

**PARÁMETROS INTERPRETATIVOS CONSTITUCIONALES Y EL LUGAR  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO NORMATIVO EN  
PERÚ: DIEZ AÑOS DESPUÉS**

**Marcial Rubio**

*Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP desde 1994. Vicerrector Académico de la PUCP.*

**Néstor Pedro Sagüés**

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.*

**César Landa**

*Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex-becario de la Alexander von Humboldt Stiftung de Alemania. Postdoctor en Derecho. Universidad de Bayreuth y Max-Planck Institut. Alemania.*

**Francisco Eguiguren**

*Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP.*

El Tribunal Constitucional se ha constituido como uno de los pilares del ordenamiento jurídico peruano. No obstante, su existencia ha causado una serie de críticas (a favor y en contra) en torno al poder discrecional con el que cuenta.

Así, cuatro de los mejores especialistas en Derecho Constitucional responden a una serie de preguntas que tratan de ilustrar la importancia del Tribunal en el ordenamiento peruano, comentando acerca de los parámetros interpretativos de que éste utiliza, así como la justificación para su presencia en nuestro ordenamiento.

**1. Actualmente, existen fuerzas en el congreso peruano interesadas en limitar el poder del Tribunal Constitucional e incluso desaparecerlo<sup>1</sup>, debido a sus constantes, supuestas, extralimitaciones<sup>2</sup>.**

**En contraste, en una entrevista publicada en THEMIS-Revista de Derecho 52, Guido Calabresi dijo que los tribunales constitucionales han contribuido a mejorar la percepción acerca del sistema de justicia en los países de tradición civilista donde se han instaurado. ¿Cuál es su postura? ¿El papel de los tribunales ha sido beneficioso o no?**

**EGUIGUREN:** Cada cierto tiempo, normalmente a propósito de alguna sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") que aborda temas de repercusión política o afecta a determinados intereses, "resucita" la propuesta de algunos parlamentarios para limitar las competencias de este Tribunal, los alcances de sus sentencias o hasta desaparecerlo. Considero estos planteamientos errados e inconvenientes, tanto porque revelan inconsistencia política y grave desconocimiento respecto a la historia de nuestro sistema judicial, como del papel destacado que, en general, viene cumpliendo el TC para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos fundamentales.

lecimiento de la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos fundamentales.

Basta constatar la crisis de legitimidad y credibilidad que aqueja desde hace algunas décadas a nuestro Poder Judicial, así como revisar los debates constituyentes que dieron lugar a las Cartas de 1979 o 1993, para concluir sin duda que si en nuestro país se resolvió crear y mantener un Tribunal Constitucional, fue por la amplia crítica y desconfianza social hacia la gestión del Poder Judicial y la propia Corte Suprema. Algo similar ha sucedido en otros países de Europa y América Latina donde se creó un TC, precisamente como reacción y respuesta política ante la deslegitimación o limitaciones del sistema judicial. En cambio, cuando el sistema judicial o la Corte Suprema gozan de independencia política y de legitimidad social, normalmente carecen de acogida las propuestas de crear un TC; cualquiera que sepa un poco de esta materia, sabe que en los Estados Unidos la Corte Suprema es un auténtico Tribunal Constitucional y no un mero órgano judicial ordinario supremo. Por ello, allí no se necesita ni propone crear un TC.

Al margen de ciertas decisiones controvertidas o cuestionables del TC, que pienso son las menos, ello resulta inevitable en la labor de todo órgano jurisdiccional, que resuelve sobre intereses y derechos enfrentados. Pero, a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción ordinaria, jamás se ha acusado al TC de sumisión política o de corrupción. Que ha habido algunos excesos en ciertas sentencias e interpretaciones, sí; pero la labor positiva del TC y su jurisprudencia son lo que prevalece en un balance objetivo. ¿No es acaso cierto que sigue existiendo diferencia cualitativa entre el contenido de la jurisprudencia del TC y la del Poder Judicial? ¿Puede alguien, seriamente, sostener que estaríamos mejor en materia constitucional e institucional sin en el TC, cumpliendo su rol la Corte Suprema o una Sala Constitucional de ésta?

<sup>1</sup> "Mantengo mi propuesta (de eliminar el TC), estoy haciendo un análisis de mi posición (sic) en el sentido de que el TC no ha servido para fortalecer el sistema democrático, sino para enturbiar las relaciones entre los poderes y en otros países que son ultra democráticos (sic) como por ejemplo en los Estados Unidos la función constitucional lo tiene (sic) la Corte Suprema". Congresista Mauricio Mulder en: "La Razón" de 26 de junio de 2007.

<sup>2</sup> "(...). En el derecho público es clarísimo también, lo que no está permitido no es admitido y la Constitución es clara en relación al Tribunal: uno, es última instancia en las acciones constitucionales como amparo, *habeas corpus*, cuando tienes una sentencia anterior que la ha desestimado, cuando tienes sentencia desestimatoria. Dos, dirime controversias entre organismos del Estado cuando hay un conflicto de competencias entre ellos. Tercero, puede declarar inconstitucional las normas que considera que colisionan con la Constitución (...). Esa es la función del TC, sin embargo se siente *la mamá de Tarzán* o como dicen los chicos, *la última Coca Cola del desierto*. Ellos creen que lo pueden hacer todo, quieren ser la última instancia en sentencias ya no desestimatorias sino estimatorias; y ya no solo quieren hacer legislación negativa sino también positiva. Incluso han terminado con la sentencia final y con el carácter de cosa juzgada, hecho que a la postre nunca se sabe cuando se tiene una sentencia final y ello atenta contra el Estado de derecho". El autor de estas peculiares declaraciones es el congresista Ántero Flores-Araoz (en: "La Razón" de 10 de julio de 2007) y es, además, el autor de un proyecto de ley llamado a limitar las atribuciones interpretativas del Tribunal.

En el Congreso, hay quienes siguen sin descubrir ni entender el significado y utilidad de las sentencias interpretativas o “manipulativas” del TC. Si bien éstas no tienen que ser lo frecuente, cuando el TC recurre a ellas, es precisamente para buscar una forma de interpretación que “salve” la adecuación a la Constitución de una ley, evitando tener que declararla inconstitucional y derogarla. La noción del TC como “legislador negativo”, supone algo dejado de lado hace tiempo por la doctrina especializada y por la práctica de los más importantes tribunales constitucionales.

Por todo ello, más allá de la necesaria ponderación y sensatez que debe tener el TC en la utilización de sus competencias y en la adopción de sus sentencias, sería muy lamentable que se brinde acogida en el Congreso a propuestas legislativas o de reforma constitucional que tiendan a limitar las competencias del TC o el sentido y alcances de sus sentencias. El órgano sometido a control, es decir, el legislador ordinario, no puede limitar o condicionar las competencias y atribuciones de quien lo controla.

**LANDA:** Bueno, hay varias partes importantes en la pregunta que me parece necesario precisar. El modelo en el cual se forja el sistema jurídico peruano encuentra sus raíces en el modelo europeo-continental del Derecho Civil, es decir, donde el Derecho se crea a través de la norma legal. Sea en España, en Alemania, Italia o Francia, esto queda consagrado con el rol preliminar que tiene el parlamento como creador del Derecho y la norma legal. Éste Derecho será el que deberán aplicar, en consecuencia, los órganos ejecutivos y jueces.

Sin embargo, creo que a partir de la Constitución del año 79 y en adelante –y la del 93 ciertamente–, se abre un sistema jurídico moderno propio del desarrollo tecnológico, económico, social y cultural del país, a la altura de los desarrollos, retos y desafíos mundiales, donde se incorpora un sistema de justicia constitucional y un sistema de justicia supranacional. En tanto ambos sistemas tienen como finalidad proteger los derechos humanos, se crean tribunales, como el Tribunal Constitucional (o de Garantías como era llamado en la Constitución de 1979). Se crean, en consecuencia, procesos especializados, aparte del clásico de *habeas corpus*; el de amparo, posteriormente

el de cumplimiento, el *habeas data*, para proteger los derechos y libertades individuales de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Y en segundo lugar, se crean como novedad, procesos de control del sistema jurídico, tales como el proceso de Inconstitucionalidad de las leyes y el conflicto de competencia.

Esta modernización indica que, en el fondo, debe haber un replanteamiento de las fuentes del sistema jurídico que alimenta nuestra tradición, basado en el sistema del Derecho Civil, que incorpore más bien elementos característicos de un modelo anglosajón o del *Common Law*, por cuanto en este sistema es la jurisprudencia la que declara el derecho, muchas veces no de manera individual, sino también de carácter general. Ello, a través de institutos no solamente del *certiorari*, sino sobre todo del *stare decisis*; es decir, de los precedentes vinculantes, que tienen efectos normativos para que los jueces resuelvan de la misma manera en el futuro, sin perjuicio de la norma legal del parlamento.

**RUBIO:** Yo creo que siempre habrá un conflicto entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. Es la regla en todos los países en que existe un Tribunal como este. El Perú no va a ser una excepción, sobre todo cuando el Congreso considera que es el poder indiscutible en el Estado.

A pesar de lo que piense el Congreso, lo cierto es que ningún órgano es poder indiscutible. Hay separación de poderes y ello incluye, ahora, a muchos más órganos que el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. También circunscribe al Tribunal Constitucional, por lo que éste tiene el derecho y deber de arbitrar los conflictos que se le encargan y sentar jurisprudencia constitucional que dé garantías de seguridad jurídica sobre cómo serán sus fallos.

Eso ha hecho hasta el momento, y lo ha hecho con buen criterio. Creo que hay que aplaudirlo: en la historia republicana es, sin duda, el órgano constituido que más organización del Estado peruano ha realizado. Al menos, eso pienso yo.

**2. Tradicionalmente, se ha dicho que las cortes están ahí para interpretar (no crear) el Derecho<sup>3</sup> y los legisladores para crearlo (no interpretarlo); pero vemos, en con-**

<sup>3</sup> Ariano, refiriéndose al supuesto “frenesí de poder” que sufriría el Tribunal, señala que “(...) los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para “crear” normas, sino para “resolver” controversias (...)”. ARIANO DEHO, Eugenia. “Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 96. 2006.

traste, que muchas veces las cortes crean normas<sup>4</sup> y los legisladores las interpretan<sup>5</sup>.

Por otro lado, se ha dicho, partiendo de corrientes como la *Public Choice* de Buchanan y Olson, la *Economic Theory of Regulation* de Stigler, Becker y Viscusi, y el análisis económico del Derecho Constitucional de Cooter, que el proceso regulatorio, habitualmente, responde a la "captura" de los organismos reguladores por parte de grupos de interés privado. Esto ha llevado a algunos a defender la mayor participación de los tribunales en dicho proceso regulatorio, ya que serían unos que evalúan de manera más objetiva el interés público. Posteriormente, el llamado *Constitutional Populism* de Tushnet y Kramer ha venido a negar dicha postura, argumentando que los tribunales son *antidemocráticos* (Häbermas), igualmente parcializados, simplificadores excesivos de la realidad (Unger), etcétera. Esta discusión, sin embargo, no parece tener mucha actualidad en países donde los tribunales habitualmente (casi "naturalmente") han estado fuera de dicho proceso, en relación a consideraciones semejantes a las reseñadas en el primer párrafo de esta pregunta. Es decir, aquí seguimos discutiendo si los tribunales crean o interpretan las normas, en lugar de, prescindiendo de esta distinción, discutir si es más o menos conveniente para nuestros países que estos participen más activamente del proceso de creación de normas.

Pero, ahora, con el surgimiento de los tribunales constitucionales, esto podría cambiar. ¿Qué cree que nos depare el futuro en torno al papel de los tribunales en Latinoamérica? ¿Considera válida la distinción entre crear e interpretar o es simplemente un problema de repartición del poder? Fuera de las conocidas consideraciones históricas, ¿A qué se debe el relativamente poco peso de los tribunales en los países de tradición civil en el pro-

ceso regulatorio en comparación a sus pares en los países anglosajones (si acaso hay otro elemento a tomar en cuenta)? ¿Podría ser esta diferencia una explicación del atraso de nuestros países en temas económicos?

**LANDA:** Evidentemente, el Tribunal Constitucional busca expresar la articulación de dos sistemas que parecen contradictorios, en busca de la defensa de los derechos fundamentales y el orden jurídico. Entonces, es importante definir la naturaleza del Tribunal Constitucional para conocer previamente si tradicionalmente el juez solamente aplica el Derecho o también lo crea. Yo diría que la tarea del Tribunal Constitucional es una tarea jurisdiccional, en primer lugar; pero que no está exenta, por los efectos de su sentencia, de cierta implicancia del orden público, sea económico, político, social o cultural, debido al impacto de las sentencias. Esto, en la medida que declarar inconstitucional una ley que dicta el poder político no puede ser sino a través de una sentencia que tenga ese mismo impacto. También sucede que el impacto, a veces socioeconómico, tiene efectos en materia presupuestal, incidencia en las finanzas públicas y eventualmente en las privadas. Entonces, la naturaleza del tribunal es una naturaleza jurisdiccional, que no está exenta de tener una naturaleza política, por los efectos de su sentencia; pero también una naturaleza estrictamente constitucional, porque sus competencias están consagradas en la Constitución, la ley y el Código Procesal que las desarrollan.

En consecuencia, ahí están planteados los elementos centrales de la naturaleza del Tribunal. Podríamos decir que es un órgano jurídico, pero que no está exento también de una naturaleza político-constitucional. Esto, en tanto la Constitución, que es el objeto de control, no es sólo la norma jurídica suprema, sino también una norma política de consenso. Entonces, bajo esa perspectiva, podríamos decir que los tribunales constitucionales no solamente interpretan el Derecho, sino que aplican la norma. Los supuestos de hecho de la norma están en el análisis del caso fáctico, pero cuándo hay una duda razonable, en el sentido de si los hechos son los que alega el demandante

<sup>4</sup> Tómese en cuenta que en Estados Unidos, por ejemplo, gran parte de la desregulación se debió al actuar de los tribunales desde el famoso caso *Lochner v. Nueva York*.

<sup>5</sup> Un ejemplo extremo de esto son las *leyes de interpretación auténtica*, aunque, debemos decir, congresos como el peruano tienen comisiones que evalúan (por mandato constitucional), por ejemplo, la constitucionalidad de los proyectos de normas antes de votarlos en el pleno (es decir, en la reunión de todos), donde realizan interpretaciones de la Constitución que son vinculantes para el propio parlamento.

(por ejemplo, si hay una detención arbitraria o ilegal, o si hubo una retención en una salida de aeropuerto), esos supuestos son afectaciones no sólo en el análisis de los hechos, sino también de la norma, por lo que hay que interpretarla.

A modo de ejemplo: ¿Qué significa la libertad? La libertad es la no privación de la libertad, pero también puede significar restricciones menores a la libertad, incluso de tránsito. Entonces, cuando hay dudas en los hechos normados, como en el ejemplo, es que el juez tiene que interpretar. Por su parte, cuando hay un vacío o una deficiencia en la norma, es donde aparece lo que conocemos como la argumentación jurídico-constitucional; en consecuencia, frente a ese vacío, lo que hace un jurista o los jueces es utilizar los principios generales del Derecho, y eventualmente el derecho consuetudinario. Por ejemplo: el derecho a la igualdad; donde a dos supuestos iguales, las consecuencias deben ser iguales.

Pero si a un supuesto de hecho le otorgan una norma y a otro no, frente a ese vacío parece razonable interpretar que la Constitución entendería que en ambos casos existe el mismo derecho. O sea, si hubiera una norma que dijera: "El sufragio en las universidades está previsto para los varones" (pensando en una lógica del siglo XX) y no se menciona a los alumnos o estudiantes, y se interpretará que se refiere sólo a los varones, entonces ahí creo que es razonable entender que son los estudiantes varones y también las estudiantes mujeres. Entonces, estos principios generales se utilizan para llenar los vacíos o deficiencias de la norma, cuando en la situación de la inconstitucionalidad de las leyes se presenta un conflicto.

El Tribunal Constitucional no solamente aplica la norma cuando haya que aplicar, o interpreta, o argumenta, sino que también tiene una función de pacificación de conflictos sociales, de ordenación del sistema jurídico y de racionalización. Ello, por cuanto lo que busca el Tribunal, de acuerdo al artículo II del Código Procesal Constitucional, es que los procesos constitucionales tengan como fines esenciales garantizar el orden jurídico constitucional y tutelar los derechos fundamentales. Aunque esas finalidades pueden ser contradictorias (por un lado el interés subjetivo del particular, y por otro lado el interés objetivo del orden jurídico), el Tribunal lo que hace es integrar ambas.

¿Qué nos puede deparar el futuro en torno al papel de los tribunales en Latinoamérica? Yo creo que nos va a guiar a una afirmación del respeto por los derechos y seguridad jurídica en todos los

ámbitos de actuación de un territorio (sea Perú, sea Bolivia, Ecuador o Chile). De esta manera, se cumplirá el principio de que todos somos iguales ante la ley y, en consecuencia, se aplicarán las normas y las sentencias para todos. Es un principio de justicia, elemental en un Estado moderno.

¿Si es válido distinguir entre crear o interpretar o es simplemente un problema de repartición de poder? Te doy un ejemplo. Los propios parlamentos hacen tareas cuasi-jurisdiccionales cuando acusaciones constitucionalmente. Allí, la subcomisión de acusaciones la lleva el tema a la comisión permanente, quien puede dictaminar y elevar al Pleno el caso a fin de sancionar al funcionario con una inhabilitación, destitución o amonestación. De igual manera, vemos que el parlamento delega funciones al Poder Ejecutivo, quien legisla mediante Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia. Por su parte, el Poder Judicial también dicta, o tiene la facultad de dictar, precedentes vinculantes con efectos generales.

Entonces, esa clásica división de poderes sobre la cual se formó el Estado Constitucional hace 200 años, se ha ido transformando de un sistema de división hacia un sistema de cooperación, y la expresión más clara de ello es el control y balance de los poderes. Claro, no es que alguien tenga la última palabra, sino que todos tienen una cuota de los poderes del Estado. Sin embargo, cuando exista contradicción, es necesario que una de las partes tenga la decisión final. La Constitución ha previsto, en el artículo 202, que corresponde al Tribunal Constitucional ser la última y definitiva instancia en materia de derechos fundamentales; es decir, en casos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*. También le corresponde ser la única instancia en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Y, en los conflictos de competencia se debe ir a una instancia, que es Tribunal Constitucional (*competence of competence*), porque es él quien tiene la habilitación constitucional para resolver. Esto no significa que se crea un supra-poder encima de los poderes del Estado y los organismos autónomos. El Tribunal no es elegido por el pueblo, ni el poder constituyente ha previsto que esté por encima del Estado. En todo caso, es un poder integrador, un poder moderador. Esto, en tanto el sistema de poder en nuestro Estado es uno de balances y equilibrios, lo cual requiere de una articulación. Precisamente en el Tribunal están estas bisagras que permiten la flexibilidad del juego político.

En resumen, diría que en la experiencia peruana, en estadísticas, más del 80% de los casos que resuelve el Tribunal son desestimados. Es decir, el

Poder Judicial, mal que bien, ha dictado resoluciones que no son contrarias a la Constitución. Solamente un 20% son fundadas. En cuanto al Poder Legislativo, dicta cientos de leyes cada año; pero del año 96 a la fecha hemos dictado 240 sentencias, de las cuales aproximadamente quince son sentencias interpretativas y 50 más serán las que declaren la inconstitucionalidad de una norma clara o abiertamente. Ello denota que nuestra función es residual.

¿A qué se debe el poco peso de los tribunales en los países de tradición civil en relación a sus pares anglosajones? Pues yo creo que, en general, en el mundo anglosajón es la judicatura la que va contribuyendo a realizar el Derecho. Diría, en consecuencia, que no se trata del poco peso de los Tribunales Constitucionales en los países de tradición civilista, sino que en los países de tradición anglosajona su facultad de revisión es más notable. Son lo que ellos llaman los *judicial policy-makers*, que tienen capacidad de hacer políticas, conjuntamente con el parlamento o la Corona.

En el Derecho Civil, en cambio, la noción del juez es la del que imparte justicia; es un administrador, un funcionario burócrata judicial (en el buen sentido). No se le ve como un ente que ejerce poder del Estado y cuyos miembros tienen una cuota de poder en las decisiones públicas, a través de la interpretación de las normas legales y su aplicación al caso concreto. Eso es quizá lo que nos diferencia.

El poco peso de los Tribunales Constitucionales denota esta suerte de transformación de un sistema clásico del Derecho Civil a un sistema que se moderniza a través del Derecho Común. Es una etapa de transición que recién ha empezado y que recién toca las puertas de los países civilistas.

**SAGÜÉS:** Teóricamente, se puede distinguir entre interpretar y crear. La tarea clásica de interpretar podría consistir en desentrañar el sentido de una norma; es decir, encontrar algo que ya existía. Creo que ante los supuestos de laguna del Derecho Constitucional, el verbo más adecuado es el de integrar, en cuyo caso los tribunales, ahí sí, deben cumplir un rol creativo, cubriendo los vacíos legales. Hay, por tanto, un inexorable rol creativo en la teoría del funcionamiento. Pero, aunque no hubieran vacíos en la Constitución, la dinámica de los tiempos exige que los tribunales no solamente encuentren respuestas ya dadas en la Constitución, sino que a menudo deben elaborar y construir respuestas que no están allí. Además, algunas veces los tribunales deben elegir entre las distintas variables normativas que pueda tener un mismo

precepto; es decir, un precepto ambiguo que de lugar a tres interpretaciones, es en realidad un precepto que tiene tres normas, en cuyo caso los tribunales deben escoger una y deben desechar dos de esas opciones normativas que tiene una Constitución. En esa opción hay un acto creativo. Asimismo, cuando las normas constitucionales no son coherentes o consistentes; es decir, son contradictorias, los tribunales deben también realizar un rol creativo, privilegiando una de las normas sobre las otras. Finalmente, aunque la norma sea clara, los tribunales muchas veces deben preferir una. Ello sucede entre derechos o acciones de deslinde de derechos; por ejemplo, hasta dónde termina la intimidad y cuándo comienza la publicidad o la libertad de expresión. En tal caso, también hay otra tarea inexcusablemente creativa. Otra situación similar se da cuando deben adaptar las normas viejas a las situaciones nuevas y a los conflictos nuevos que presenta la realidad, en cuyo caso es probable que abandonen interpretaciones, aunque hayan sido pacíficamente admitidas hasta entonces, y formulen reinterpretaciones que son también actos creativos, conforme a las nuevas dimensiones de la realidad y a las nuevas creencias o valoraciones que aparezcan en la comunidad. En todo eso también hay una dosis de creatividad y no mera repetición del derecho; o sea, los tribunales no son solamente arqueólogos que buscan respuestas existentes, sino que son muchas veces artífices de la sociedad, elaboradores de nuevas figuras constitucionales. Eso es obligatorio si queremos que la Constitución sea algo útil y funcional.

Con relación al tema de la índole antidemocrática de los tribunales constitucionales, es un viejo argumento que nace con el mismo planeamiento de un Poder Judicial que, históricamente, para la teoría política, es un poder problema; es decir, para la teoría política democrática no es un poder electo popularmente. ¿Está bien o está mal q haya un poder que no tenga origen democrático popular? Eso depende desde luego de la ideología de cada uno. Particularmente, a mí me atrae la concepción del gobierno mixto, que por supuesto tiene mas de veinte siglos de elaboración a través de Aristóteles, de Santo Tomas de Aquino, de Maquiavelo, del mismo Montesquieu. Para la doctrina del gobierno mixto, que haya un ingrediente no democrático dentro de una formula democrática no es algo malo, sino que es algo muy conveniente, es algo muy positivo. Porque para la tesis del gobierno mixto, el antídoto contra la corrupción de las fórmulas puras de gobierno es que hayan ingredientes distintos en esa formula política a la que estamos aludiendo; de tal modo que una inyección, en el peor de los casos, aristocrática, como sería un ente jurisdiccional al que

solamente pueden acceder los abogados, son los tribunales constitucionales. Por supuesto que puede haber excesos, puede haber desviaciones, puede el Poder Judicial convertirse en un cuerpo oligárquico como desviación, como corrupción, como un efecto; pero no necesariamente es así.

**3. En el Perú, cuando la dictadura de Alberto Fujimori destruyó la democracia, el Tribunal Constitucional nada pudo hacer. Tampoco tuvo un papel determinante en relación a las violaciones de los derechos fundamentales en dicha época. Tómese como ejemplo la Ley de auto-amnistía a favor de los grupos paramilitares violadores de derechos fundamentales: cuando fue dictada, el Tribunal declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad en su contra. Sin embargo, luego, cuando fue declarada contraria a la Convención Interamericana por la CIDH, el Tribunal, ya en democracia, acató esta decisión en el caso Martín Rivas, dando una "clase" acerca de valores democráticos. La idea es, ¿no es la fuerza de los tribunales latinoamericanos una mera ilusión dado que, cuando las "papas que-man", realmente nada pueden hacer para resistir a las dictaduras?**

**SAGÜÉS:** Bueno, es una buena pregunta. Tenemos que tener una cosa en claro; si la clase política no quiere un Tribunal Constitucional independiente, no va a haberlo, porque normalmente los tribunales constitucionales son designados por esa clase política. En la época de Fujimori, fue evidente que el congreso no quiso elegir un Tribunal Constitucional completamente independiente. Ese es un dato de la realidad política.

El tema nos lleva a la interrogante: ¿quién debe designar a un Tribunal Constitucional?, ¿quién debe designarlo y cómo? Sobre eso hay muchas alternativas en el derecho comparado. Generalmente lo designa el Congreso, con el visto bueno del presidente, o el presidente con acuerdo del Congreso, como bien se da en el caso argentino. Una forma de ensayar una independencia del Tribunal Constitucional, cuando es designado por el congreso, o con la intervención decisiva del congreso, es requerir una mayoría relevante, por ejemplo: tres quintos (3/5) de voto, de tal manera que un solo partido político no pueda designar a los jueces de ese Tribunal Constitucional. La otra alternativa es pensar en un Comité de Nominación, al estilo, por ejemplo, de la Junta de Nominación que existe en Honduras, para nombrar a los jueces de la Corte Suprema y de la Sala Constitucional de

la Corte o algo semejante. No digo que sea exactamente igual al Consejo de la Magistratura del Perú, donde las fuerzas políticas de los partidos políticos no sean las relevantes; pero lo cierto es que si es el Congreso el que designa por una mayoría relativamente simple al Tribunal Constitucional, no hay un futuro promisorio para la independencia de éste, salvo que el Congreso actúe con una ética política destacable, designando gente por su idoneidad y por su independencia. Pero generalmente los congresos caen en la tentación de nombrar para el Tribunal Constitucional a su gente o se reparten los cargos en un procedimiento que en Italia se llama la lotización, el loteo del Tribunal Constitucional, o en España la *parlamentarización* del Tribunal Constitucional, que consiste en repetir, en el Tribunal, las ecuaciones de poder que hay en el Congreso. Por ejemplo, si el partido verde tiene la mitad de la banca del congreso, nombra la mitad de los jueces del Tribunal Constitucional, y si el partido colorado tiene el 25%, nombrará esa cantidad.

**LANDA:** Los Tribunales tienen una función jurisdiccional por excelencia. En consecuencia, no es una entidad política, no tiene poder político. Lo que tiene es el poder de declarar el Derecho, sea el constitucional, el civil o el penal. Entonces, el papel que juegan los Tribunales Constitucionales frente a la violación de los derechos fundamentales es un rol subsidiario, cuando ya se produjo el hecho, o preventivamente, ante una amenaza cierta e inminente. Yo diría que en la época en la que se plantea la pregunta, época de Fujimori, el Tribunal estaba en cautiverio. Ante situaciones como esas, en países que han pasado por regímenes dictatoriales como Italia, Alemania, España; es que se crean Tribunales de esta naturaleza, como un mecanismo para evitar que durante la democracia se vaya despojando el sistema democrático. Como sabemos, en el año 1992, Fujimori cerró el Tribunal de Garantías, y lo mismo hizo en el año 1997 con el Tribunal Constitucional, cuando se emitió la sentencia que decidía la no-reelección.

Ahora, ¿qué significa esto de que los Tribunales son meros entes testimoniales de las dictaduras? Que sólo pueden reponer después de que han ocurrido los daños, y no de manera preventiva. Ciertamente hay excepciones. Por ejemplo, en 1999 hubo un Golpe de Estado en Guatemala, el cual fue decretado inconstitucional por el Tribunal de Garantías, y que tuvo el respaldo de las Fuerzas Armadas, lo que ciertamente evitó que el Presidente se hiciera con el poder absoluto. En otros países como Ecuador, hace más de un año hubo una fuerte confrontación entre el gobierno y la

oposición. El Tribunal Constitucional ha sido removido. En el caso de Bolivia, dado los conflictos que hay entre el Tribunal Constitucional y el Gobierno, cuatro magistrados han renunciado.

En principio, la regla es que los Tribunales Constitucionales ejerzan una función protectora de los derechos, pero cuando hay una crisis de esa naturaleza, nos enfrentamos a una situación de carácter político, y eso se resuelve en las vías políticas. La justicia y el Derecho operan de manera subsidiaria, como una barrera posterior que garantice inmunidades y derechos (ello, claro está, no evita que puedan haber unas medidas preventivas, como por ejemplo que las personas tengan libertad de tránsito, libertad de reunión, libertad de expresión).

En nuestro país hoy por hoy, estamos en la época de los derechos económicos, sociales y culturales; por eso es que creo que la pregunta va orientada a una etapa muy propia de los años 80 ó 90, cuando el Tribunal estaba en cautiverio.

**4. En países donde se permite el control constitucional de las decisiones del Poder Judicial, habitualmente hay tensiones entre estos distintos órganos jurisdiccionales. En el Perú, el conflicto muchas veces se traduce en el desacato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque el descontento aún no ha tomado la forma de un conflicto frontal, a diferencia de Colombia, por ejemplo, donde es conocido el choque de trenes. ¿Cuál es su postura acerca de la posibilidad de control de las decisiones judiciales por parte de tribunales constitucionales?**

**EGUIGUREN:** La decisión de permitir o no la revisión por el TC de las resoluciones finales dictadas por el Poder Judicial, es una opción que debe ser evaluada y adoptada a la luz de la realidad jurídica y política de cada país. Tiene la ventaja de propender a que las resoluciones judiciales cuenten con un mejor control de su adecuación a la Constitución y a la protección de los derechos fundamentales, lo que se hace más necesario ante la insuficiencia o deficiencia en la función casatoria de la Corte Suprema o la falta de cumplimiento de la jurisprudencia, sea por desconocimiento o corrupción de los órganos judiciales.

Considero que en el Perú es necesario mantener la posibilidad de recurrir en amparo o *habeas corpus* contra resoluciones judiciales, pero siempre que sean sentencias que pongan fin al proceso,

que se hayan interpuesto (o podido interponer) los recursos impugnatorios dentro del proceso, y que en dicho control se verifique el respeto del debido proceso, la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la jurisprudencia del TC en esta materia.

Lo que si habría que modificar es el actual procedimiento, pues resulta contraproducente e incongruente que un amparo o *habeas corpus* contra una sentencia judicial (más aun cuando ella pueda provenir de la Corte Suprema) se inicie ante el propio Poder Judicial, en cualquiera de sus instancias. Debería recurrirse de tales sentencias directamente ante el TC, siendo su admisión excepcional o residual en atención a la naturaleza, elementos e implicancias del caso.

**LANDA:** Claro, la Constitución Peruana prevé expresamente que ante una resolución judicial que ha causado estado o que es cosa juzgada se puede interponer amparo y *habeas corpus*; así lo prevé el Código Procesal Constitucional en su artículo 4, donde dice que solamente cabe el amparo contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, y *habeas corpus* cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Entonces, el tema parte de que la decisión última del Poder Judicial es la única sobre la cual se puede ejercer control. Ello, en la medida que el amparo es subsidiario y sólo procede una vez agotada la vía judicial.

Es cierto que ello genera tensión, en tanto que el poder solamente se puede detener por otro poder. En el caso del Poder Judicial, ello se manifiesta cuando hay un enfrentamiento entre el Derecho penal, civil o el que sea, con el Derecho constitucional. Solamente cuando la afectación, en el ámbito del derecho civil, penal, patrimonial o comercial tiene ribetes de inconstitucionalidad, al tutelar aspectos sustantivos como la propiedad o libertad económica, o aspectos adjetivos como la tutela jurisdiccional efectiva, es que se puede, mediante un proceso de amparo, revisar la decisión judicial. Pero esto sólo debe verificarse a nivel constitucional, no en materia estrictamente civil o penal. En ese sentido, es razonable la revisión por parte del Tribunal Constitucional, ya que no se constituye en una cuarta instancia, sino más bien en el controlador constitucional de las sentencias.

**SAGÜÉS:** Bien, esto requiere, en principio, pensar en instrumentos de revisión por parte del Tribunal Constitucional de las sentencias de Poder Judicial que se aparten de la jurisprudencia sentada por aquél. Hay que tener en claro que un Tribunal

Constitucional es el intérprete final de la Constitución y que ese es el sentido para el cual se encuentra diseñado y; por lo tanto, algún mecanismo procesal constitucional debe haber para que las sentencias del Poder Judicial, contrarias a los veredictos del Tribunal Constitucional, sean fiscalizadas por éste. Ahora, esto también requiere por parte del Tribunal Constitucional, prudencia, cautela y sensatez. Hay en el derecho europeo dos principios que son útiles para lograr esta convivencia. El primero es el principio de máxima conservación, el cual dice que el Tribunal Constitucional debe conservar las sentencias del Poder Judicial en caso de duda, si se apartan de los veredictos del propio Tribunal. El segundo complementa el anterior; es el principio de cortesía constitucional. El principio de cortesía constitucional aconseja que cuando el Tribunal Constitucional revisa una sentencia, sobre todo una sentencia de la Corte Suprema, debe actuar mesura, con tacto, con educación, con delicadeza, procurando, desde luego, no ofender al Poder Judicial, y procurando salvar el prestigio de este último. Entonces, el principio de máxima conservación y el principio de cortesía constitucional pueden lubricar el sistema constitucional de revisión por Tribunal Constitucional de las sentencias del Poder Judicial. Al mismo tiempo, desde luego, es aconsejable que el Poder Judicial practique lo que podríamos calificar como el leal acatamiento a las decisiones de un Tribunal Constitucional. Leal acatamiento significa no solamente acatamiento a la letra, sino también, en el espíritu de los fallos del Tribunal Constitucional. Si se juntan estas dos voluntades, leal acatamiento y máxima conservación y cortesía constitucional, de unos y de otros, el sistema puede andar. Si no se opera con este espíritu, con esta buena voluntad, el choque de trenes va a ocurrir no solamente todos los días, sino todas las horas. Es una cuestión, eso sí, de buena voluntad. Si esa *affectio societatis*, para utilizar términos del derecho privado, existe, va a haber paz sistémica.

**5. ¿Qué opina al respecto de que los magistrados del TC en el Perú sean elegidos por el Congreso? ¿Cree que se respeta la división de poderes? En su opinión, ¿cuál sería el método ideal para la elección de éstos?**

**EGUIGUREN:** La fórmula escogida en la Constitución de 1993, para que todos los magistrados integrantes del TC sean designados por el Congreso, resulta probablemente la única viable desde el punto de vista político, ya que el Congreso es el depositario de la representación

popular democrática. Es también el criterio seguido en muchos países.

La experiencia de la Carta de 1979, donde los 9 magistrados del TGC eran designados por tercios entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no tuvo buenos resultados, debido a la significativa identificación de los elegidos respecto al órgano que los designaba y que también podía luego reelegirlos. Encomendar esta labor al Consejo Nacional de la Magistratura, en vez del Congreso, o repartirla entre diversos órganos, como sucede con la conformación del CNM o del JNE, podrían aparecer como propuestas sugerentes, sobre todo por la mayor independencia de estos órganos respecto a los intereses políticos y partidarios representados en el Congreso. Pero dudo que tenga actualmente viabilidad, ya que es muy difícil que el propio Congreso esté dispuesto a perder, ceder o compartir esta atribución.

La principal crítica u objeción que, con razón, se formula (en el Perú y otros varios países) a la designación por el Congreso de los magistrados del TC, es el predominio real de criterios e intereses políticos y partidarios para la designación, más que la consideración a los méritos académicos, profesionales y personales de los postulantes. Sin perjuicio de que los parlamentarios deberían manejar con mayor sensatez y calidad este tema, parece un problema no sencillo de encontrar solución. Una medida a considerar podría ser que los postulantes provengan de una nómina conformada por propuestas de las Facultades de Derecho y los Colegios de Abogados, lo que mejoraría la selección previa. Pero la decisión final siempre estaría en el Congreso, por lo que los parlamentarios deberían ponderar mejor las cualidades de los candidatos, más que privilegiar su conveniencia política.

**RUBIO:** Yo creo que el poder nace del voto democrático y que los magistrados del Tribunal Constitucional, como a su turno el Fiscal de la Nación, el Presidente del Poder Judicial y otros magistrados que deben ejercer control sobre otros órganos, no pueden ser elegidos por éstos. Deberían ser elegidos democráticamente y tener representación política para ejercer su cargo. Desde luego, se puede formar un colegio electoral que los elija y establecer requisitos para postular. La democracia indirecta es democracia y podría servir en un caso como éste. En definitiva, me parece impropio que el Tribunal sea elegido por el Congreso. Debe, por el contrario, tener una elección democrática.

**6. El Tribunal Constitucional ha tenido, en su historia, sentencias bastante contradictorias entre sí (a modo de ejemplo podríamos mencionar casos como el referido al control difuso de la administración, el caso Nextel y el de validez y vigencia de las normas). ¿A qué puede atribuírse dichas contradicciones y cómo podríamos evitarlas?**

**EGUIGUREN:** El Código Procesal Constitucional dispone que el TC podrá establecer **precedentes**, que resultarán vinculantes y obligatorios, lo que debe permitirle fijar criterios y principios de interpretación, contenidos sustantivos y reglas procesales que se distingan dentro del conjunto de las resoluciones y jurisprudencia. Su uso adecuado permitirá ir logrando mayor coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia del propio TC, pero también facilitará su mejor identificación y aplicación por los órganos judiciales.

Con ello debe superarse los problemas de decisiones contradictorias del TC, que tampoco han sido lo predominante en los últimos años, sin perjuicio del cuidado que deberá poner el propio Tribunal en este asunto para actuar con coherencia. Lo anterior no impide que el TC pueda apartarse de sus precedentes o tendencia jurisprudencial previa, siempre y cuando motive y fundamente suficiente y razonablemente las razones de este cambio, ya sea debido a las circunstancias particulares o distintas del caso, o por la necesidad de adecuar la interpretación y aplicación de la Constitución a nuevas realidades y exigencias.

Sin duda que un factor que puede haber incidido en ciertas contradicciones entre algunas sentencias, proviene de la excesiva carga procesal que atiende el TC. Por ello, es importante que se reduzca el volumen de casos que lleguen a conocimiento del TC, estableciendo un **procedimiento de calificación y admisión** por parte del propio Tribunal, cuando se trate de los recursos de agravio constitucional interpuestos en procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento; de modo que se brinde acceso al TC sólo cuando el caso tenga relevancia, es decir, que no sea similar a otros ya resueltos en precedentes del

TC, o cuando el asunto revista especial interés, sea por el caso concreto en sí o por su posibilidad de incidir en el cambio de la jurisprudencia o la formación de nuevos criterios.

**RUBIO:** He seguido con bastante detalle la jurisprudencia del Tribunal en los últimos años y no encuentro sentencias “bastante contradictorias”. Personalmente, más bien, la jurisprudencia del Tribunal me parece sumamente consistente y homogénea. No creo que se lo pueda acusar de contradictorio en lo absoluto, salvo cosas muy accidentales y que, más que contradictorias, son poco claras conceptualmente (por ejemplo, la diferencia entre razonabilidad y proporcionalidad, dos conceptos a los que les ha dado gran protagonismo en su jurisprudencia). Es verdad que algunas veces ha corregido sus fallos anteriores, pero en general lo ha hecho explícitamente y de acuerdo a ley.

**7. Dentro de la Teoría de la Desobediencia Civil<sup>6</sup>, autores como Ronald Dworkin sostienen que es defendible que cuando una norma tiene dudosa validez (por cuestiones de forma o fondo), el ciudadano pueda seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente (en el caso de nuestros países, el Tribunal Constitucional). El autor se basa en que el individuo tiene un deber de lealtad al derecho y no a la opinión de un particular sobre éste, y que su comportamiento no será injusto mientras se guíe por su propia opinión, considerada y razonable, de lo que exige la ley<sup>7</sup> (aunque esto tampoco significa que puede desentenderse de lo que dicen los tribunales). En su opinión, ¿Es factible una idea que sugiere respetar la desobediencia civil cuando ésta responde a fundamentos jurídicos justos como la igualdad o la libertad, incluso si ello puede atentar contra la seguridad jurídica? ¿Es realmente el control difuso un arma suficiente para ello?**

**SAGÜÉS:** La teoría de la desobediencia al derecho tiene un largo desarrollo; desde el pensamiento cristiano se canaliza a través de los

<sup>6</sup> Definida por J. Rawls como “un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa”. RAWLS, John. “A theory of justice”. The Belknap Press. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. Traducido por: Fondo de Cultura Económica. México. 1978. pp. 404-443.

<sup>7</sup> Con esto, Dworkin pretende defender y justificar la negativa de los individuos a ser reclutados por el ejército estadounidense.

derechos de resistencia a la opresión. El derecho de resistencia a la opresión autoriza a la rebelión, autoriza la desobediencia a las normas; la doctrina del derecho de la opresión sostiene, además, que la norma intrínsecamente injusta en realidad no es derecho, sino que tiene apariencia de derecho o cáscara de derecho. Cuando usted se encuentra frente a una norma incuestionablemente injusta, se produce una laguna, una laguna axiológica; es decir, la norma no es tal, la norma intrínsecamente injusta no es norma y por lo tanto no merece seguimiento, no merece obediencia.

Pero tampoco es que la doctrina del derecho de resistencia a la opresión autoriza, digamos, la rebelión individual, frente al gobierno tiránico, al gobierno despótico. El derecho de resistencia a la opresión es un derecho colectivo, no es un derecho individual en el pensamiento cristiano; o sea, es un derecho del pueblo, no el derecho de una persona o de otra persona. Ello, no solamente por razones de seguridad jurídica, sino por razones de orden, para evitar la anarquía; porque si cada uno quisiera obedecer solamente las leyes que le parecen justas, ese juicio individual conduciría desde luego a una situación caótica donde, en el fondo, cada uno obedecería solamente las normas que le convienen y desobedecería las que no le convienen.

En síntesis, el problema del derecho injusto, que es derecho aparente, se lo tiene que canalizar por el ejercicio de doctrina del derecho de resistencia a la opresión; pero, insisto, no solamente por razones de seguridad jurídica, sino por razones de convivencia; lo contrario sería arribar al caos.

**8. La uniformidad de criterios en las decisiones judiciales es un problema que aqueja a los países latinoamericanos, especialmente en Perú. Dicho ello, ¿resulta correcto pensar que los precedentes deberían ser vinculantes sólo cuando ello se expresa en las sentencias (tal como lo indica el artículo VII del Código Procesal Constitucional) o debería seguirse el modelo de vinculación por la argumentación del caso?**

**RUBIO:** El Tribunal Constitucional ha dicho que sus sentencias obligan de dos maneras: como precedentes vinculantes declarados expresamente y como *stare decisis* de fundamentación de cada sentencia, aunque no se trate de un precedente formalmente declarado como tal (revisar el fundamento 2 de la sentencia en el caso 6167-2005-PHC-TC). Y la razón es evidente: si el

Tribunal resolvió de una determinada manera un caso, debe resolver de la misma manera los siguientes. Esto es sana razón. Lo que es inexplicable es que un tribunal, cualquiera que sea, se permita la licencia de resolver en las antípodas dos casos sustantivamente iguales. Eso no tiene sentido para la razón humana en su mínimo espíritu de justicia y equidad.

**SAGÜÉS:** Desde el punto de vista práctico, cuando se hace referencia a ello explícitamente en la sentencia, las cosas son claras y se evita mayores debates, ya que se especifica qué es y qué no es obligatorio. El sistema del que comenta la pregunta obliga a distinguir entre lo obligatorio y lo no obligatorio. Hace poco, en Argentina, hemos tenido, con referencia a los indultos dados a la junta militar y a los militares en casos de delitos de lesa humanidad, un debate en el pleno de la corte, interpretando un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Justamente, un juez de la corte dice: "esto no es *holding*, esto es *obiter dictum*, entonces esto que ha dicho la Corte Interamericana no me obliga".

Se discute qué obliga y qué no obliga, lo que genera una especie de rastreo, de análisis renglón por renglón; ¿será *holding*?, ¿sería *obiter dictum*? Porque el segundo no obliga. Para evitar esas discusiones, la primera alternativa que mencioné me parece más atractiva; es decir, esta es la doctrina obligatoria y punto; evita debates.

Desde luego, los abogados van a intentar demostrar que lo que les conviene es *holding* y lo que no les conviene que es *obiter dictum*; con lo cual, entramos en el debate que, fíjese usted, en casos importantes que le estamos comentando, como los propios jueces de la Corte Suprema, están polemizando sobre qué tramo del fallo de la Corte Interamericana es obligatorio y cuál no.

**9. En Estados Unidos, autores como Larry Kramer consideran que el pueblo debe retener la última palabra sobre el significado de la Constitución. Así, este autor menciona, dentro de lo que denomina la teoría del Populismo Constitucional, que "quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste**

**como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente”<sup>8</sup>. Con esto, el autor pretende minimizar la supremacía de los tribunales constitucionales (o en el caso de EEUU, la Corte Suprema) en la tarea interpretativa, otorgándole tal potestad a los ciudadanos como controladores de la validez y eficacia de las sentencias. ¿Puede compatibilizarse una postura como esta con la existencia de un Tribunal Constitucional que sea máximo intérprete de la Constitución? ¿Cómo hacer que el pueblo influya en la interpretación de la Constitución?**

**SAGÜÉS:** Esa pregunta me trae a la memoria la Constitución de Colorado de 1905, que establecía la apelación popular de sentencias; es decir, cuando la Corte Suprema del Estado declaraba inconstitucional una ley, si el 5% de los electores no estaba de acuerdo con ella, podía exigir una votación popular con la finalidad de ver si se mantenía o no la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Suprema. Así, esto no es nada nuevo para el Derecho norteamericano.

Bien, si entendemos que el pueblo es el sujeto fundamental del poder constituyente, no es nada ilógico someterle a él la decisión de temas constitucionales. En el fondo, el pueblo estaría ejercitando el poder constituyente al interpretar la constitución (no en vano, por eso, se dice que la Corte Suprema de los Estados Unidos es una convención constituyente de sesión permanente). Así, el tema no es ilógico; el problema es más bien práctico, porque tendríamos que someter veredictos constitucionales al pueblo con mucha frecuencia; es decir, cada vez que discutimos si una ley es constitucional o no, tendríamos que hacer esa consulta popular vinculante. Esto no es fácil materialmente; a la gente no le agrada ser convocada veinte o treinta veces por año para resolver temas constitucionales.

Pero hay algo más grave. Supongamos que ese problema se supere y que cada uno tenga en su casa una computadora registrada donde pueda votar. ¿Es bueno que el pueblo sea sujeto cotidiano del poder constituyente? Montesquieu no lo miraría con tan buen gusto, porque él no piensa que el pueblo sea un buen órgano de gobierno.

Recuérdese que para Montesquieu el pueblo está habilitado para elegir a los que deben gobernar, pero no está habilitado para gobernar por sí mismo. Montesquieu diría que el pueblo se guiaría por pasiones, por intereses políticos contingentes, por factores emocionales o vivenciales y no por, digamos, respuestas inspiradas en el bien común, sino en intereses muy sectoriales. Otra pregunta relevante sería, ¿quién interpretaría mejor la Constitución, el Tribunal Constitucional o el pueblo común? Bien, desde una lógica puramente democrática habría que concederle al pueblo este derecho; mire las elecciones en Suiza, Austria, Francia, por ejemplo; si el pueblo es o no un buen intérprete en materia de derechos humanos, ¿respetarían las mayorías a las minorías? Con esta alternativa no tendríamos esa seguridad (justamente una de las posiciones que más legitima al Poder Judicial de nuestros días es su deber de tutelar a las minorías en sus derechos humanos fundamentales, frente a los excesos de las mayorías).

Me viene a la memoria las palabras de un fallo de la Corte Suprema de Iowa, Estados Unidos, que afirma que la Constitución protege al pueblo de los excesos del gobierno, pero también protege al pueblo de los excesos del propio pueblo. La frase es muy atractiva, la Constitución es también un límite al pueblo. Con un sistema de consulta popular, la Constitución no sería un límite al pueblo, ya que el pueblo definiría lo que es constitucional o no constitucional, y podría reformular la Constitución cotidianamente de acuerdo al pensamiento de la mayoría. En definitiva, el tema es opinable. Yo no habilitaría consultas populares frecuentes para definir temas constitucionales; las habilitaría en temas muy fundamentales que merezcan una convocatoria a plebiscito o referéndum.

#### **10. ¿Qué implicancias tiene el Derecho Constitucional en el Derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas? ¿Cuál es el contenido y significado del derecho a la identidad contenido en el artículo 149 de la Constitución?**

**LANDA:** El derecho a la identidad contenido en el artículo 149 está fundado en un principio de carácter jurídico. Como todo Estado de Derecho, reconoce la pluralidad en una sociedad con cierta heterogeneidad cultural en un proceso de inte-

<sup>8</sup> KRAMER, Larry. "The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review". Oxford: Oxford University Press. 2004. En: GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer". p. 3.

gración. Y esa pluralidad es justamente un conocimiento de grupos diferentes, que tienen un bagaje cultural, político y religioso. Hay que tener una vocación de Estado Democrático Unitario de integración.

En los años 20, surge un movimiento en el Derecho constitucional de donde salieron 4 grandes personajes del Derecho constitucional: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend y Hermann Heller. Smend y Kelsen discuten precisamente esta noción de que todos, con nuestras diferencias, podemos integrarnos (Alemania no era un país desintegrado como el nuestro, pero sí con diferencias también marcadas). Con ello quiero decir que la identidad parte por el reconocimiento del otro. Yo no puedo decir que no hay nadie en la selva y por tanto puedo vender o hacer cualquier cosa allá. En ese lugar hay toda una tradición jurídica, que a veces no está muy reconocida.

Dicho ello, yo pensaría que la Constitución ha reconocido en el artículo 149, desde un punto de vista jurídico, que el Derecho consuetudinario tiene validez porque las comunidades campesinas y nativas pueden resolver sus conflictos de acuerdo a sus usos y costumbres, expresados en normas continuas en el tiempo. Y de otro lado, el artículo 139 inciso octavo dice que, por ejemplo, los jueces no pueden dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso deben aplicar las reglas generales del Derecho y del Derecho consuetudinario. Los jueces de paz de la localidad tendrán que utilizar el Derecho consuetudinario, que no está escrito, en distintos ámbitos, siempre que no agraven los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Creo que falta trabajar, pero hay un punto de partida, como es esta integración en el ámbito constitucional.

**11. En un país heterogéneo como el Perú, donde se entremezclan diversas culturas y morales sociales, difícilmente puede pensarse que la interpretación de la Constitución es una única, según lo que el Tribunal Constitucional decida. En ese orden de ideas, ¿Cómo legitimar las decisiones del Tribunal Constitucional cuando sus interpretaciones pueden no abarcar todas las situaciones sociales de los distintos grupos humanos del Perú? ¿Por qué considerar que dichas decisiones son parámetros a seguir por todos los ciudadanos?**

**EGUIGUREN:** Lo primero a precisar es que si se plantea un problema de interpretación de la Constitución es porque el texto de una disposición admite razonablemente más de un significado o

contenido normativo, correspondiendo al intérprete jurisdiccional determinar o escoger una de estas posibles interpretaciones. No es, como creen algunos, que la interpretación supone encontrar la interpretación "correcta" o la "única" respuesta válida; no es resolver la "adivinanza" o desentrañar el acertijo.

Existiendo diversos intérpretes de la Constitución, cuando se establece un Tribunal Constitucional es para que éste sea el último y supremo intérprete de la Constitución. Su opinión y decisión deben prevalecer sobre cualquier otra, pues, de no ser así, la existencia misma del TC perdería razón de ser. Claro que a este argumento de "jerarquía" en la interpretación del TC no excluye su deber de motivar y fundamentar adecuadamente sus resoluciones para justificarlas jurídicamente, lo que contribuye a legitimar su condición de supremo intérprete.

Que el TC se pueda equivocar alguna vez o que se pueda discrepar de alguna de sus decisiones es totalmente normal y no afecta lo dicho previamente respecto a su rol y función. El TC siempre conoce de conflictos jurídicos, por lo que al existir intereses y posiciones enfrentadas, no puede pretenderse que su resolución satisfaga a todos. Lo deseable es que se encuentre adecuadamente motivada y fundamentada en el plano jurídico, que tome en cuenta la problemática y realidad social y política del país, los efectos de su sentencia y el rol previsor que pueda cumplir, tanto para resolver los conflictos como para fortalecer la institucionalidad democrática, la afirmación de los derechos fundamentales y la actualización de la Constitución a las exigencias del país.

Ello no quiere decir que el TC deba actuar por cálculo político o de popularidad al momento de adoptar sus decisiones. Tampoco puede ni debe intentar sustituir el rol que corresponde al gobierno o al legislador en la solución de los problemas sociales o la adopción de decisiones de política pública. Pero sí puede colaborar en este campo, actuando con firmeza, independencia y de manera creativa, pero con mesura y sin caer en el populismo ni "vedettismo" político, porque es un órgano jurisdiccional y no una instancia política. Hasta el momento considero que, en general, el TC ha cumplido un rol positivo en la comprensión de los problemas de nuestro país, su multiculturalidad y pluralidad social.

**LANDA:** Creo que tiene que ver mucho con la elección de los magistrados del Tribunal. El Tribunal debe expresar en su composición la pluralidad o la heterogeneidad que tiene nuestro

país, representada en el parlamento, donde por ejemplo hay todo tipo de personas. El Tribunal, en tanto es representante de esta pluralidad (en el sentido jurídico), de esa heterogeneidad política, social y cultural del país, tiene la garantía de poder ser la síntesis de diferentes valores.

En una democracia coexisten principios democráticos y sociales mínimos que la Constitución ha consagrado. Lo que quiero decir es que la decisión del Tribunal tiene que buscar la representación de los intereses de la comunidad. En consecuencia, ponderar e integrar razonablemente. El Derecho usualmente se ha visto como un Derecho positivo, dónde las verdades son o blanco o negro. Sin embargo, si nos remontamos a los orígenes de la Constitución en un Estado de Derecho clásico, se hablaba de la *prudencia iuris*, o sea de la jurisprudencia, que es la prudencia del Derecho. La prudencia del derecho no es otra cosa que la razonabilidad de los fallos del Tribunal Constitucional. La razonabilidad supone un juicio de proporcionalidad, de adecuación de necesidad de la medida y de la proporción de la medida que se va a dictar. Y el Tribunal lo ha establecido como método de control tanto en materia de derechos fundamentales como de inconstitucionalidad. Son estos parámetros los que el Tribunal trata de abarcar no como directiva, sino como una verdad relativa ininteligible con cargo a que después se pueda revisar.

**RUBIO:** Más bien creo que el Tribunal Constitucional ha dado cátedra entre los órganos del Estado en materia de resolver los asuntos con criterio de pluriculturalidad, allí donde tuvo que tomar ese problema para resolver. Un solo órgano debe ser la cúspide de la interpretación constitucional. Pero debe tener una concepción pluralista del Derecho, estableciendo al mismo tiempo sus límites. El Tribunal Constitucional ha dicho con meridiana claridad que ese límite es el respeto a los derechos constitucionales, cuyo núcleo duro no se transige.

**12. El Tribunal Constitucional fundamenta la obligatoriedad de sus sentencias en su autonomía procesal y en su carácter de supremo intérprete de la Constitución. No obstante, nada asegura que sus decisiones sean siempre acordes a la voluntad general de la ciudadanía ni a la lógica o literalidad de las normas constitucionales. Es más, incluso pueden concluir en algo totalmente contradictorio con lo estipulado expresamente en una norma. Tomando en cuenta ello, ¿Qué mecanismo es el correcto para juzgar y criticar las**

**decisiones del Tribunal, si éste constituye una instancia única e inapelable? En palabras más simples, ¿cómo controlar la discrecionalidad del Tribunal en la toma de sus decisiones?**

**EGUIGUREN:** Por lo que vengo señalando, sólo puedo concluir que el TC es el principal encargado y responsable de controlar y modelar (también moderar) su propia actuación jurisdiccional. No puede estar sometido a tutela política o jurídica de otros órganos del Estado.

Además de este control interno o autorestricción del TC, la comunidad jurídica (académica y profesional), la opinión pública y la prensa, son mecanismos importantes de evaluación crítica a la labor del TC, cuyo pronunciamiento constituye también un factor de control externo. Que el TC se equivoque en una decisión, al menos a criterio de la mayoría, es algo que puede suceder, pero no creo que sea un problema actual en su experiencia, más allá de algunas interpretaciones que puedan considerarse "excesivas", sin que quepa calificarlas como arbitrarias. Las resoluciones del TC no tienen por qué contentar o satisfacer a todos ni a una mayoría; deben resultar razonables y motivarse adecuadamente desde el punto de vista jurídico.

**RUBIO:** Un órgano tiene que ser siempre la última instancia. De eso no cabe duda. También se puede equivocar y de hecho se equivocará. Pero eso es mejor que eternizar la discusión con interminables instancias. Está bien que el Tribunal Constitucional sea la última instancia y el intérprete jurisprudencial máximo de la Constitución. Como en todo, tendrá que haber control sobre él porque ningún órgano es autárquico en el Estado de Derecho. Los mecanismos de control serán la destitución y la modificación constitucional por el poder constituyente. No comparto el que se deba asegurar que las decisiones de un órgano jurisdiccional "sean siempre acordes a la voluntad general de la ciudadanía" o a la "lógica o literalidad de las normas constitucionales". La voluntad general de la ciudadanía legisla constitucionalmente pero no hace jurisdicción. El día que lo haga, caeremos en la peor de las arbitrariedades. Las normas no tienen que interpretarse sólo de acuerdo a su literalidad o "lógica" (probablemente estamos hablando de la *ratio legis*). El Derecho constitucional es un sistema complejo que tiene consistencia propia y dentro del cual se pueden encontrar respuestas normativas distintas a la literalidad o la *ratio legis*, combinando contenidos de diversas normas jurídicas y ponderando pesos de diversos principios. Nada de esto lo ha inven-

tado el Tribunal Constitucional peruano: existe desde hace miles de años en nuestra tradición Romano-germánica. Y me parece que si hay contradicciones, ellas están en una técnica legislativa bastante deficiente de nuestra Constitución y no en los esfuerzos que ha hecho el Tribunal para darle consistencia racional a través de su jurisprudencia. (No hay que olvidar que nuestra Constitución es la única del mundo, que yo conozco al menos, que tiene una notable errata oficial desde hace catorce años sin que ningún Congreso se haya dignado corregirla: el artículo 139 inciso 15 está totalmente repetido en el inciso anterior. El mecanógrafo que la transcribió se distrajo y ya está: errata por quince años). Las deficiencias están en la Constitución. Haríamos bien en darle consistencia técnica. Con ello, el trabajo del Tribunal sería mucho menos dramático. Habría que recordarles esto a los 120 congresistas de cada lustro.

**13. Con relación al Principio de Eficacia Integradora, se ha defendido que la Constitución debe servir de núcleo integrador del ordenamiento jurídico y la realidad social en la que rige. Sin embargo, también se ha reconocido que las decisiones inspiradas en este Principio**

**mantienen un contenido político. En tal sentido, ¿cuál cree usted que es el fundamento político de las decisiones del Tribunal Constitucional?**

**EGUIGUREN:** La principal misión del TC es preservar o restablecer el respeto de la Constitución por las normas y la plena vigencia de los derechos fundamentales. También debe resolver los conflictos de competencias que se puedan plantear o suscitar entre los órganos del Estado. Todo ello debe contribuir a afianzar la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y los derechos de las personas. Creo que el TC ha actuado con acierto, por ejemplo, al clarificar su papel y el del Amparo respecto a determinadas decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Igualmente, al delimitar y corregir cierta actuación normativa de algunos gobiernos regionales. Si el TC cumple este rol, es porque se lo otorgó la Constitución emanada del poder constituyente y ratificado por la voluntad popular. Este es el fundamento político de su función y autoridad, lo que legitima sus decisiones, le guste o no o le incomode a los órganos sometidos a su control en asuntos de constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.