



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# MESA REDONDA SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). Mesa redonda sobre el Tribunal Constitucional. *Foro Jurídico: revista de derecho*, (9), 23-37.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## Mesa Redonda sobre el Tribunal Constitucional\*

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

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

Así ha sido respecto del Poder Legislativo. Como se dijo, las disposiciones de la Constitución requieren de interpretación para ser aplicadas, resultando especialmente compleja la actividad hermenéutica que recae sobre una disposición iusfundamental. En la realización de esta tarea interpretativa, es importante la concepción que de la Constitución tenga el TC. Según Alexy, tres son posibles: la concepción de la Constitución como un marco; como un orden fundamental; y como un marco y un orden fundamental a la vez (ALEXY, *Epílogo a la teoría general de los derechos fundamentales*, 2004). Si es entendida como un simple orden marco, puede acontecer una infraconstitucionalización, debido a que al TC le estaría prohibido intervenir en el proceso de llenado del marco (BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1993); si se le entiende como un orden fundamental, hay el riesgo de una sobreconstitucionalización, al esperar que de la Constitución provenga todas las respuestas, a modo del huevo jurídico originario del que todo procede (FORTSHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, 1975).

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

\* El contenido será publicado, a finales del 2008, en la Revista Foro Jurídico N° 9 de la Asociación Civil Foro Académico revista editada íntegramente por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú.



podrá exigir una determinada actuación cuando es posible más de una constitucionalmente válida.

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

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

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

sentencia (CASTILLO, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, 2008), sólo me interesa nuevamente poner de manifiesto una actuación extralimitada del TC, esta vez sobre el Poder Judicial. En este caso, en lugar de emplear su tiempo y energía en percatarse de una de las más clamorosas y manifiestas inconstitucionalidades en la que ha incurrido el Legislador en los últimos tiempos, anulaba sentencias judiciales que –entre otros- precisamente inaplicaba esa norma manifiestamente inconstitucional. Me refiero al artículo 5 de la Ley 27153 en la que se prohíbe la instalación de locales destinados a la explotación de juegos y casinos a una distancia menor de 150 metros de centros de estudio. Una medida desproporcionada, entre otras razones, por inidónea (a un escolar no se le persuade de entrar a un local de tragamonedas por encontrarse a 150 o no, él si quiere ir irá aunque se encuentre a bastante más de 150 metros; por lo demás, no protegería a los niños en edad escolar cuyos domicilios se encuentren colindantes con el local de juegos y casinos); y es innecesaria (hay otras medidas igualmente efectivas y menos restrictivas, como la sanción de cierre por incumplimiento de la obligación de no dejar entrar a menores de edad).

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

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

Todo esto no es más que manifestación de un exacerbado activismo judicial fruto de un notorio desequilibrio entre un razonable activismo judicial de un lado, y una vital autolimitación judicial por otro. Desde que la Constitución es una norma abierta a valores está justificada la posibilidad y necesidad de un activismo judicial, pero éste debe desenvolverse por los cauces del ajustamiento a las exigencias orgánicas y materiales de la Constitución. Lo que no puede acontecer es que so pretexto de que la norma constitucional es abierta e indeterminada, y que el TC es el Supremo intérprete de la Constitución, se pretenda gobernar una comunidad política. Si bien es cierto que instituciones como el Parlamento o el Ejecutivo o el Judicial a veces muestran una dolorosa y desesperante inoperancia para realizar la justicia y el bien común, es sumamente discutible que el TC quede legitimado para intervenir en la actuación de los poderes públicos para obligarles a



hacer o para anular sus acciones, cuando éstas no coinciden con el modo querido por el TC de realizar el bien común y la justicia. Sin duda que en esta realización al TC le corresponde jugar un papel destacado, pero dentro de sus facultades, y sin menoscabo de la distribución del poder querida y dispuesta por el Constituyente.

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

Finalmente, en el último Congreso Nacional de Derecho Constitucional, varias de las intervenciones fueron dirigidas en la línea de denunciar extralimitaciones en la actuación del TC. Junto a ellas, se ha de destacar la intervención del Magistrado Gerardo Eto, quien mostró la necesidad de reformar algunos criterios jurisprudenciales del TC. Esto resulta siendo significativo, especialmente porque manifiesta primero, la capacidad de reconocer desaciertos, y segundo, la voluntad de enmendarlos. Queda el decisivo tercer paso: saber hacerlo. Esperemos que los siete magistrados puedan lograr consenso en lo fundamental, al menos en lo esencial de lo fundamental: que el TC no está llamado a gobernar el país. Aunque sospecho que el camino no será ni mucho menos sencillo de transitar, porque parece ser que ésta voluntad de cambio no es compartida por todos los magistrados. Hace poco leía una entrevista al entonces presidente del TC, Magistrado Dr. César Landa, en la que refería que “el Tribunal [Constitucional] hace justicia (...) también cuando lo demandan principios abiertos (...). De ahí que para algunos sectores que se ubican en una línea positivista, sentencias como la del control difuso en sede administrativa u otras no se encuadran en los esquemas tradicionales” (LANDA, “El ejercicio del poder requiere un juicio racional y no un juego de pasiones, buscando siempre interpretar de manera razonable la Constitución”, en *Revista Foro Jurídico*, número 7). Con el respeto que se merece el ex presidente del TC, un académico destacado a nivel nacional e internacional, habrá que decir que no todos los que hemos criticado esa sentencia somos positivistas; y recordarle que –como ya se dijo antes– la Constitución es una realidad abierta a valores, pero no sólo se requiere reconocer la existencia de un valor jurídico, sino que hay que saber aplicarlo. Un no positivista que reconoce la existencia de un valor pero que no sabe aplicarlo, puede acarrear muchísimo más daño al sistema jurídico que un positivista que no reconoce la existencia de valores jurídicos.

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

El TC ha manifestado que debido a que él es el Supremo intérprete de la Constitución, sus resoluciones no pueden ser inconstitucionales (EXP N.º 2704–2004–AA/TC). Esta afirmación puede entenderse de dos maneras. Una es admitiendo de antemano que las decisiones que adopte el TC en ningún caso pueden contravenir la Constitución. Si esto se admite, entonces, no será necesario hablar de ningún tipo de control, ni jurídico ni de ningún otro tipo, ya que no habría nada que controlar por ser su actuación siempre constitucional.

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

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

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

Las decisiones del TC tienen gran incidencia en el orden fundamental de la Comunidad política, pero ocurre que sus miembros no son elegidos por esa comunidad. Su legitimidad se asienta necesariamente en su apego a la decisión del poder constituyente (en buena cuenta, el pueblo mismo), es decir, en el ajustamiento de sus decisiones a la Constitución. Esto no supone necesariamente que la decisión del TC siempre deberá formularse según la mayoría social quiera que se formule. La justicia de la decisión no depende de lo que quiera



o no la mayoría del conjunto social, sino de su ajustamiento al Ius (al Derecho). De hecho, si la mayoría social quiere algo proscrito o no permitido por el Derecho (por la Constitución), el TC no debe otorgarlo. Esto impedirá, precisamente, que caiga en populismos. La legitimidad del TC le viene del Derecho, y en ella se mantendrá mientras sus decisiones sean compatibles con exigencias de justicia propias del Ius. El TC no dice –no debería de hacerlo– lo que es debido a cada uno según circunstancias mayorías populares incluso políticas, sino según imperecederas exigencias de la justicia.

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

Lo dicho inmediatamente antes debe ser complementado necesariamente con lo siguiente. La justicia no es teórica sino es práctica. Así, a alguien se le califica de justo precisamente por sus actos concretos de justicia. De modo que la decisión es justa o no en las circunstancias del caso concreto. Una misma decisión puede ser justa en unas circunstancias, e injustas en otras. El TC no puede obviar los elementos fácticos que definen la cuestión que se le plantea a la hora de tomar una decisión. Circunstancias sociales, económicas y políticas conforman una determinada realidad, y el Juez constitucional deberá preguntarse y saber responder si en esas concretas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales, una determinada decisión es o no justa, es decir, si está decidiendo *lo debido* a la luz de esas circunstancias. De modo que el punto hasta el cual el TC deberá tomar en consideración el “impacto social, económico y político de sus decisiones” es el necesario que le permita establecer la decisión justa al caso concreto.

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

No estoy de acuerdo. Plantear la cuestión desde una óptica propia de un juicio económico no me parece acertado porque conlleva necesariamente a admitir que algo que siendo debido no es otorgado. No se puede decir a nadie tienes el derecho de hacer o recibir algo, pero no puedo otorgártelo porque los costos (económicos, sociales, políticos, etc) son demasiados grandes. Una característica del pensamiento moderno es que se plantea en términos disyuntivos: derecho al honor o libertad de información; desarrollo o medio ambiente sano, etc. Esto ha llevado a preferir ciertas posiciones iusfundamentales en detrimento de otras, siendo la única justificación de la preferencia un juicio económico como el que en definitiva subyace a las leyes (de la colisión y de la ponderación) y fórmulas (la fórmula del peso) alexianas: el derecho al honor es menos valioso que la libertad de información; el derecho al desarrollo es más importante que la conservación de un determinado medio ambiente, etc. No es una respuesta justa aquella que establece qué es *lo debido* a alguien, pero no lo otorga porque el beneficio del otorgamiento es menor que el costo de su otorgamiento. Desde un punto de vista argumentativo, es más ajustado afirmar y justificar que algo que no es posible otorgar en unas circunstancias concretas no es debido en esas circunstancias concretas, en otras circunstancias concretas pueda que eso mismo se convierta en *lo debido*.

#### **6. ACATAMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.– El no acatamiento de las sentencias del Tribunal**



**Constitucional es un problema sobre todo político. Así podemos citar varios casos recientes como los del FONAVI o la Ley de Justicia Militar (que a pesar de haber sido declarada inconstitucional el Congreso, con otros rótulos, ha mantenido). ¿A qué razón atribuye la existencia de este problema? ¿Se debe a la poca formación democrática en el país? Finalmente, ¿qué mecanismos jurídicos y/o políticos propone para resolverlo?**

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

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

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

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



resolución del TC, en particular, de órganos constitucionales autónomos como el Parlamento o el JNE que son la instituciones referidas en la pregunta.

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

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

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

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

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

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

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

Responder esta pregunta conlleva necesariamente saber diferenciar un servidor público del otro. El mejor modo de diferenciarlos es desde una concepción funcional. Las funciones del Magistrado son las propias de la función jurisdiccional: de modo general controlar la constitucionalidad de la actuación del poder (público y privado) a fin de asegurar el cumplimiento de la entera Constitución. En el ejercicio de esta función el Magistrado cuenta con ayudas como las que está llamado a brindar el Gabinete de asesores. Asesor, dice el Diccionario de la Lengua Española, es el que asesora; y asesorar se define como dar consejo, que a su vez se define como un parecer o dictamen, y este como una opinión. El asesor jurisdiccional no decide, sino que opina, aconseja, da un parecer. Por tanto, la función de los asesores será la de emitir un parecer sobre las cuestiones que algún o algunos Magistrados del TC le sometan a su análisis.

En el caso del TC peruano, se ha establecido en el artículo 34 del Reglamento de Organización y funciones del TC que los asesores jurisdiccionales prestan apoyo en el análisis y estudio de las causas. Ignoro cuál es la mecánica que en la práctica se sigue en el seno del TC para llevar a cabo la solicitud de apoyo y la prestación del mismo. Sin embargo, creo poder dar algún parecer al respecto. Me parece que son posibles al menos las dos



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

De estas dos concepciones considero que es la segunda la que más se aproxima al papel que está llamado a cumplir el asesor. La razón es que con base en ella se mantiene incólume la posición de los Magistrados como controladores e interpretes constitucionales; además de que con ella el asesor se convierte en una efectiva ayuda en el ejercicio de esa función de control e interpretación. Por eso es que si ocurre la segunda de las dos situaciones antes mencionadas, pienso que el magistrado puede devolver al asesor el proyecto de resolución con indicaciones sobre la interpretación por él considerada como constitucionalmente correcta o suficiente. En este caso, la ayuda del asesor consistirá en desarrollar una línea argumentativa en el sentido manifestado por el magistrado. ¿Puede oponerse el asesor a desarrollarla? Como regla general pienso que no, como excepción sólo alcanzo a ver dos estrechamente relacionadas entre sí: una, que el desarrollo de la línea argumentativa indicada por el asesor suponga en él un caso grave de conflicto de conciencia; la otra, que se trate de una línea de argumentación manifiestamente irracional o manifiestamente insostenible. Esta situación creo que de ocurrir deberá ser muy excepcional, para evitar la desnaturalización de la función del asesor. De otro modo pienso que se estaría permitiendo que el asesor entorpezca la labor del magistrado en lugar de ayudarla. Lo que en ningún caso creo puede ocurrir es que el asesor imponga al Magistrado su interpretación y su solución a una concreta cuestión.

Sólo es posible pensar que como regla general el asesor sí se puede oponer a desarrollar una determinada argumentación en la línea propuesta por el magistrado si es que éste cuenta con otro grupo de asesores con la función no se asesorar, sino de desarrollar líneas argumentativas orientadas por el magistrado. Así, habrían dos tipos de asesores: el asesor jurisdiccional y el asesor del Magistrado; el primero concebido para dictaminar, y el segundo para corregir posibles errores del primero o para mejorar el dictamen o consejo.

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

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

#### **10. MENSAJE DE LOS PARTICIPANTES.– ¿Podría Usted proponer algún mensaje a sus colegas peruanos acerca de la tarea de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la conciencia constitucional del ciudadano?<sup>1</sup>**

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

<sup>1</sup> Pregunta formulada por el Dr. César Landa en la entrevista a Peter Häberle. <http://dike.pucp.edu.pe/?con>

