

## La configuración orgánica del Tribunal Constitucional: la experiencia peruana

*Pedro P. Grández Castro\**

*“La exigencia en términos de política jurídica de introducir garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la acción estatal, propia del Estado de Derecho”.*

Kelsen, Hans. “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” En *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*. Tecnos, p. 292.

**Resumo:** O artigo apresenta a estrutura orgânica e funcional do Tribunal Constitucional do Peru e descreve sua experiência institucional na última década, com especial enfoque em sua autonomia, independência e imparcialidade como órgão constitucional.

**Abstract:** This paper presents the organic and functional structure of the Constitutional Court of Peru and describes its institutional life over the last decade, focusing on its autonomy, independence and impartiality as a constitutional body.

**Resumen:** El artículo presenta la estructura orgánica y funcional del Tribunal Constitucional de Perú y describe su experiencia institucional en la última década, con especial enfoque en su autonomía, independencia e imparcialidad como órgano constitucional.

**Palavras-chave:** 1) Tribunal Constitucional; 2) estrutura orgânica e funcional; 3) autonomia; 4) independência; 5) imparcialidade.

**Keywords:** 1) Constitutional Court; 2) organic and functional structure; 3) autonomy; 4) independence; 5) impartiality.

**Palabras-clave:** Tribunal Constitucional; 2) estructura orgánica y funcional; 3) autonomía; 4) independencia; 5) imparcialidad.

\* Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actual Director General de la Academia de la Magistratura.

## Introducción

La comprensión real de la presencia de un Tribunal Constitucional (TC) en un determinado contexto no puede lograrse solo a partir de las disposiciones normativas de la Constitución que lo introduce, en la medida que su cometido trasciende los escenarios propios del Derecho para insertarse en las complejas relaciones de la vida social, económica, política y cultural en general<sup>1</sup>.

La azarosa vida institucional del Tribunal Constitucional peruano no ha estado exenta de esta consideración general<sup>2</sup>. Transcurridos dieciséis años desde su reinstalación en el año de 1996, luego de que, tras el golpe de Estado de 1992, fuera clausurado su antecesor —el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), introducido por primera vez en la Constitución de 1979— el balance no es del todo alentador, si tomamos en cuenta su rol en defensa de los derechos fundamentales y el control del poder, sobre todo en los últimos años.

No obstante ello, la necesidad del control del poder por el Derecho, que es, en última instancia, la razón de su existencia, nos tiene que llevar a seguir apostando por el control constitucional, desde luego, sin olvidar que el Tribunal Constitucional no es el único contralor jurisdiccional de la Constitucionalidad<sup>3</sup>, de los actos del poder en todas sus dimensiones, público y privado<sup>4</sup>. Con estas observaciones preliminares, este trabajo

<sup>1</sup> Landa Arroyo, César. *Organización y funciones del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*, Palestra, Lima, 2011, p. 16.

<sup>2</sup> En otro lugar he dado cuenta del proceso complejo de reinserción del Tribunal Constitucional peruano durante la transición democrática, luego de la caída del régimen dictatorial. Cfr. *Tribunal Constitucional y transición democrática*, Gaceta del Tribunal Constitucional N°, 4, Lima, diciembre de 2006.

<sup>3</sup> No obstante, como nos recuerda, el profesor García Belaunde, el primer contralor de la constitucionalidad de las leyes fue el Poder Judicial. “Entre nosotros, se incorporó por vez primera en 1936, pero se hizo operativo tan sólo en 1963, merced a las precisiones reglamentarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese año. Mas, como queda dicho, sólo alcanzó rango constitucional en 1979, el mismo que ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993.” Cfr. García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional en el Perú”, publicado originariamente en: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde D., Fernández Segado F.; coordinadores, Editorial Dykinson, Madrid 1997.

<sup>4</sup> Especialmente relevante en el ámbito del control constitucional de los “poderes salvajes del mercado”, en la feliz expresión de Ferrajoli, resulta hoy en día el amparo contra particulares que ha tenido un esperanzador desarrollo en los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para una revisión de algunas de las decisiones de los mejores años del TC durante la transición véase; Mendoza Escalante, Mijail, “El amparo frente a actos de particulares”, accesible en: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/i/amparo.vs.particulares.pdf>>

aborda el desarrollo de la configuración orgánica del Tribunal Constitucional Peruano, a partir de su regulación en las Constituciones de 1979 y 1993. El análisis comparativo entre los dos textos constitucionales no es solo formal, sino que abarca su desempeño en la práctica de la justicia constitucional de los últimos años, poniendo de manifiesto, cómo algunas de las variables del diseño institucional se expresan luego en los niveles de independencia e imparcialidad con que actúa el Tribunal.

### **El Tribunal Constitucional como contralor de la Constitución**

Tomando la cita que encabeza este comentario, hay que asumir que también entre nosotros, la referencia del artículo 201° al Tribunal Constitucional como “órgano de control de la Constitución”, debe asumirse como un mandato de “*máxima juridicidad de la acción estatal, propia del Estado de Derecho*”. Esa “*máxima juridicidad*”, que ha alcanzado consenso universal en el contexto de las actuales democracias, es promovida, entre otros factores, por el “entusiasmo global por los derechos”<sup>5</sup> cuya custodia ha sido también encargada, en última instancia, al Tribunal Constitucional.

Ese control último que se le encomienda al Tribunal Constitucional trasciende o incluso cuestiona y resquebraja la idea originaria de división del poder como garantía de los derechos. Esto porque con la presencia del Tribunal Constitucional se asume, de entrada, y “renegando de Montesquieu”<sup>6</sup>, una cierta sospecha de que los derechos no siempre están garantizados cuando los poderes actúan “con libertad” en sus respectivos ámbitos y sin interferencias mutuas. Por el contrario, más coherente con la presencia de un Tribunal Constitucional es el ideario norteamericano del *Check and Balance*, esto es, un permanente control entre poderes y no solo una “separación”. En este escenario, la justicia constitucional suele presentarse como la “más importante y más prometedora de las respuestas que un número creciente de naciones ha intentado dar al problema de la

<sup>5</sup> Shapiro, Martin. “Revisión Judicial en democracias desarrolladas”. En *Tribunales Constitucionales y democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 242.

<sup>6</sup> Es la frase muy expresiva de Cappelletti al referirse al tardío reconocimiento europeo de la “lógica Hamilton” sobre la necesidad del control judicial de la supremacía constitucional.

opresión gubernamental”<sup>7</sup>, porque se enfoca en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

El que contemos con un así denominado “órgano de control de la Constitución” no deja de generar perplejidades. La pregunta que surge de su sola lectura es sobre qué es lo que se controla. La frase deja de mencionar el objeto (actos u omisiones) para hacer énfasis en el parámetro de control, esto es, la propia Constitución. Como comisionado del poder constituyente<sup>8</sup>, el Tribunal Constitucional, supervisa que lo que se hace, o se deja de hacer, no vulnere sus contenidos. Aunque otras fórmulas son más explícitas<sup>9</sup>, el trasfondo es el mismo.

Es por eso que a esta idea reconocida en el enunciado constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional acomoda e incorpora otro elemento gravitante que se encontraba de forma tácita en la descripción de las funciones del Tribunal Constitucional: “El Tribunal Constitucional es el órgano *supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*”. Esta sería a la vez, la fórmula de cierre del sistema de controles, pero también el punto de desencuentros con otros entes que también asumen de suyo, el control constitucional, como ocurre con el Poder Legislativo, el Jurado Nacional de Elecciones —cuando actúa como Tribunal Electoral— o el propio Poder Judicial.

Sin embargo, no deja de ser un aspecto problemático el definir el marco de control con el que trabaja el Tribunal Constitucional, pues esto tiene que ver, en última instancia, con cuestiones referidas a su legitimidad. Subyace a toda propuesta de definición una postura sobre la labor de interpretación, ya sea limitada o constructiva que de inmediato reconduce el debate a un problema de racionalidad de la interpretación. Por un lado, está la perspectiva que considera que el marco es el texto histórico<sup>10</sup> o incluso sus sentidos semánticos. Por otro, está aquella por la que se concibe

<sup>7</sup> Cappelletti, M. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”. En *REDC*, N.º 17, Madrid: CEC, 1986, p. 13.

<sup>8</sup> García de Enterría, Eduardo. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1. N.º 1. Enero-abril, 1981, p. 98.

<sup>9</sup> Como la Constitución Política de la República de Colombia. En su artículo 241 se señala que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. O el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”.

<sup>10</sup> Postura motivada por su prestigio. Esta idea central del originalismo se ha desarrollado con mayor firmeza en el Derecho Constitucional de Estados Unidos, debido al prestigio de 200 años de su

al intérprete como el delegado actual que defiende la obra del Constituyente, interpretándola a la luz de cada momento histórico y contextualizándola conforme a los requerimientos de la época<sup>11</sup>.

Al margen de las opciones o modelos teóricos, el hecho de contar con un “contralor supremo” de la constitucionalidad de los actos y también de las omisiones del poder supone, por su propia naturaleza, asumir un nuevo poder en la configuración de los poderes modulares de la democracia. Un poder que debe orientarse a la tutela de los derechos asumidos como “la ley del más débil” en la feliz expresión de Ferrajoli<sup>12</sup>. Creo que este es un principio fundante en esa asignación tan gravitante de poder jurídico y político que le entrega la Constitución al Tribunal Constitucional. Se trata de un poder de mediación en los conflictos y también de contención o compensación, especialmente en aquellos espacios donde los derechos del *más débil* están en riesgo de ser abolidos, incluso por las leyes de la mayoría o por las “leyes del mercado”.

Si se piensa que este es un principio configurador o basilar en la actuación del “contralor de la Constitución”, quizá también las preocupaciones sobre su poder a veces intolerable debieran menguarse. Pero es también verdad que no ha existido, ni entre nosotros y tampoco en otros contextos, mecanismos apropiados que hagan viable o garanticen este principio. Conviene sin embargo reflexionar, a partir de nuestra propia experiencia, la mejor forma de prever las garantías orgánicas que aseguren esta aspiración. En este sentido, algunas previsiones orgánicas en la selección y el número de magistrados, la forma de su designación, así como los requisitos mínimos, deben en conjunto contribuir con definir en forma más objetiva, al contralor de la Constitución a partir de su propia vida institucional.

### **Las reglas de su configuración orgánica y funcional**

---

Constitución. Sobre el originalismo y su actual desarrollo, ver Alonso García, Enrique *La interpretación de la Constitución*. Madrid, 1984. Una versión de textualismo lingüístico, aunque con matices propios del contexto europeo, puede verse en el caso español en GARCÍA AMADO, Juan. “Sobre la interpretación Constitucional”. En *Ensayos de Filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, 2003, pp. 67 y ss.

<sup>11</sup> Waldron, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 264.

<sup>12</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Trad. de Andrés Ibáñez y. Andrea Greppi), Ed, Trotta, Madrid, 1999, 180 pp.

La definición de lo que es un órgano no se desprende de su contemplación en abstracto, sino de lo que llega a ser a partir de las reglas que lo modulan y definen en la práctica. Con relación al Tribunal Constitucional peruano, conviene fijarnos en la configuración orgánica con la que ha contado en las dos experiencias constitucionales que lo regularon. La comparación entre las previsiones constitucionales de 1979 y 1993, nos permitirán algunos comentarios a la luz de la experiencia.

	T. C. (1979)	T. C. (1993)
<b>MAGISTRADO</b>	9 magistrados	7 magistrados
<b>DURACIÓN DEL CARGO</b>	50 años	45 años
<b>RENOVACIÓN</b>	3 designados por el Congreso 3 designados por el Ejecutivo 3 designados por la Corte Suprema de Justicia	7 designados por el Legislativo
<b>REELECCIÓN</b>	Probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos.	-
<b>EFFECTOS DE LA SENTENCIA EN UN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	6 años	5 años
	Por tercios, cada 2 años	Al finalizar el cargo de cada magistrado
	Permitida	Prohibida
	La sentencia se comunicaba al parlamento para que éste la derogara. Solo si en 45 días no se emitía el acto derogatorio, la	Invalidez automática de la ley Sin efectos retroactivos

sentencia cobrava pleno valor.

Sin efectos retroactivos

El cuadro comparativo reporta importantes diferencias que inciden, tanto en su configuración institucional, como también en la concepción del Tribunal Constitucional. Respecto de la configuración institucional, se aprecian importantes ventajas comparativas en su antecesor, el TGC. En efecto, en la Constitución de 1979, el Tribunal estaba conformado por nueve magistrados designados con participación de los tres poderes del Estado y con una mayor experiencia en la medida que establecía como edad mínima 50 años. Pero no solo el número de miembros era mayor y más cercano al número de otros Tribunales en el Derecho comparado<sup>13</sup>, sino también la duración del mandato y la forma en que este operaba al parecer se acercaba más al estándar de otros Tribunales.

El número de miembros de los Tribunales Constitucionales en todos los casos es mayor al peruano, fluctuando siempre por encima de los nueve miembros. Incluso en aquellos países en donde el Colegiado Constitucional está compuesto por siete miembros, se dispone un número igual o mayor de suplentes. También en Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional cuenta con siete magistrados titulares y siete suplentes<sup>14</sup>. Así también, en Costa Rica, la composición de la Sala Constitucional es de siete miembros propietarios y doce suplentes<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En *Alemania*, el Tribunal Constitucional Federal está conformada por dieciséis magistrados; En *Austria*, el Tribunal Constitucional está compuesto por 14 miembros; En *España*, el Tribunal Constitucional está conformado por doce magistrados (artículo 159.1 CE); En *Italia*, la Corte Constitucional está conformada por quince jueces (artículo 135 CI); En *Francia*, el Consejo Constitucional está conformado por **nueve miembros**; Finalmente, en *Portugal*, el Tribunal Constitucional está integrado por **trece jueces**; En *Brasil*, el Supremo Tribunal Federal está formado por once Ministros (artículo 101 CFB); En *Chile*, el Tribunal Constitucional está conformado por diez miembros (artículo 92 CCh); En *Colombia*, la Corte Constitucional está formada por un número impar de miembros que determine la ley (artículo 239 CC y Artículo 13 del RICCC). Actualmente, está compuesta por 9 miembros; En *Ecuador*, la Corte Constitucional está integrada por nueve jueces (artículo 432 CRE); En *México*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compone de once Ministros (artículo 94 CM).

<sup>14</sup> Bolivia. Ley 027-Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (2010), artículo 13: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera: 1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes. 2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal”

<sup>15</sup> Costa Rica. Ley 7135-Ley de la Jurisdicción Constitucional (1989), artículo 4: “La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la

En el Congreso Constituyente de 1993, este aspecto no fue materia de una discusión amplia, aunque se vislumbró una visión pensada a partir de la jurisdicción ordinaria. El Diario de Debates muestra que se pensó en un Colegiado con pocos miembros. Se planteó que fuesen cinco, quizá como fórmula de fácil manejo para el fujimorismo; o incluso, para los miembros de tendencia democrática, como la respuesta eficaz frente a la frustración que dejaba el Tribunal antecesor<sup>16</sup>; o simplemente tomando en consideración la conformación de una sala de la Corte Suprema<sup>17</sup>.

Frente a la preocupación en que las decisiones del Colegiado sean tomadas por motivaciones partidarias o personales, solo cubiertas con argumentos aparentemente constitucionales, se ha dicho también que el número de magistrados, “por regla general debe ser impar, lo que posibilita en mejor forma evitar empates y el ejercicio de calidad del voto del Presidente del Tribunal lo que le otorga una carga política especial”<sup>18</sup>.

Sin embargo, el número impar no basta para descartar el uso de esa carga política. Si se toma en cuenta que las decisiones del Tribunal Constitucional no se traducen necesariamente en un código binario, sino que son posibles más opciones (demandas fundadas, infundadas e improcedentes o nulas), se presenta la indeseable carga política de otorgarle mayor peso al voto del presidente. Esto sucedió en el caso *Chiquitoy*, expediente 228-2009-PA/TC, del 4 de abril de 2011, en donde cuatro votos en contra de ingresar al fondo (tres votos por la improcedencia de la demanda, uno por la previa procedencia) no pudieron ganar a los tres votos que declararon fundada la demanda, incongruencia matemática solo explicable por el voto cualificado del Presidente. Esto en virtud de la inmediatamente anterior incorporación del artículo 10-A —incluido por Resolución Administrativa 028-201-P/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011— en el Reglamento Normativo del Tribunal

Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución”.

<sup>16</sup> Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional – 1993*. Comisión de Constitución y de reglamento. Tomo III. Intervención de Flores Nano: “considerando que el tema que nos angustia es cómo hacer que este Tribunal sea mejor, cómo no caer en los errores del pasado respecto a este Tribunal, nosotros creemos que este Tribunal debe ser más pequeño. Se dirá que estamos concentrando el poder en una institución. Es verdad, estamos dándole fuerza a la institución. ¿Cuál es nuestra propuesta? Que el Tribunal se componga de cinco miembros”, p. 1759.

<sup>17</sup> Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional – 1993*. Comisión de Constitución y de reglamento. Tomo III. Intervención de Chirinos Soto: “Si es la Sala Constitucional de la Corte Suprema, no veo por qué tenga que tener siete ni nueve; tiene cinco vocales, como las demás salas”, p. 1760.

<sup>18</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales en Latinoamérica”. Ob. cit., p. 283.

Constitucional, por el que se habilita al Presidente a ejercer el voto decisorio para las causas de competencia del pleno en las que se produzca empate.

Esto muestra, por otro lado, que cuando se piensa en el número de miembros del Tribunal, deben considerarse todas las variables posibles en el funcionamiento del pleno y de las Salas, pues aunque en todas sus actuaciones rige el principio de colegiabilidad, también se protege la independencia de cada Juez, lo que con frecuencia conduce a decisiones desarticuladas en tantas partes como votos se emitan. En estos casos un mayor número de magistrados podría contribuir a lograr consensos y reducir la dispersión.

Otro aspecto relevante en la regulación orgánica del Tribunal es la referida al mandato o duración en el cargo de los magistrados del Tribunal Constitucional. Se trata de opciones que también tienen una implicancia directa sobre la independencia de los mismos. En ese sentido, por ejemplo, los mandatos de larga duración, permiten que la composición del Tribunal no quede a merced de cambios coyunturales de las mayorías parlamentarias u otros órganos del Estado<sup>19</sup>. Al mismo tiempo, la prohibición de la reelección inmediata, intenta evitar que el juez dependa de instancias externas para una continuación en el cargo<sup>20</sup>.

En otros contextos se ha argumentado, no obstante, que quizá la mejor fórmula sea la fórmula de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es decir, el nombramiento hasta la jubilación, puesto que los mandatos para un puesto tan importante y de corta duración, sobre todo en los espíritus débiles y mediocres, encuentran un buen aliciente para perseguir posteriores “triumfos profesionales”<sup>21</sup>.

La búsqueda de “recompensas” al término del mandato hace que el paso breve por el Tribunal Constitucional sea “vivido subjetivamente como una etapa intermedia de una ambición más grande cuya realización depende de poderes externos”, que de este modo, se convierten en poderes que condicionan las decisiones del Juez Constitucional, dejando vacío de contenido, la tantas veces pregonada por los propios jueces, independencia jurisdiccional.

<sup>19</sup> López Guerra, Luis: “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 20041, año 2004, p. 92

<sup>20</sup> Ídem, p. 93.

<sup>21</sup> Zagrebelsky, *ob. Cit.* p. 90

Es esta seguramente la desgracia mayor de todo juez, pues con su actitud proclive a estas tentaciones, con frecuencia terminan haciendo el ridículo en público, al inventarse falsos argumentos para cubrir sus incoherencias que son la prueba palpable de que han sucumbido en su condición jueces: “vilipendian con los hechos el cargo que ocupan al convertir sus propias ideas en maleables y complacientes para los deseos – verdaderos o presuntos- de otros”<sup>22</sup>.

Pero además, de haberse acortado el periodo de duración con relación a la Constitución de 1979, el texto de 1993 también ha descartado la renovación parcial que venía también a reforzar la garantía de independencia del Tribunal respecto de las mayorías gubernamentales. Por otro lado, también se ha dicho que la renovación parcial o por tercios, posibilita una evolución progresiva de la jurisprudencia, sin cambios drásticos en ella, producto de algún cambio radical en la composición del tribunal respectivo<sup>23</sup>, de manera que los nuevos magistrados aprenden más rápido en contacto con los magistrados que tienen memoria institucional y los antiguos pueden modificar su razonamiento en contacto con los primeros<sup>24</sup>.

Como señala Rousseau, “un mandato corto podría hacer depender a los jueces de la evaluación del juego electoral y propiciar una composición de los Tribunales similar a la de los órganos titulares del poder de nominación; los cambios frecuentes de jueces tienden a frenar la construcción y la gestión de las jurisprudencias, y en consecuencia a menoscabar la autoridad de los jueces. Por otro lado, un mandato demasiado largo y más aún si es vitalicio puede conducir a los Tribunales a distanciarse de la evolución seguida por la sociedad.”<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Cfr. Zagrebelsky, G. ob. cit. p. 92

<sup>23</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: *La Justicia y los Tribunales Constitucionales...*, op. cit., p. 184.

<sup>24</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: *La Justicia y los Tribunales Constitucionales...*, op. cit., p. 186.

<sup>25</sup> Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 39.

Nogueira Alcalá, Humberto: *La Justicia y los Tribunales Constitucionales...*, op. cit., p. 185.

El respaldo normativo si bien se encuentra en el artículo 10 de la LOTC que señala que los Magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles; no obstante habría que preguntarse si también para estos supuestos no existe un “plazo razonable” para que el Congreso designe a los reemplazantes, pues vista la práctica de algunos de los favorecidos con la extensión de su mandato, puede uno preguntarse si acaso no buscan dichas prolongaciones con actuaciones complacientes con el régimen de turno o las mayorías eventuales del Parlamento.

La Dra. Delia Revoredo fue designada mediante.

Por último, cabe anotar que la circunstancia de que el mandato de los magistrados exceda al mandato de los órganos que los nombran constituye una garantía que posibilita el ejercicio independiente de presiones a cargo de los primeros, y elimina las tentaciones de ser complacientes con los últimos.<sup>26</sup>

Si bien la Constitución establece que la duración del mandato de los magistrados es de cinco años, es bueno tomar en cuenta la práctica constitucional más allá del texto. En este sentido, quizá la duración mas extendida, por encima del mandato constitucional corresponda al actual magistrado Vergara Gotelli, quien lleva ejerciendo 8 años sin que el Congreso nombre su reemplazo<sup>27</sup>. Un caso parecido que terminó con la renuncia ante la parsimonia del Congreso, fue el de la Magistrada Delia Revoredo Marsano, que quizá al asumir que su legitimidad constitucional estaba en algún sentido resentida, al haberse vencido su mandato, optó por la renuncia luego de permanecer más de un año con posterioridad al vencimiento de su mandato<sup>28</sup>.

Conviene no obstante regresar a nuestro cuadro comparativo para destacar un salto cualitativo relevante entre la concepción del anterior TGC y el actual TC. Aunque situado en otro artículo de la Constitución (art. 204), conviene dejarlo aquí simplemente resaltado lo que supone desde nuestro punto de vista este cambio con relación a lo que establecía el artículo 301 de la Constitución de 1979. El cambio tiene que ver con los efectos de la sentencia. Mientras que en la Constitución vigente no se niega por lo menos la condición de “legislador negativo” del Tribunal Constitucional; en la Constitución de 1979, la deferencia hacia el legislador era tal que la derogación de las leyes inconstitucionales estaba supeditada a la declaración por parte del Congreso, que solo en el supuesto de extrema desidia permitía que la sentencia de inconstitucionalidad surtiera efectos por sí misma.

<sup>26</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: *La Justicia y los Tribunales Constitucionales...*, op. cit., p. 185.

<sup>27</sup> El respaldo normativo si bien se encuentra en el artículo 10 de la LOTC que señala que los Magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles; no obstante habría que preguntarse si también para estos supuestos no existe un “plazo razonable” para que el Congreso designe a los reemplazantes, pues vista la práctica de algunos de los favorecidos con la extensión de su mandato, puede uno preguntarse si acaso no buscan dichas prolongaciones con actuaciones complacientes con el régimen de turno o las mayorías eventuales del Parlamento.

<sup>28</sup> La Dra. Delia Revoredo fue designada mediante RL.Nº 001-1996-CR del 19 de junio de 1996, cesada arbitrariamente por el congreso controlado por el fujimorismo, el 28 de mayo de 1997 mediante Resolución Legislativa Nº 004-97-CR; posteriormente y en los primeros días de la transición democrática, fue restituida mediante RL 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000. Cesó en el cargo por renuncia el 17 de junio de 2005 aceptada con RA. Nº 047-2005-P/TC.

Visto en perspectiva histórica, se trata de un cambio simbólico de maduración del constitucionalismo que, a lo mejor, pasó inadvertido en los debates de 1993, pero que permite advertir el mejor posicionamiento institucional del actual Tribunal de cara a sus relaciones con el Parlamento. El Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución y no requiere de la participación del Parlamento para hacer valer sus decisiones convirtiendo en no-Derecho las leyes que infringen la Constitución.

### **Autonomía e independencia: dos condiciones que definen el estatus del tribunal**

La autonomía y la independencia son condiciones necesarias para poder hablar de un Tribunal Constitucional de naturaleza jurisdiccional y no meramente política. Se trata de atributos consustanciales a todo Tribunal, que quizá debido a ello, la Constitución de 1979 no tuvo necesidad de establecerlo de modo expreso. Por autonomía se debe comprender aquí la capacidad para autodefinir su vida institucional en términos de gestión económica, financiera y administrativa. La independencia, por su parte, hace referencia al principio de naturaleza constitucional que define la función jurisdiccional y establece las condiciones orgánicas y funcionales para la concreción de la imparcialidad. Sin independencia, respeto de los poderes públicos y/o privados, tanto en forma colegiada como de cada uno de los integrantes, se hace imposible la imparcialidad en sentido pleno.

Pero antes de abordar el sentido profundo de la independencia, conviene detenernos en la extensión jurisdiccional que también se ha venido a dar a la autonomía del Tribunal Constitucional.

La tesis ha venido sugerida por la doctrina alemana y ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>29</sup>, asumiendo que la autonomía a la que se refiere el artículo 201º no solo estaría haciendo referencia a una concepción administrativista de la autonomía, sino que también sería posible una lectura “procesal” o jurisdiccional. En este sentido, el profesor Landa se ha referido a una triple dimensión de la autonomía, “Administrativa, jurisdiccional y normativa” con incidencia “no solo

<sup>29</sup> Exp. N.º 4119-2005-AA/TC, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC (auto de admisión). También véase: Landa, César. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, p. 76, 77.

como órgano constitucional sino también como órgano jurisdiccional y político”<sup>30</sup>. Esta “autonomía jurisdiccional” que se resuelve como “autonomía procesal”, serviría como herramienta, con respaldo constitucional, para que el Tribunal, en determinadas circunstancias, pueda hacer prevalecer su particular concepción de los derechos a través de actuaciones procesales que no necesariamente se encuentren contempladas en la legislación.

En tal sentido, “cuando el TC quiere hacer prevalecer su propia concepción de un determinado aspecto del Derecho constitucional material (frente a la del legislador o a la de otro órgano del Estado) y no cuenta con el cauce procesal adecuado para ello, lo crea”. En consecuencia, la creación de normas procesales por parte del Tribunal Constitucional tendría también como fundamento último el artículo 201<sup>31</sup>, en atención a los fines que la Constitución le encomienda. En este sentido, la propia Ley Orgánica vendría también a sumar argumentos en esta dirección, al establecer que el TC “Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica” (Art.1º), lo que en sentido contrario permitiría afirmar que las normas procesales del Código Procesal Constitucional, no constituyen un límite al poder de actuación del Tribunal en defensa o salvaguarda de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución.

Aun cuando resulte razonable argumentar que un Tribunal requiere esta autonomía para lograr el control de toda la legislación, también son parte de ella sus propias reglas procesales, que no dejan de estar sometidas a la Constitución. Reglas que llegado el caso, constituyen el único límite entre la arbitrariedad y el Derecho, por lo

<sup>30</sup> Landa Arroyo, César, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*, cit. P. 24.

<sup>31</sup> Esta lectura, sin embargo, no ha estado exenta de críticas de todo tipo. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional” En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional, N° 4, Palestra, Lima, diciembre de 2007; CASTILLO CORDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *¿Guerra de las Cortes? Ob. cit.*; ESPINOSA-SALDAÑA BERRERA, Eloy. “El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar”. En: *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo De Larrea (coordinadores), Idemsa, Lima, 2009; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Los criterios procesales en la aplicación del Código Procesal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 13, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009; ARIANO DEHO, Eugenia. “La “superlativa” protección de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional y su nueva (e inconstitucional) “chambres de requêtes” (Notas sobre la STC N.º 2877-2005-PHC/TC y el art. 11 del (llamado) Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional)”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1, N° 7, Lima, julio de 2006.

que el *invento alemán* en manos de un Tribunal todavía adolescente, podría convertirse en una peligrosa fórmula que puede motivar el desvío de poder.

### **Un Tribunal Constitucional independiente**

La independencia define el “ser” de un Tribunal Constitucional. Esta no es solo una premisa conceptual o teórica sino una obligación jurídica que emana de la propia Constitución, tanto con relación a la función jurisdiccional en general (art. 139.2) como también de manera más específica respecto de la actuación del Tribunal Constitucional (Art. 201).

No obstante, vista las muchas veces en que resulta defraudada, abierta o sutilmente<sup>32</sup>, conviene reflexionar sobre la verdadera dimensión de la independencia del Juez constitucional y las herramientas con que el Derecho intenta garantizar su eficacia. Esto debido a que su inobservancia, al parecer, no depende tanto de la verificación de condiciones formales como la separación de poderes o las posibles recusaciones a los

<sup>32</sup> Pueden mencionarse algunos casos recientes en la experiencia peruana, que dejan una sensación bastante clara a los ojos del ciudadano promedio, de lo profundamente comprometida que puede estar la independencia de los jueces del TC: En el Exp. N.º 0007-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la viabilidad de un proyecto minero en el norte del país. Una Ordenanza del gobierno Regional había declarado, previamente, su inviabilidad por tratarse de un proyecto que ponía en riesgo el abastecimiento de agua en la localidad. Al margen de las cuestiones técnicas, el Tribunal emitió su sentencia “coincidiendo” en el mismo día en que el gobierno convocaba a una Conferencia de Prensa para presentar un Peritaje que también respaldaría (aunque con importantes correcciones) la realización del referido Proyecto que había paralizado dicha región del país y había llevado al gobierno a declararla en Estado de Emergencia. En los días posteriores y, luego de publicadas unas encuestas sobre el descrédito del gobierno en el manejo de este conflicto, éste ha retrocedido y con ello la sentencia del Tribunal Constitucional no ha contribuido a la paz de la región y solo ha quedado en el imaginario de la gente que se trató de una sentencia para “apoyar al gobierno”. En materia de arbitraje, los vaivenes del Tribunal Constitucional en solo un año dejan una imagen de que no es el Derecho el que se está aplicando sino otro tipo de criterios que deslucen la imagen de un tribunal Independiente. En un primer caso (Caso Ivesur, Exp. N.º 2851-2010-PA/TC), el Tribunal anuló un laudo por defectos en la conformación del Tribunal Arbitral (imparcialidad del árbitro), pocos meses después, antela crítica de los gremios empresariales el Tribunal emitió un precedente vinculante en el que establecía que no se puede cuestionar laudos arbitrales en la vía constitucional como regla general, es decir, cerró la posibilidad del amparo arbitral (Caso Sociedad Minera María Julia). En materia de lucha contra la corrupción la jurisprudencia de los últimos años igualmente no ha sido nada coherente. Solo como muestra puede citarse la exclusión a un ex General del Ejército que fue Ministerio en el gobierno de Fujimori tras fundamentar que se había violado su derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Exp. N.º 3509-2009-HC/TC), las críticas a esta sentencia han hecho que en ningún otro caso el Tribunal vuelva a aplicarse esta consecuencia en casos similares cuando se alegaba violación del plazo en el proceso (Véase en sentido contrario la decisión en el caso Salazar Monroe Exp, N.º 5350-2009-HC/TC)

jueces<sup>33</sup>, sino que responde centralmente a las actitudes de quienes ejercen la función jurisdiccional y los compromisos que asumen en su condición de Juez Constitucional.

De ahí la importancia de distinguir entre el marco y el contenido, entre la condición para realizar la actividad —reflejada en la autonomía— y la corrección en el ejercicio de esa actividad —dada, entre otros factores, por la independencia—. Como ha escrito, desde su propia experiencia el Juez emérito de la Corte Constitucional Italiana, Gustavo Zagrebelsky<sup>34</sup>, al margen de las reglas que disponen de un poder disciplinario o de control político de los jueces que conforman el colegiado constitucional, queda claro que “todo juez termina siendo juez de sí mismo” al momento de llenar de contenido al amplio espacio de libertades con que cuenta si se tratara de defraudar el mandato sagrado de su independencia. De modo que es la práctica de su actuación, las actitudes y señales que proyecta hacia la sociedad las que pueden darnos mejores luces a la hora de juzgar el grado de independencia de un Juez Constitucional.

Una pista para identificar esas actitudes la podemos ubicar en la propia semántica de la palabra. *Independiente* es la persona que “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”; e *independencia* es la “entereza, firmeza de carácter” según definiciones de la RAE. De esto tenemos que, tanto la interferencia en las decisiones como la debilidad de carácter de quien las toma, laceran la independencia con la que debe actuar un Tribunal Constitucional.

Pero ¿en qué escenarios y ante quienes se muestra la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional? La independencia se despliega en las audiencias públicas, en las deliberaciones para decidir colegiadamente el fallo, en el despacho de trabajo e incluso cuando se está fuera de éste y se nos presenta la posibilidad de conversar sobre el caso que se está por decidir. El magistrado que se precie de ser independiente, busca el convencimiento de un auditorio que

<sup>33</sup> Aguiló, Josep. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En *Isonomía* 6, 1997, p. 74. En este sentido, anota que: “esta perspectiva (de ver el principio de independencia como un requisito del Estado de Derecho vinculado a la separación de poderes) comporta el riesgo de identificar dos cosas que son enteramente diferentes aunque estén relacionadas entre sí: el principio de independencia de los jueces y el marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su independencia. (...) el autogobierno puede ser un elemento del marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su independencia, pero lo que es obvio es que los jueces no son sin más independientes por el hecho de que se autogobieren”.

<sup>34</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de Manuel Martínez Naira, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p. 91.

incluye no solo a las partes, sino también a sus colegas<sup>35</sup>, a los poderes estatales, políticos, económicos y al público en general. Son estos los receptores de su mensaje de independencia, a quienes debe convencer de lo real que es, pues no solo la expresa en las palabras de sus sentencias, sino en su proceder. Al graficar esta pluralidad de circunstancias y espectadores, se notan los alcances de las distintas dimensiones de la independencia: interna, externa, objetiva, subjetiva<sup>36</sup>, las cuales procuran explicar cómo la garantía de no interferencia en la decisión del magistrado no se agota en lo que realmente es, sino también alcanza ámbitos que comprometen la percepción e incluso la apariencia<sup>37</sup>.

La independencia del Tribunal Constitucional como órgano constitucional que juzga el comportamiento constitucional de otros órganos y luego, fundamentalmente la independencia de cada uno de sus magistrados que debe ser valorado en sus actuaciones y sus votos en las causas, contribuye con el correcto funcionamiento del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, porque permite un flujo saludable de causas hacia este Alto Colegiado, de quien se espera una respuesta a partir de los mandatos normativos de la Constitución y no de los poderes fácticos. Esa operatividad se logra con la confianza del ciudadano en sus instituciones, para cuyo efecto, es “necesaria para salvaguardar (al menos) la imagen de imparcialidad, dado que un juez que depende de algún modo de una de las partes no es, y sobre todo no puede parecer, imparcial, con las obvias repercusiones negativas que implica en la disposición de la otra para aceptar la decisión”<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Esa falta de convencimiento puede verse en sentencias que contienen más de un voto singular o fundamento de voto. Son paradigmáticos el caso Teodorico Bernabé (Exp. N. ° 3173-2008-PHC/TC) o el caso Flor de María Ivañez (contra Chiquitoy, Exp. N. ° 0228-2009-PA/TC), en donde tres votos ganan a los cuatro en contra.

<sup>36</sup> Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 78; Huertas Contreras, Marcelo. *El Poder Judicial en la Constitución española*. Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1995, p. 59. También a Díez-Picazo, Luis María. *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Madrid, Cívitas, 1991, p. 103. Y a Andrés Ibáñez, Perfecto y Movila Álvarez, Claudio. *El Poder Judicial*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 31 y ss.

<sup>37</sup> La teoría de la apariencia, desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que la imparcialidad no solo debe ser vista desde la óptica subjetiva, en cuanto al desempeño de quien se cuestiona, sino también las apariencias pueden revertir cierta importancia, porque “Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, caso Piersack contra Bélgica, 1 octubre 1982, demanda N. ° 8692/1979, párrafo 30.

<sup>38</sup> Guarnieri, Carlo. “¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano”. En *Judicialismo*. Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2003, p. 50.

La influencia que mella la imparcialidad, que es el rostro más visible de la independencia, puede también provenir del ejercicio profesional<sup>39</sup>. Por eso debe existir especial cuidado para utilizar las abstenciones, inhibiciones o excusas, en procura de preservar la imparcialidad de todo el Colegiado. Esto debido a que “El juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a ellos ninguna relación de dependencia”<sup>40</sup>. Es en este espacio jurisdiccional que cobra mayor importancia la autopercepción de cada magistrado, por la que se espera que éste sea “capaz de verse a sí mismo desde afuera, y de analizar, criticar y controlarse. Un juez que cree saberlo todo, y que sus opiniones son las correctas y adecuadas con la exclusión de todas las demás, no puede cumplir adecuadamente su papel”<sup>41</sup>.

La independencia e imparcialidad son los valores más preciados que todo juez debe saber cuidar, pero especialmente el Juez del Tribunal Constitucional, puesto que con sus decisiones no solo se deciden causas concretas, sino la constitucionalidad de las reglas aplicables a todos los casos. De ahí que la mayor ofensa para un juez debe ser aquella que le acusa de no ser imparcial o estar influenciado en sus decisiones. Esto resulta especialmente gravitante, en contextos donde precisamente está en cuestión decisiones claves del gobierno o de los poderes fácticos. En este sentido, incluso en otros contextos de mayor estabilidad y mayor prestigio de las Cortes se ha escrito que: “Nuestra tradición jurídica enfatiza que una judicatura independiente es más esencial para la protección de la democracia y de las libertades individuales ‘en tiempos de peligro’ (...) Aún nuestra historia ha demostrado la fragilidad de la independencia; la

<sup>39</sup> Como en una denuncia pública hecha por Herbert Mujica Rojas sobre una presunta intervención irregular de uno de los magistrados del Tribunal Constitucional en la vista de la causa del Exp. N. ° 01908-2011-PA/TC, en la que una de las partes había sido su antiguo empleador <[http://www.voltairenet.org/Prevarica-juez-constitucional-que?var\\_mode=calcul](http://www.voltairenet.org/Prevarica-juez-constitucional-que?var_mode=calcul)>. O la última decisión del Colegiado sobre la justicia militar, Exp. N. ° 0001-2009-PI/TC, en donde no se abstuvo un magistrado que había sido procurador del Congreso, defendiendo la Ley cuya constitucionalidad se cuestionaba en dicho proceso.

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. En *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*. Edición de Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vásquez. México, 2004, p. 108.

<sup>41</sup> Barak, Aharon. *Un juez reflexiona sobre su labor*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., 2008, p. 43.

‘rama menos peligrosa’ (frase original de Alexander Hamilton en *EL Federalista*, N. ° 78) ha sido frecuentemente la más vulnerable”<sup>42</sup>.

En síntesis, las garantías orgánicas y funcionales, asumidas simplemente en términos formales, no resuelven el problema de la independencia e imparcialidad del juez constitucional, que es el fin al que se orientan. Se requiere de una cultura constitucional, que debe construirse en los espacios más amplios de la vida ciudadana, que debe reconocer en el modelo de la Democracia constitucional, como decía Churchill, “el menos malo de los sistemas políticos” para la protección de las libertades, sistema que al menos para nuestra cultura jurídica hoy en día, ya no resulta completo sino incluye un Tribunal Constitucional como su garante último.

*Artigo recebido em 6 de setembro de 2012.*

*Artigo aceito para publicação em 20 de setembro de 2012.*

---

<sup>42</sup> Kaufman, Irving. “Chilling judicial independence”. En *The Yale Law Journal*. Vol. 88, N. ° 4, marzo, 1979, p. 684.