregar inmediatamente que en este contexto sólo es posible pensar que como regla general el asesor sí se podrá oponer a desarrollar una determinada argumentación en la línea propuesta por el magistrado si es que éste cuenta con otro grupo de asesores con la función no de aconsejar o dictaminar, sino de prestar otros tipos de ayuda como precisamente el de desarrollar líneas argumentativas orientadas por el magistrado en la solución de un caso concreto. Así, habrían dos tipos de asesores: el asesor *dictaminador*; y el asesor *asistente*. La existencia de dos grupos diferenciados de asesores no está exenta de dificultades. La más grave probablemente sea la dificultad en conseguir un proyecto de resolución por parte del magistrado ponente, con la correspondiente demora en la consecución de una sentencia.

Parece ser que esto último es lo que ha ocurrido en el caso peruano, en referencia a la manera concreta de resolver la pregunta planteada. Y digo que *parece ser* porque la normatividad vigente no es clara. En el artículo 34 del Reglamento de Organización y funciones del TC se ha establecido que “[e]l Gabinete de Asesores está integrado por Asesores de Magistrados y Asesores Jurisdiccionales; y depende de la Secretaría General. Los Asesores de Magistrados brindan asesoramiento al Pleno y a los Magistrados en los asuntos que le sean encomendados y en el análisis y estudio de las causas”. Luego, en el Manual de Organización y Funciones del TC, se ha dispuesto que el asesor de magistrado tiene, entre otras, las siguientes funciones: “-Apoyar directamente a los Magistrados en la elaboración de los proyectos de ponencias de los procesos de inconstitucionalidad y procesos competenciales; -Asesorar a los Magistrados en la toma de decisiones de carácter jurisdiccional; (...) -Estudiar e informar sobre los expedientes asignados bajo su responsabilidad” (punto 4.9). Mientras que para el asesor jurisdiccional se ha dispuesto, entre otras, las siguientes funciones: “ - Estudiar y analizar los expedientes que le sean asignados, así como elaborar los anteproyectos de ponencias; -Absolver las consultas planteadas por el Asesor de Magistrado, Secretario General o los Magistrados; -Estudiar, interpretar y difundir normas legales relacionadas con las actividades de su área” (punto 4.48).

De entrada pareciera que los asesores de magistrados son los que ayudan realmente al magistrado en la formulación del proyecto de resolución. De modo que si el asesor jurisdiccional al que se le encarga la formulación de un anteproyecto de resolución sobre un determinado caso, formula una argumentación o una decisión constitucionalmente incorrecta o deficiente a juicio del magistrado, éste podrá encargar al asesor de magistrado la elaboración de una distinta decisión y argumentación con base en líneas argumentativas por él dadas. Esto último se concluye del hecho de que el asesor de magistrado tiene la función de apoyar al magistrado en la elaboración del proyecto de ponencia. El problema es que este apoyo se reduce –según la norma reglamentaria– sólo a los procesos de inconstitucionalidad y de conflicto de competencias. ¿Significa que este razonamiento es sólo predicable de estos dos procesos constitucionales de modo que sobre procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, no sería posible prestar esa ayuda? En principio pareciera que no, pues resulta razonable que esa ayuda también se extienda a estos otros procesos constitucionales. Dudo como se está aplicando esta normatividad en la práctica. En cualquier caso insisto en algo que ya dije antes: debe regir el principio según el cual la opinión del asesor no puede estar por encima de la opinión del magistrado.

CL: Los asesores del TC son funcionarios públicos al servicio del Estado; es decir que, están sujetos a las normas que regulan dicha función pública. Ello permite asegurar una política institucional que encuentra en el rol de los asesores a la tecno-burocracia que debe garantizar el cumplimiento de los fines institucionales. Los magistrados como titulares de las resoluciones que suscriben dirigen sus ponencias con el apoyo del staff de los asesores jurisdiccionales que están organizados en grupos temáticos de trabajo; sin embargo, también cuentan con asesores de su despacho a efectos de cumplir una función de asesoría jurisdiccional más personalizada al Magistrado. Aquí se asimila nominalmente la figura administrativa del funcionario con el cargo de confianza del Magistrado.

El asesor jurisdiccional es decir aquel que tiene una carrera administrativa se encuentra en el deber/derecho de emitir opiniones técnicas para los magistrados, de acuerdo con los preceptos constitucionales y jurisprudenciales. Pero si el magistrado ponente postulase un criterio que vaya a juicio del asesor jurisdiccional en contra de lo establecido o permitido, tiene la obligación de advertirle del hecho. Y si el magistrado insistiese, el asesor debe salvar su opinión técnica si considera que es un proyecto contrario a derecho. Por cuanto el magistrado cuenta con un asesor de confianza adscrito a su Despacho para llevar a cabo aquellos proyectos especiales o complejos para el ponente.



Si la labor del asesor jurisdiccional estuviera desvinculada de sus criterios profesionales al interpretar y aplicar la Constitución y la jurisprudencia constitucional, entonces podría pensarse que su labor no es intelectual sino manual. Y ciertamente que en las etapas de cautiverio del TC la idea del asesor-obrero hacía que los asesores fueran meros instrumentos en la elaboración de sentencias a pedido de los magistrados de entonces, afines a los dictados del gobierno.

En consecuencia, una garantía de la independencia del TC también es que exista un cuerpo de asesores jurisdiccionales técnicos. Pero, también hay que señalar que se pervierte la función del asesor jurisdiccional, cuando entiende que su función técnica se caracteriza por su incondicional o complaciente sometimiento a la autoridad de turno; siendo que su sometimiento o lealtad es antes que todo con la Constitución.

9. DECRETOS LEGISLATIVOS DEL TLC.- El Poder Ejecutivo, por delegación del Congreso, promulgó recientemente una serie de normas con ocasión del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Al respecto se ha criticado la amplitud de la delegación que decía: "Se delegan facultades para promover el TLC", y también se ha criticado el resultado porque se aprovechó la ocasión para crear normas que ninguna relación guardaban con el TLC. ¿Considera que las normas mencionadas pueden estar viciadas de inconstitucionalidad? ¿A quién corresponde la responsabilidad de revisar la constitucionalidad de estas normas? ¿Podría el Tribunal Constitucional revisar la constitucionalidad de la Ley de Delegación de facultades?

EBB: El problema está en la liberalidad con la que actuó el Congreso y corresponde además que sea él quien revise, pues el art. 106 de la Constitución dispone el mecanismo de control de la Dación de cuenta. Por lo demás El TC no puede promover de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

JMG: Un día, ojalá no sea tan lejano, los constitucionalistas serán capaces de reconocer la existencia de enunciados normativos que, pudiendo entenderse en contradicción con un derecho constitucional, no produzcan en cuanto tal una afectación a ninguna persona en concreto, razón por la cual carecerá de sentido la declaración de expulsión del ordenamiento jurídico.

En el presente caso, cabe la posibilidad de que hayan disposiciones expedidas en el conjunto de la legislación pretextada para adecuar nuestra normativa al TLC con los Estados Unidos que no sean correspondientes con tal fin. La pregunta por responder es: ¿qué debe hacerse con esas normas ajenas a la delegación concedida, si apreciamos que su contenido es adecuado o necesario para nuestra

sociedad?

Como se aprecia, el tema no es si el TC debe actuar de oficio o debe esperar que alguien lo denuncie. En la medida de lo posible no debemos contemplar una discusión sobre el método si no sabemos si nos interesa el resultado. Intento decir que la inconstitucionalidad que debemos perseguir, a como dé lugar, es aquella que agravia a una persona –aunque sea a una sola- o a una parte sensible de nuestro sistema constitucional. Si éstas situaciones no se presentan, aunque en un plano teórico hay un desajuste tan débil que no sea posible identificar consecuencias de ello, deberíamos pensar seriamente en no exagerar nuestra sensibilidad.

Por otro lado, ¿alguien podría asegurar que si se presentara una situación como la descrita, no se debería a que más bien es la norma constitucional la que no refleja los principios y valores en los cuales está asentada nuestra Comunidad?

Cómo se advertirá, carezco en este tema de una posición definida. En cualquier caso, se trata de una opción de política del derecho que debe ser asumida con fundamento y prudencia pero, a partir de una determinada concepción de filosofía política.

LCC: No he analizado los decretos legislativos que fueron fruto de la delegación de facultades mencionada. Tampoco es el momento ni lugar de realizar un análisis constitucional. Sin embargo, me permitiré dar la siguiente opinión. Si al TC se le puede criticar que debido al ejercicio extralimitado de su función, ha invadido ámbitos constitucionalmente reservados a otros órganos, al Ejecutivo se le puede reprochar su poco –a veces nulo– conocimiento y sentimiento constitucional. No han sido pocas las veces en las que el Ejecutivo se ha excedido en el ejercicio de las facultades legislativas que se le delegaban. Ha sido, y parece que es una constante en su actuación. Por ejemplo, mediante Ley 26648 se delegó por un plazo de 90 días (prorrogados luego por 30 más) al Ejecutivo la facultad de regular sobre –entre otras– la creación y funcionamiento de la Zona de desarrollo del Eje Matarani-Ilo-Tacna para promover la inversión privada en el sur. En ejercicio de estas funciones legislativas delegadas, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto legislativo 843, en cuyo artículo 1 se establecieron unos requisitos mínimos de calidad que se debían de cumplir para la importación de vehículos automotores de transporte terrestre usados, de carga o pasajeros. Adicionalmente se estableció en la parte final del mencionado dispositivo, que los requisitos mínimos de calidad podían ser modificados posteriormente por simple reglamento. Con base en esto, el Ministerio de Transportes y comunicaciones a través del D. S. 017-2005-MTC, y del D. S. 042-2006-MTC modificó los requisitos mínimos establecidos por el referido decreto legislativo. ¿Qué se produjo con la aprobación de estas normas reglamentarias? La desnaturalización de las facultades legislativas

delegadas, primero, porque las facultades fueron re-delegadas por el Ejecutivo a un Ministerio en concreto; y segundo porque la re-delegación ocurría sine die. Y otro tanto se puede decir de los Decretos de urgencia. No ha sido infrecuente la inclinación del Ejecutivo hacia el uso extralimitado de las facultades legislativas delegadas y de las medidas extraordinarias, que no es de sorprender que en la expedición de los decretos legislativos emitidos para promover el TLC se haya incurrido en una nueva y lamentable extralimitación.

10. MENSAJE DE LOS PARTICIPANTES.- ¿Podría Usted proponer algún mensaje a sus colegas peruanos y a los magistrados del nuevo Tribunal Constitucional del Perú acerca de la tarea de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la conciencia constitucional del ciudadano?

EBB: Más que mensajes, lo que me interesa reafirmar es una convicción profunda y que estimo bien fundada, en la importancia de mantener y fortalecer el sistema de control constitucional. Es una pieza maestra del estado de Derecho y del proceso de institucionalización democrática del país. No me cabe la menor duda de mi coincidencia en este aspecto con las mayorías ciudadanas.

JAO: Jamás pensé en ser magistrado del Poder Judicial. Tampoco del TC. Mi vida ha discurrido entre el quehacer profesional y la labor política.

Antes de asumir el cargo de magistrado constitucional, cesé en la militancia en Acción Popular. Puedo afirmar que ninguna de las cerca de 30 mil sentencias en que participé tuvo inspiración partidaria.

En la función pre-legislativa elaboré los proyectos de Ley de Reforma Electoral y Ley de Elecciones Municipales. En base a ellos fueron dictados el decreto-ley 14250 y la ley 14669.

Presidí las comisiones que elaboraron el Código Civil (1984), el Código Penal (1991), el Código Procesal Penal (1991), el Código de Ejecución Penal (1991) y el Código Procesal Civil (1992), trabajando simultáneamente con mis labores de Senador de la República.

El Tribunal Constitucional, con dos magistrados que culminan su período en diciembre de 2009, y cinco que continuarán más tiempo, está cumpliendo una valiosa labor jurisdiccional. Todos ellos son maestros universitarios. Han demostrado ponderación y capacidad. Estoy convencido que no requieren mensaje alguno. Tienen la convicción de que deben actuar como magistrados del más alto órgano jurisdiccional del Perú.

Los abogados, de todas las generaciones, no pueden esquivar su compromiso con el presente y el futuro de la justicia.

En mi renovado ejercicio profesional, advierto que hay más lentitud en el trámite judicial. Aún no se

alcanzan los fines de los códigos procesales dictados en la década pasada.

JMG: El tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho es arduo y complejo. Exige mucho de muchos y de manera permanente. Si algo tiene que hacer el TC es decir poco y bien, sólo así ganará autoridad. Si por otro lado, algo tenemos que hacer los abogados es mucha labor pedagógica en torno al tema. Lo trascendente es que detrás de la importancia indiscutida de la Constitución está implícito el diseño de una sociedad mejor en todos los sentidos. En otras palabras: no hay que defender a la Constitución y a sus tutelas por ellas mismas, sino por lo que significan para propiciar otro mundo posible.

Por eso no comparto la pregunta porque me parece que convierte el tema constitucional en un fetiche. La justicia constitucional no va a fortalecer la conciencia constitucional del ciudadano. En cualquier caso, aún en la hipótesis de que lo haga, aquello no es lo trascendente. Si la justicia constitucional necesita que el ciudadano adquiera conciencia de su importancia esta yendo a comprar hielo al desierto. El mecanismo es invertido, es la justicia constitucional la que tiene que iniciar una intensa función propedéutica que conduzca a la Comunidad, en la que están insertos todos sus protagonistas, a reconocer la necesidad de una sociedad igualitaria, solidaria y libre.

El que tiene el poder no busca reconocimiento, se legitima en su ejercicio y conduce a los interesados hacia una sociedad más justa. Basta de jugar a armar conceptos vacíos.

LCC: No creo estar en condiciones de proponer algún mensaje. Sólo quiero terminar con una reflexión: la Constitución establece que todos tenemos el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Esto nos convierte en controladores de la constitucionalidad de las acciones del poder público, de los particulares, y –desde luego– del TC, sin que ello signifique que tenemos facultades de control difuso de la constitucionalidad. Pero sí tenemos oportunidades sociales, de las cuales las académicas son un elemento esencial. Así, un modo de controlar es manifestando nuestro desacuerdo frente a alguna decisión o fundamentación de una decisión que lleve a cabo algún juez constitucional, así sea éste el TC. Y la manera que tenemos los académicos de manifestarnos es –principalmente– a través de conferencias y publicaciones. Pienso que se ayuda denunciando las deficiencias y proponiendo mejoras. Desde luego que esta actividad debe realizarse con vocación de ayuda, de ahí que las formas deban guardarse y la argumentación suficiente que justifique una posición distinta es indispensable. En ningún caso deben formularse como una crítica personal, ni mucho menos el TC –en particular quien haya sido ponente de la resolución criticada– deberá entender esas críticas como

