



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

QUIS CUSTODIT CUSTODES. LOS RIESGOS QUE IMPLICA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

En la historia constitucional peruana más reciente, es indudable el fortalecimiento de la dogmática constitucional, así como el afianzamiento cada vez mayor del Tribunal Constitucional como órgano supremo de interpretación y defensa de la Constitución. Se consolida cada vez más –qué duda cabe– una situación de mayor comunicación entre el derecho constitucional teórico y el práctico. Una realidad ha ido unida a la otra en los últimos años, al punto que cada vez más la ciencia jurídica constitucional en el Perú se formula en referencia a los criterios doctrinales que formule el Alto Tribunal de la Constitución.

De igual forma, estos criterios doctrinales en muchas ocasiones han sido sometidos al análisis de la dogmática constitucional. Este juicio ha traído consigo el consecuente afianzamiento de los mencionados criterios, o –situación igualmente beneficiosa–, su debilitamiento debido a la crítica tanto de su formulación como de sus consecuencias. En uno y otro caso, se está produciendo un fenómeno importantísimo para el quehacer jurídico–constitucional: el conocimiento y difusión del contenido de los criterios constitucionales y, en definitiva, de la Constitución misma.

La labor del Supremo intérprete de la Constitución, mejorada muchísimo cualitativa y cuantitativamente en los últimos años con respecto a su antecesor, el Tribunal de garantías constitucionales, y con respecto a la etapa que va desde su reimplantación con el nombre de “Tribunal Constitucional” hasta la caída del régimen fujimorista, está influyendo directamente en la configuración no sólo del orden jurídico del Perú, sino también en la configuración de su orden socio–político, e incluso económico. La labor del Tribunal Constitucional, decididamente, no es y no pasa desapercibida, porque se trata de la interpretación y defensa de la base del entero ordenamiento jurídico peruano.

En este marco de interés, quiero encuadrar este informe práctico para plantear la siguiente cuestión: *quis custodit custodes*, es decir, ¿quién custodia al Tribunal Constitucional que se erige en el custodio de la Constitución? Con sus resoluciones el Tribunal Constitucional ha terminado por llevar su particular modo de entender la Constitución y los derechos fundamentales, a los más recónditos ámbitos de la existencia de la comunidad política peruana. Esta no siempre comedia extrapolación, ha supuesto que el concreto sistema de justicia constitucional pueda estar sometido a una serie de riesgos. De entre ellos, dos principales serán tratados aquí bajo las dos siguientes preguntas. En primer lugar, ¿pueden ser inconstitucionales las resoluciones del Tribunal Constitucional? Y en segundo lugar, ¿es posible hablar de un totalitarismo del Tribunal Constitucional? De estas dos cuestiones, se terminará dando una respuesta a la primera, mientras que de la segunda, sólo se definirá en que consiste el riesgo y se esbozarán algunas pistas de una posible respuesta para neutralizarlo. Debido, sin embargo, a la brevedad de este trabajo, quedará por resolver si con base en la concreta jurisprudencia puede advertirse que efectivamente el Tribunal Constitucional peruano está creando una situación de totalitarismo.



II. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Órgano constitucional*

El punto de partida para abordar la solución a las cuestiones indicadas, debe ser necesariamente el Tribunal Constitucional. Se exige conocer la naturaleza y posición jurídica que se le ha atribuido en el seno del ordenamiento constitucional peruano. En la Norma fundamental peruana se ha recogido y regulado –aunque de modo básico– el Tribunal Constitucional (artículos 201, 202, 203 y 204 CP). Esta regulación constitucional ha sido desarrollada legislativamente en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), Ley 28301. De manera general puede afirmarse que se trata de un órgano autónomo e independiente que se define como *órgano de control de la Constitución* (primer párrafo del artículo 201 CP), o como *órgano supremo de control de la constitucionalidad* (artículo 1 LOTIC). Está compuesto por siete miembros, los mismos que son elegidos por el Parlamento con una votación de al menos dos tercios del número legal de congresistas, es decir, al menos con 80 votos (cuarto párrafo del artículo 201 CP).

Constitucionalmente, el mencionado Alto Tribunal tiene asignadas tres funciones. En primer lugar, la de conocer, en instancia única las acciones de inconstitucionalidad (artículo 202.1 CP). En virtud de esta atribución, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional –con los consiguientes efectos derogatorios–, cualquier norma con rango de ley, provenga ésta del Parlamento (leyes, los tratados aprobados por el Parlamento y reglamentos internos); del Ejecutivo (decretos legislativos, los tratados aprobados por el Presidente de la república y decretos de urgencia); de los Gobiernos regionales (normas regionales de carácter general); o de los Gobiernos locales (ordenanzas municipales). Deberá hacerlo solamente cuando las referidas normas contravengan la Constitución ya sea en la forma o en el fondo.

Pero el Tribunal Constitucional no sólo está facultado para controlar la actividad normativa del poder político, sino que sus funciones de control se extiende también a actos de naturaleza distinta, provengan de particulares o de los que tienen a cargo el ejercicio del poder político, siempre que lesionen derechos recogidos en el texto constitucional. Así, la segunda competencia del Tribunal Constitucional, recogida en el inciso 2 del mencionado artículo 202 CP, es conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Se trata de acciones de garantía (demandas constitucionales o procesos constitucionales) previstas constitucionalmente para la defensa de cualquier derecho con rango constitucional, pues proceden cuando éstos sean vulnerados o amenazados por cualquier hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Y la tercera competencia recogida en el inciso 3 del citado artículo 202 CP, consiste en conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos órganos del Estado, pudiendo incluso, como lo dispone el artículo 52 LOTIC, anular las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia.

A estas funciones constitucionales se ha referido el mismo Tribunal Constitucional afirmando que “el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe

encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución”¹.

Consecuentemente, también en palabras del Alto Tribunal, “el Tribunal Constitucional (...) se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal”².

2. *El Tribunal Constitucional como comisionado del Poder constituyente*

Estas funciones que constitucionalmente tiene atribuidas el Tribunal Constitucional, exige que se le reconozca no sólo un lugar predominante dentro del ordenamiento constitucional peruano, sino también –y necesariamente– la titularización de unas facultades que hagan posible el cumplimiento cabal de las funciones asignadas³. De esta manera “[s]u propia definición constitucional lleva a pensar en una *energía correctora* capaz de detener o revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución, provenga tanto de los particulares como del propio poder político”⁴.

La mencionada *energía correctora* permitirá al Tribunal Constitucional controlar la actividad normativa del poder político, produciendo la derogación de normas, e incluso inaplicándolas cuando conoce de un caso distinto a una demanda de inconstitucionalidad. Controla también los demás actos del poder (administrativos e incluso judiciales), y los actos particulares de los ciudadanos declarándolos ineficaces en la medida que contravienen la Constitución por agredir derechos constitucionales.

Si el Tribunal Constitucional titulariza estas facultades, conviene –con García de Enterría– formular la siguiente pregunta: “¿hay que concluir entonces que al sobreponerse en sus decisiones a todos los órganos constitucionales y al poder fijar finalmente el papel y ámbito de desenvolvimiento de cada uno de ellos es entre todos los órganos el Tribunal Constitucional el superior, del que por tanto, podría decirse que retiene la nota de la soberanía?”⁵. Es decir, en un Estado constitucional como el peruano, en el que el poder político (y el poder privado) está sujeto a la Constitución, y el Tribunal Constitucional se presenta como máximo intérprete y defensor de la misma, con las facultades ya referidas,

¹ EXP. N.º 2409–2002–AA/TC, de 7 de noviembre de 2002, f. j. 1. a.

² Ibidem.

³ En este contexto, “función” debe ser entendida como la atribución de un poder encaminado exclusivamente al cumplimiento de un deber.

⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima 2005, p. 219.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 197.



¿significa que el Tribunal Constitucional está por encima de los restantes órganos constitucionales, incluso del Parlamento, cuya legitimidad democrática (al menos formal) está fuera de toda discusión?

La respuesta la formula el mismo autor, respuesta que es perfectamente aplicable para el caso peruano: “el Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional”⁶. La soberanía sigue residiendo en el Poder constituyente (manifestación directa del pueblo), ya sea en su versión de originario o constituido. De ahí, por ejemplo, que la existencia y las funciones del Tribunal Constitucional vengan decididas por el propio Poder constituyente, el cual incluso podría decidir la desaparición del Tribunal Constitucional. Y es que el referido Tribunal tiene un límite preciso: la Constitución. Esto es así porque la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico peruano y, por tanto, vinculante para todos, y con mayor razón para el mismo Tribunal Constitucional. Éste no retiene la soberanía por no ser el Poder constituyente, por el contrario, está sujeto a lo que éste haya dispuesto en el texto constitucional.

Sin embargo, si bien el Tribunal Constitucional no retiene la soberanía, sí cumple la función de Comisionado del poder constituyente. Como afirma García de Enterría, el Tribunal Constitucional “defiende la Constitución, es su verdadera ‘corporeización’ tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. Es, en este sentido, un verdadero Comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”⁷.

El Poder constituyente peruano le ha dado al Tribunal Constitucional el encargo de velar por el sostenimiento y aseguramiento de la Constitución, tanto para su garantía y protección, como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En definitiva, para aquello que significa controlar la constitucionalidad: velar porque la Constitución exista realmente como norma jurídica suprema plenamente efectiva y vinculante. Aunque, como ya lo he manifestado en otra parte, no es el único comisionado, comisionados son también los magistrados (agrupados en juzgados individuales o Tribunales) del Poder judicial⁸.

III. ¿INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Hasta aquí se ha argumentado la posición jurídica del Tribunal Constitucional. Se trata, se ha dicho, de un órgano previsto en la norma constitucional y que encuentra en ella su límite explícito. Su función de Comisionado del poder constituyente se dirige a velar y defender la vigencia efectiva de la norma constitucional, lo cual deberá lograrlo con sujeción plena a dicha norma. Es más, como controlador de la constitucionalidad, es el Tribunal Constitucional el primer llamado a someter su actuación jurisdiccional y administrativa, a los distintos dispositivos constitucionales.

⁶ Ibidem.

⁷ Idem, p. 198.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales...*, ob. cit., ps. 223–226.

Como se sabe, las normas –y en particular, la norma constitucional, por ser norma fundamento–, son realidades que exigen de interpretación, y que muchas veces, son tan abiertas y generales que la actividad hermenéutica resulta una tarea nada sencilla de llevar a cabo. Al Tribunal Constitucional, como máximo órgano de control de la vigencia efectiva de la Constitución, se le ha atribuido especiales funciones de interpretación de la norma constitucional. La mencionada LOTC ha definido al Tribunal Constitucional como “el órgano supremo de interpretación (...) de la constitucionalidad” (artículo 1 LOTC).

De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que de los llamados a interpretar la Constitución, es él el máximo intérprete constitucional: “corresponde a los intérpretes de la Constitución, y en especial, al Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la misma ponderar los bienes y derechos en conflicto”⁹. Es el máximo intérprete de la Constitución, al punto que el mismo Alto Tribunal considera que “deviene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales”¹⁰. En efecto, en referencia a sí mismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “éste es el Intérprete Supremo de la Constitución (...), por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales”¹¹.

De esta manera, frente a la pregunta planteada anteriormente de si las resoluciones y decisiones del Tribunal Constitucional pueden ser inconstitucionales, el referido Tribunal ha sido contundente al responder de manera negativa: no pueden ser consideradas inconstitucionales sus resoluciones. ¿Cómo debe ser interpretada esta consideración?

Un mejor entendimiento de esta respuesta ha de empezar descartando las interpretaciones imposibles, fáctica o jurídicamente. Así, se ha de descartar que los miembros del Tribunal Constitucional por el sólo hecho de asumir el estatus de magistrados se convierten en jueces infalibles, al menos en el ámbito jurídico. En efecto, los magistrados del Tribunal Constitucional pueden equivocarse y de hecho resultan equivocándose. Pueden equivocarse al punto que materialmente pueden terminar resolviendo –inconscientemente, se ha de presumir– en contra de la norma constitucional. Precisamente por eso, como se advirtió al momento de estudiar su posición jurídica, es necesario insistir en el sometimiento estricto de la labor del Tribunal Constitucional a lo que se haya dispuesto en la Norma fundamental.

Otra interpretación que igualmente se ha de descartar, esta vez por imposibilidad jurídica, es considerar que las resoluciones del Tribunal Constitucional puedan ser cuestionadas en su constitucionalidad. No existe ni procedimiento ni órgano competente para realizar una actividad fiscalizadora de la constitucionalidad de las resoluciones del Tribunal. La imposibilidad jurídica es clara al definirse –como se ha estudiado– la posición que dentro del ordenamiento jurídico ostenta el Tribunal Constitucional, como única o última instancia de las distintas cuestiones constitucionales que se pueden plantear.

⁹ EXP. N.º 2790–2002–AA/TC, de 30 de enero de 2003, f. j. 4.

¹⁰ EXP. N.º 0200–2002–AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 2.

¹¹ EXP. N.º 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004, f. j. 2.e.



Las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser cuestionadas en su constitucionalidad por ningún órgano interno, ni por ningún organismo internacional. En este último caso, así lo exige la soberanía del Estado peruano. Tan es así que cuando un particular acude –por ejemplo– a la Corte interamericana de Derechos humanos una vez agotada la jurisdicción nacional (y, por tanto, luego de haber habido resolución del Tribunal Constitucional), lo hace demandando al Estado peruano (no al Tribunal Constitucional), por violación del Pacto de San José de Costa Rica (y no por violación de la Constitución peruana).

Descartado que el Tribunal Constitucional es un tribunal infalible, y descartada también la posibilidad jurídica de cuestionar la constitucionalidad de las resoluciones del Tribunal, la respuesta a la cuestión planteada es que las resoluciones del Tribunal Constitucional, si bien es cierto es posible que materialmente lleguen a contravenir la Constitución, formalmente son siempre constitucionales. Es decir, no es imposible que una resolución (o un criterio hermenéutico) del Tribunal Constitucional llegue a incurrir en inconstitucionalidad y, a la vez, esa resolución (o ese criterio hermenéutico) deba ser considerada como constitucional. En este caso, la resolución del Tribunal será considerada constitucional no porque materialmente lo sea, sino porque formalmente no se ha habilitado ningún procedimiento ni se ha previsto ningún órgano para declarar –formalmente, insisto, y con los consiguientes efectos jurídicos derogatorios– su inconstitucionalidad, por lo que su fortalecimiento dentro del ordenamiento jurídico será una cuestión de *autoritas*.

Así lo ha querido el Constituyente peruano al recoger al Tribunal Constitucional con las funciones (y consecuentes poderes) con las que lo ha hecho; y en esta misma línea –como no podía ser de otra manera– se ha dirigido la voluntad del Parlamento –como órgano de representación ciudadana y de legitimidad política–, manifestada en la referida LOTC.

Parecería al menos contraproducente afirmar, por un lado, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda incurrir en inconstitucionalidad y, a la vez, admitir que no existe instrumento alguno para superar esa inconstitucionalidad. La imperfección del sistema es patente en este punto. Una imperfección que, por lo demás, viene justificada en el hecho de que la cadena que se genera en el afán de *controlar al controlador*, debe ser corta. El valor seguridad jurídica así lo exige. Pero y es que además, no es posible pensar en un sistema perfecto, porque aún pudiendo ser formulado, corresponderá a nosotros, criaturas imperfectas, ejecutarlo.

El único control que puede caber en estos casos es sólo político a través del Parlamento, o social a través de los distintos grupos organizados socialmente. Unos y otros –evidentemente– se manifestarán en hipótesis de actuaciones manifiesta y flagrantemente inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional. Serán hipótesis, no deseables ciertamente, de enfrentamiento político y social especialmente virulentos.

Pero es un control que no es deseable se llegue a manifestar, por lo que el único control posible de admitir dentro de un Estado democrático de derecho es el auto control o auto limitación que sepa poner de manifiesto el Tribunal Constitucional para encuadrar efectivamente sus decisiones dentro de los parámetros formales y materiales de la Norma constitucional, como se comentará más adelante.

IV. HACIA UNA *CONSTITUCIONALIZACIÓN* DEL ENTERO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El problema de la constitucionalidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional no se resuelve simplemente afirmando lo que aquí se acaba de argumentar: que formalmente son siempre constitucionales, y que materialmente pueden llegar a ser inconstitucionales. Implica algo más, muy relacionado con el concepto de Constitución y con su significado en el seno de un ordenamiento jurídico.

Ni la brevedad ni oportunidad de este trabajo permiten abordar con amplitud la formulación de un concepto general de la Constitución. Sólo se dirá una afirmación admitida prácticamente con unanimidad: la Constitución nace como un intento de frenar el ejercicio del poder político. Desde sus orígenes revolucionarios, la Constitución se erigió en un límite al poder¹².

Sin embargo, lo que sí será posible –aunque con brevedad– es destacar algunos de los elementos que caracterizan a la Constitución peruana. La Constitución peruana es una constitución rígida, en tanto para su reforma constitucional se ha previsto un procedimiento distinto y más gravoso que para aprobar una ley ordinaria o ley orgánica (artículo 204 CP). Esta rigidez constitucional significa que la Constitución está por encima de la ley y, por tanto, de cualquier otra norma jurídica de inferior jerarquía que la ley (artículo 51 CP). De manera que la Constitución peruana viene a significar que es la Norma suprema o norma fundamento del entero ordenamiento jurídico.

Varias consecuencias podrán obtenerse de la consideración de la Constitución peruana como fundamento del entero ordenamiento jurídico, al menos las dos siguientes: la garantía jurisdiccional de la Constitución, y la influencia de la Constitución al entero ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la primera de las mencionadas consecuencias, la validez del entero ordenamiento jurídico, en particular la validez de la ley, se formulará en función de su ajustamiento a la Constitución. Si una ley contraviene a la Constitución, será una ley inválida jurídicamente. Frente a esta posibilidad se ha previsto el control jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y de las normas infra legales. El control de la constitucionalidad de las leyes, como se indico arriba, se lleva a cabo tanto a través del control abstracto como del difuso de la constitucionalidad, ambos posibles de ejercer en el seno del Tribunal Constitucional, y sólo el segundo en los tribunales del Poder judicial. Mientras que el control de las normas infra legales, puede llevarse a cabo de manera concentrada (y buscando su derogación) en los Tribunales del Poder judicial a través de la Acción popular (artículo 200.5 CP), y de manera difusa en el seno del Tribunal Constitucional, cuando éste conozca de algún proceso constitucional en el que la violación de un derecho constitucional se produzca por la aplicación de una norma infra legal inconstitucional.

¹² Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María, *Aproximación a la idea de Derechos Fundamentales*, Reista Peruana de Derecho Constitucional 2, Lima, 2000, p. 221.



La segunda consecuencia consiste en que si la Constitución se encuentra en la base del ordenamiento jurídico, éste necesariamente resultará influenciado por lo que se disponga en la norma Constitucional. Tal influencia es así, al punto que la validez del ordenamiento jurídico dependerá de su ajustamiento a la Constitución. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, “[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico–estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella”¹³.

Estas características de la Constitución peruana, permiten afirmar que en el caso peruano están dados los requisitos principales para poder hablar de una *constitucionalización* del ordenamiento jurídico¹⁴. Se puede comprobar, entonces, que esta nueva etapa de la vida constitucional (normalmente conocida con el nombre de “Neoconstitucionalismo”) que supone la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, de la actuación de los órganos que ejercen el poder político, no es ajena a la vida constitucional peruana.

Mediante este fenómeno, no sólo se deberá entender que el ordenamiento jurídico es válido en la medida que se formule en consonancia con la norma constitucional, sino que además significará que la solución de todas las cuestiones que se deriven de la vigencia y aplicación de ese ordenamiento jurídico, deberán ser formuladas desde la Constitución misma. Como bien se ha advertido, “[l]os operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución *a través* del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional”¹⁵.

En particular, este fenómeno de *constitucionalización* se manifiesta principalmente respecto de los derechos fundamentales. En palabras del Tribunal Constitucional, se ha de “en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales”¹⁶, lo cual no viene a ser sino manifestación de que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”¹⁷.

V. ¿HACIA UN TOTALITARISMO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

1. *Un modo de entender la Constitución y la actividad de interpretación constitucional*

Como se ha argumentado, es posible hablar de *constitucionalización* del ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, este fenómeno puede darse en magnitudes e intensidades distintas. La mayor o menor influencia de la Norma Constitucional sobre el

¹³ EXP. N.º 2209–2002–AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 7.

¹⁴ Para Ricardo Guastini, dos son al menos las “condiciones necesarias de constitucionalización”: que la Constitución sea rígida; y que exista una garantía jurisdiccional de la Constitución. Cfr. GUASTINI, Ricardo. *La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*, en CARBONELL, Miguel (ed), “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, pg. 50 y ss.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 114.

¹⁶ EXP. N.º 3510–2003–AA/TC, de 13 de abril de 2005, f. j. 2.a.

¹⁷ EXP. N.º 0410–2002–AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 6.

ordenamiento jurídico, dependerá de cuan abierta y ambigua pueda ser considerada la Constitución. Pero esta será una cuestión que se ha de resolver en función de lo interpretado y decidido por el Tribunal Constitucional. En efecto, si el Tribunal Constitucional es el Supremo intérprete de la Constitución, de modo que sus resoluciones –y por tanto, sus interpretaciones– no pueden ser inconstitucionales (según el sentido antes explicado), resulta importantísimo determinar cómo ha concebido el Tribunal Constitucional a la Constitución misma, y cómo ha concebido su papel de intérprete de la Constitución.

De los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que ha manifestado su concepción de la Constitución y de su actividad interpretativa, se puede concluir que el Alto Tribunal ha concebido a la Constitución como un orden de valores o principios, y su función interpretativa, como una tarea de concretización de ese orden valorativo.

Con respecto al concepto de Constitución, y en especial referencia a los derechos fundamentales, ha manifestado el Tribunal que estos deben ser entendidos no sólo “como atributos reconocidos a favor de los individuos, asegurando su contenido y removiendo aquellos obstáculos que interfieran en su plena efectividad, sino también, *en cuanto se trata de los valores materiales del ordenamiento jurídico*”¹⁸. Es más, el enjuiciamiento que de las distintas cuestiones debe realizar el juez constitucional deberá realizarse, “conforme al cuadro de valores constitucionales”¹⁹, ha dicho el Alto Tribunal de la Constitución.

Al ser concebida la Constitución peruana como un conjunto de valores, se entiende perfectamente la definición que el Tribunal Constitucional ha dado de su actividad hermenéutica. Se trata de una actividad dirigida precisamente a concretizar en cada situación el alcance y significación de esos valores. Ha dicho el mencionado Tribunal que “[e]s evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional”²⁰.

Esto significará que la Constitución valdrá en la medida y con la significación que el Tribunal Constitucional determine. Que esto es así, lo ha demostrado perfectamente el Tribunal Constitucional cuando ha afirmado su papel de controlador de la constitucionalidad de la producción normativa del Parlamento (o del Ejecutivo cuando emite normas con rango de ley). Ha manifestado el Alto Tribunal que “como Supremo Intérprete de la Constitución (artículo 1º de la Ley N.º 28301 –Orgánica del Tribunal Constitucional–), en aplicación de los principios de presunción de constitucionalidad de las leyes y de interpretación conforme a la Constitución, ejerce un control sobre el contenido normativo de las disposiciones legales, invalidando los sentidos interpretativos inconstitucionales e, incluso, haciendo explícitos aquellos otros sentidos interpretativos que,

¹⁸ EXP. N.º 5374–2005–AA/TC, de 17 de octubre de 2005, f. j. 3. La cursiva de la letra es añadida.

¹⁹ EXP. N.º 2080–2004–AA/TC, de 9 de septiembre de 2004, f. j. 2.

²⁰ EXP. N.º 2409–2002–AA/TC, citado, f. j. 1. a.



prima facie, no eran atribuidos a las disposiciones sometidas a evaluación (sentencias interpretativas ‘manipulativas’)²¹.

Con este modo de entender la Constitución (un orden de valores que configura, por tanto, un marco normativo amplio y ambiguo), y de entender la labor del Tribunal Constitucional (como determinador y concretizador de ese marco amplio y ambiguo), se encuentran los presupuestos dados para esperar –más bien comprobar– no sólo una extensa y profunda irradiación de la norma constitucional, en estricto, de los principios y valores que conforman la Constitución, que llevan a una “omnipresencia de la Constitución”²²; sino también a una labor de concreta determinación del entero ordenamiento jurídico a cargo del Tribunal Constitucional, quien definirá la concreta sujeción del Poder político y de los particulares a lo que previamente haya decidido significa el valor o principio irradiado, es decir, a una situación de “omnipotencia del Tribunal Constitucional”²³.

2. Riesgos de un totalitarismo del Tribunal Constitucional

A) Cambio del modelo de Estado constitucional

Esta situación de omnipotencia del Tribunal Constitucional fruto de una concepción de la Constitución como un orden de valores, no ha estado exenta de críticas. Así por ejemplo, se ha denunciado de manera general que “[e]l Tribunal Constitucional se transforma en una instancia autoritaria debido a que se deja guiar de la idea de realización de unos valores materiales previamente dados como derecho constitucional”²⁴; o que “[e]n la medida que un Tribunal Constitucional la teoría del orden valorativo adopta y la pone como fundamento de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales”²⁵.

En particular, la labor que el Tribunal Constitucional juega dentro del fenómeno de *constitucionalización* del ordenamiento jurídico debe ser asumida con muchísima prudencia por los riesgos que trae implícitos. En primer lugar, se corre el riesgo de que se pase de un modelo estatal en el que el poder se ha trasladado del Ejecutivo y del Legislativo hacia el Tribunal Constitucional. Será éste quien determine lo constitucionalmente válido para, a partir de ahí, disponer cuales decisiones legislativas o administrativas deben seguir vigentes y cuales no, por ajustarse o no a lo constitucionalmente válido. Pero lo constitucionalmente válido, carece de un parámetro unívoco y claramente objetivo de determinación.

Como se ha advertido, las disposiciones sobre principios en la Constitución, son disposiciones que no tienen un sentido unívoco²⁶. Es más, y siguiendo la clásica distinción

²¹ EXP. N.º 1907–2003–AA/TC, de 27 de enero de 2005, f. j. 20.

²² ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, en “Rechtstheorie”, n.º 18, 1987, p. 406.

²³ *Ibidem*.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 5.ª ed., Frankfurt am Main, 1997, p. 315.

²⁵ *Idem*, p. 316.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst–Wolfgang, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en “Neue Juristische Wochenschrift”, 1974, p. 1529.

alexiana de las normas entre reglas y principios, los principios son mandatos de optimización (*Prinzipien als Optimierungsgebote*), es decir, son mandatos “de que algo deba ser realizado en la mayor medida posible según las posibilidades jurídicas y fácticas”²⁷. De esta manera, los principios se caracterizan porque “pueden ser cumplidos en grado diferente”²⁸.

Será el Tribunal Constitucional el encargado de concretizar el valor, es decir, de determinar cual de los diferentes grados de cumplimiento del principio es el que corresponde en cada caso concreto. De esta manera se corre el riesgo de que la Constitución deje de ser un marco que permite respuestas igualmente válidas desde el punto de vista constitucional, para pasar a ser una fuente en la que “todos los principios del Derecho y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico están ya *in nuce* contenidos en ella”²⁹.

En esta situación, el Tribunal Constitucional se convierte en “el señor de la Constitución”³⁰, en la medida que el referido Tribunal será quien determine la concreción del alcance de los distintos mandatos constitucionales que son un valor o un principio. Así, se corre el riesgo de terminar anulando el necesario margen de discrecionalidad que requiere el Legislador y el Ejecutivo para cumplir con su función de gobernar la Comunidad política emitiendo las correspondientes leyes, normas administrativas o actos ejecutivos.

Si en la práctica se les niega este margen, se les estará negando la posibilidad de ejercer el poder político, en buena cuenta, de gobernar. El *Gobernante*, querido o no, terminaría siéndolo el Tribunal Constitucional, porque el ejercicio del poder se realizaría siempre no según los cauces o según el marco que la Constitución ha establecido, sino según las concretas especificaciones que finalmente determine el Tribunal Constitucional. En buena cuenta, como bien se ha advertido, con este tipo de concepciones, el Tribunal Constitucional llega a tener “la posibilidad de hacer triunfar sus propias concepciones sobre las del legislador y sobre las de la Constitución misma”³¹.

B) Totalitarismo de una concreta ideología

Esto que se acaba de decir, supone un riesgo adicional: el totalitarismo de una concreta ideología de los miembros (sino de todos, si al menos de la mayoría) del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional está conformado por magistrados que tienen una concreta cosmovisión, una determinada carga axiológica y, en fin, un concreto concepto de Derecho y de los Derechos fundamentales. Cuando se afirma que la Constitución es un conjunto de valores o principios que se han de concretizar en cada caso particular, y que el

²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 75.

²⁸ Idem, p. 76.

²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental*, en BÖCKENFÖRDE, Ernst, “Escritos sobre Derechos Fundamentales”, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 137.

³⁰ Ibidem.

³¹ CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, p. 134.



máximo *concretizador* es el Tribunal Constitucional, en buena cuenta se está diciendo que la Constitución significará y valdrá en cada caso concreto, lo que la cosmovisión, carga axiológica, y epistemología del Derecho mayoritaria (al menos) del Tribunal Constitucional, determine que significa y vale. En una situación así, para nada exagerado es afirmar que la dirección de la comunidad política pasaría de manos del Legislativo–Ejecutivo, a las de la ideología de las cuatro (y en el mejor caso –actualmente– seis) personas que conforman el Tribunal Constitucional.

En esta hipótesis, el Tribunal Constitucional no vendría a constituir más que la cabeza de un sistema fáctico de gobierno, en el que el cuerpo vendría constituido por los jueces y magistrados del Poder judicial. En efecto, los jueces y magistrados del Poder judicial tienen también atribuida la función de control de la constitucionalidad de los actos del poder, y cuando interpretan una Constitución conformada por valores y principios, su labor es también la de concretizar la Constitución. Esta labor la desarrollan tanto directamente porque conocen en primera instancia de una litis en la que tienen que concretizar (los valores y principios de) la Constitución; como indirectamente porque deben aplicar –aunque no estén convencidos de ellos– los criterios doctrinales –las concreciones de los valores de la Constitución– que determine el *Señor de la Constitución*, que es el Tribunal Constitucional.

La posibilidad de este totalitarismo se ve reforzada con el hecho, ya comentado anteriormente, de que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser impugnadas constitucionalmente. En una situación así, se pasaría de un Estado republicano y democrático, a un Estado judicialista, en el que el poder se reparte entre los jueces y, en última instancia, en el Tribunal Constitucional. Una situación en absoluto democrática, en la medida que ni los jueces ni los magistrados del Tribunal Constitucional provienen de elección directa de los ciudadanos³².

VI. NECESIDAD DE AUTOCONTROL

Ante a esta situación surge necesariamente la siguiente cuestión: frente a estos riesgos gravísimos, ¿quién controla al Tribunal Constitucional? En situación de normalidad constitucional, no se ha previsto ningún órgano y ningún mecanismo que pueda cumplir la mencionada labor de control. En alguna situación de excepcionalidad, como se puso de manifiesto anteriormente, además, situación coadyuvada por el mismo Tribunal Constitucional, es posible pensar en un control político del Parlamento o del mismo cuerpo social organizado.

Esto significa que lo que queda es confiar en una labor de autocontrol por parte del mismo Tribunal Constitucional. El poder que en el sistema constitucional peruano –como en general, en todos los sistemas con justicia constitucional concentrada–, llega a tener el Tribunal Constitucional es de tal magnitud que él mismo podría llegar a configurar el sistema político, social y económico de la comunidad política peruana, ordenando y dirigiendo la labor de los clásicos poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a los parámetros

³² Esto es así, aún poniendo en práctica la elección popular tanto de los jueces de paz, como de los jueces de primera instancia del Poder Judicial, según lo ha dispuesto el artículo 152 CP.

y líneas que él mismo les indique. La labor de autocontrol se hace necesaria para evitar que el poder, y consecuente gobierno, no pase a estar depositados en el Tribunal Constitucional.

Esta labor de autocontrol debe manifestarse especialmente cuando el Tribunal Constitucional tenga que definir el alcance de un principio o valor concreto. Si, como se ha dicho, los principios o valores son mandatos de optimización, ¿hasta donde se les está permitido optimizar? De entrada sirve lo que al respecto hemos visto ha manifestado Alexy: el principio se optimiza sólo en la medida que lo permita las posibilidades fácticas y jurídicas.

En efecto, el principio (el derecho fundamental), no puede optimizarse al punto que llegue a contravenir otro principio u otro derecho fundamental. Por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional no podrá optimizar el invocado principio de autonomía procesal de manera que en el caso concreto niegue el principio de la seguridad jurídica, o contravenga el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de las partes en un proceso judicial o constitucional. Este principio de “autonomía procesal”, tal y como ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, deberá ser siempre aplicado con rigurosidad extrema, para evitar, precisamente, dañar otros principios o derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha manifestado que el principio de autonomía procesal “informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPConst.)”³³.

Igualmente, el principio (el derecho fundamental) tampoco puede optimizarse al punto que se pretenda llevar el derecho fundamental más allá de lo que las concretas circunstancias permite llevarlo. Así, por ejemplo, no se puede crear una obligación concreta a la Administración pública (al Ejecutivo) a favor de un administrado, cuando esa pretensión materialmente –por las concretas circunstancias fácticas–, no es posible reconocerla como exigible. Hay que coincidir con el Tribunal Constitucional en que los derechos sociales no pueden ser considerados simplemente como “meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”³⁴. Pero a la vez hay que recordarle que debe estar especialmente atento para evitar vincular al Poder estatal a obligaciones cuya satisfacción no es posible por las

³³ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 48.

³⁴ EXP. N.º 2945–2003–AA/TC, de 20 de abril de 2004, f. j. 11.



concretas circunstancias, o –en definitiva– a hacerle variar políticas perfectamente viables y justificadas dentro de un marco constitucional³⁵.

En la definición de lo jurídica y fácticamente posible, el Tribunal Constitucional deberá tomar en mucha consideración que la labor de dirección de la Comunidad política le corresponde no a él, sino al Ejecutivo y al Legislativo, los cuales –para el cumplimiento adecuado de sus funciones– cuentan necesariamente con un margen de discrecionalidad. Incluso, y sin renunciar a su labor de defensor de la Constitución, debe procurar prudencia cuando tiene que resolver cuestiones referidas al orden económico, y evitar –entre otras cosas– excesos en su parte expositiva, como aquel que le llevó a afirmar que “si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a su ineficiencia comparada con el nivel internacional”³⁶.

Siempre en el ámbito económico, es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la especial protección de los derechos constitucionales de la persona humana como consumidora en una economía social de mercado (artículo 58 CP)³⁷. Sin embargo, esta acertada protección del consumidor, no puede ser llevada a extremos de olvidar que en el mercado concurren también otros agentes (productores, comercializadores, etc), que titularizan derechos fundamentales, que deben ser igualmente protegidos (libertad de empresa, libertad de industria, libertad de comercio, etc).

VII. CONCLUSIONES

Mal haría el Tribunal Constitucional en, so pretexto de optimizar determinados derechos fundamentales, impedir el pleno ejercicio de otros también derechos fundamentales. Mal haría también en, so pretexto de concretizar los valores y principios de la Constitución, resultar finalmente –y fácticamente– gobernando en la comunidad política peruana. Con esto, a la larga, lo único que el Tribunal Constitucional podrá conseguir es asfixiar los mismos valores o principios (los derechos humanos) que dice defender y garantizar, en la estrechez de una norma jurídica fundamental que vale lo que la concreta ideología de la mayoría (o totalidad) de los magistrados del Tribunal determinen que vale en cada caso.

Mucho daño se terminaría haciendo a la persona y a la Constitución misma, si so pretexto de velar por el cumplimiento de la Constitución, se termine comunicando la idea de una suerte de tiranía de los valores constitucionales o de tiranía de los derechos fundamentales, y su consecuente desvalorización y desprestigio. Y lo peor es que esa sensación nunca podrá ser acertada en la medida que lo que realmente acontecerá será una tiranía de un concreto modo de entender la Constitución y los derechos fundamentales por parte de los circunstanciales miembros del Tribunal Constitucional.

³⁵ Lo cual no debe ser interpretado como si no fuese posible cuestionar (mediante un control difuso o abstracto) la constitucionalidad de la norma o de la concreta medida que recoge los lineamientos de la política a seguir en un concreto sector.

³⁶ EXP. N.º 1238–2004–AA/TC, de 16 de noviembre de 2004, f. j. 13.h.

³⁷ Cfr. EXP. N.º 3315–2004–AA/TC, de 17 de enero de 2005, en particular del f. j. 5 al 22.

Más que nunca, se hace necesario que la labor del Tribunal Constitucional –insisto, sin renunciar a su importantísima labor de control y defensa de la Constitucionalidad–, se mantenga al margen de excesos que –como se ha visto– sólo traerán perjuicios a la persona humana y al sistema democrático constitucional.

Más que nunca, desde el Tribunal Constitucional, se hace necesario que sus magistrados se prodiguen en prudencia y humildad. Prudencia para evitar los riesgos denunciados, y humildad para reconocer que la tarea de instaurar la justicia en el sistema político, social y económico, no es una labor que le competa ni exclusivamente ni principalmente a él, sino también –y en primer lugar– a las instituciones constitucionalmente destinadas a gobernar el Estado: el Legislativo y el Ejecutivo. A pesar de la manifestada ineptitud de estas instituciones, y de su hondísimo desprestigio, no puede concluirse que el Tribunal Constitucional es el llamado a gobernar. Sólo así podrán ser ejecutadas en sus justos términos las “funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional”³⁸.

Y, en fin, más que nunca es necesario que el Parlamento se comporte de acuerdo con las exigencias de su gravísima responsabilidad al momento de nombrar magistrados del Tribunal Constitucional. Las sillas de magistrados en el Tribunal deben dejar de ser objeto de reparto de las fuerzas políticas en el seno del Parlamento, para exigir en el candidato las más altas cualidades personales y jurídicas y, eventualmente, ser nombrado sólo con base en ellas.

³⁸ EXP. N.º 0168–2005–AC/TC, de 29 de septiembre de 2005, f. j. 28.

