

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

V. Balance del Tribunal Constitucional

4.	Límites y posibilidades del Tribunal Constitucional	221
4.1	Problemas del Tribunal Constitucional	222
4.2	Perspectivas del Tribunal Constitucional	237

4 LÍMITES Y POSIBILIDADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La experiencia del Tribunal Constitucional en el Perú como encargado del control constitucional de las leyes, ha demostrado hasta el momento que tanto como organismo constitucional como judicial, se encuentra marcada por la tensión política entre el gobierno y la oposición. Debido a que el Presidente Fujimori, y los poderes de *iure* y de *facto* en que se sustenta el gobierno, están aferrados a continuar garantizando directamente sus intereses económicos, políticos y militares, mediante la reelección presidencial de Fujimori en el año 2000, sin perjuicio de la prohibición de la Constitución y de la resolución del Tribunal Constitucional.

La destitución de los magistrados constitucionales, es una clara señal de que el gobierno ha olvidado que “la justicia constitucional es un elemento del sistema de medidas técnicas, que tienen por objetivo, asegurar el ejercicio

-
535. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 140.
536. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26637*, en *El Peruano*, Lima, 25 de enero de 1997, p. 146313
537. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26479 y la Ley N° 26492*, en *El Peruano*, Lima, 9 de mayo de 1997, pp. 149098 y s.; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 151-208; asimismo, APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad*, Lima, 1996, pp.46.
538. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26530*, en *El Peruano*, Lima, 31 de mayo de 1997, p. 149688 y s.

regular de las funciones estatales” pero además que, “las leyes incoadas de inconstitucionalidad forman el principal objeto de la justicia constitucional”⁵³⁹. Pero es del caso precisar que, la labor del Tribunal Constitucional, en materia del control constitucional de las leyes, está en fuerte relación de dependencia de la defensa de los derechos fundamentales.

Por ello, la paralización del control constitucional de las leyes, no sólo es un indicador negativo del proceso de democratización; sino que repercute en el conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales, debilitándolo; en tanto la inexistencia del control constitucional –abstracto– de las leyes, elimina un mecanismo de protección de las minorías y de la oposición política; lo cual es una de las garantías del sistema democrático moderno. De este modo, se pone en peligro, no sólo uno de los fundamentos de la democracia pluralista y tolerante propia del Estado constitucional contemporáneo; sino que al vaciar de contenido esencial el control y balance de poderes, se hace frágil la defensa de los derechos fundamentales; afectando al Tribunal Constitucional que actúa como guardián del derecho a la libertad, es decir titular de la jurisdicción de la libertad⁵⁴⁰.

4.1 Problemas del Tribunal Constitucional

Sin perjuicio de la crítica general planteada, es el caso analizar el funcionamiento del Tribunal Constitucional, a partir tanto de su posición pacífica de organismo constitucional y organismo judicial como de su posición conflictiva de organismo político⁵⁴¹:

a. *Organismo constitucional*. Si se evalúa el rendimiento de la actividad de control constitucional de las leyes del Tribunal Constitucional, en relación al número de normas legales aprobadas por el Congreso y el Poder Ejecutivo, se pone en evidencia que de las mil doscientas treinta y dos (1232) normas legales aprobadas por el gobierno, susceptibles de control constitucional (ver Cuadro N° 7), el Tribunal Constitucional sólo resolvió dieciséis

539. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*..., *op. cit.*, pp. 198 y 227.

540. Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè editore, 1955, pp. 6 ss.; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 13 ss.

541. Robert Dahl, *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker*, en *Journal of Public Law*, N° 6, 1957, p. 279; asimismo, Martin Shapiro, *Political jurisprudence*, 52 *KyLJ* 294, 1964, p. 300; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court*, London, Press of Glencoe – MacMillan, pp. 1-49.

(16) demandas de inconstitucionalidad contra esas normas legales, quedando hasta la fecha otras dieciséis (16) acciones de inconstitucionalidad pendientes de resolución.

CUADRO N° 7
NORMAS LEGALES DICTADAS DURANTE EL GOBIERNO DE FUJIMORI
(1993-1997*)

AÑO	LEYES	DECRETOS LEGISLATIVOS	DECRETOS DE URGENCIA
1993	112	16	–
1994	148	2	144
1995	143	11	73
1996	167	95	129
1997	87	–	45
TOTALES	657	124	391

* Hasta el 31 de mayo de 1997, fecha de destitución de tres magistrados del TC.

Fuente: Diario oficial *El Peruano* (del 1-1-93 al 31-5-97).

Elaboración: César Landa.

En promedio, por cada setenta y siete (77) normas legales dictadas por el gobierno de Fujimori, sólo una norma legal (1) fue materia de control constitucional por parte del TC. Más aún, del total de mil doscienta treinta y dos (1232) normas legales aprobadas en ese periodo de cinco años, sólo cinco (5) normas fueron declaradas inconstitucionales. Es de resaltar que entre esas declaratorias de inconstitucionalidad, dos hayan recaído contra decretos legislativos del Poder Ejecutivo, una contra un decreto ley del gobierno de facto y dos contra leyes del Congreso. Habiendo quedado formalmente constitucionalizadas, leyes abiertamente o encubiertamente inconstitucionales, como la ley de referéndum, la ley de amnistía, ley del programa del vaso de leche o la ley de la intervención a las universidades públicas, ciertamente con algunos votos singulares antes mencionados.

Es del caso señalar que sobre otras cuatro acciones de inconstitucionalidad (4), el Tribunal Constitucional terminó declarando la improcedencia en tres casos, debido a que el Congreso antes de la sentencia del TC derogó las normas legales incoadas, relativas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, y en un caso declaró la nulidad de la demanda –inadmisibilidad– del Colegio de Abogados de Lima contra la Ley del FONAVI, porque dicha ley ya estaba derogada. Por lo que se puede decir, que en un veinticinco por ciento (25%) de las acciones de inconstitucionalidad, el Tribunal resolvió causas que por sustracción de la materia constitucional demandada no presentaron conflicto alguno.

Lo que indica, además, que las solas demandas de inconstitucionalidad, en los primeros tres casos mencionados, sirvieron de una llamada de atención al Congreso sobre la existencia de artículos en dichas leyes presuntamente inconstitucionales, en virtud de lo cual la mayoría y las minorías del Congreso, con buen criterio, aunque excepcionalmente, resolvieron por debatir y derogar dichas normas, antes que el Tribunal Constitucional resolviese las demandas, seguramente declarándolas fundadas dada su abierta inconstitucionalidad. Aún cuando (como ya se ha mencionado) el TC habría podido hacer uso de otro tipo de sentencias, por ejemplo, de las sentencias interpretativas⁵⁴² o de incompatibilidad constitucional de la ley, como solución entre la declaración de inconstitucionalidad y la desestimación simple⁵⁴³.

Resulta significativo mencionar, también, que de las dieciséis leyes que fueron objeto de control constitucional, once (11) afectaban derechos fundamentales, tales como derechos sociales (4), derecho a la vida e integridad (2), derecho a la igualdad (2), derecho de propiedad (1), libertad de expresión (1) y derecho de participación ciudadana (1). En relación a las cinco demandas de inconstitucionalidad restantes, cuatro (4) fueron sobre instituciones constitucionales y una (1) de carácter político por excelencia, la ley de la reelección presidencial. Por lo tanto, se puede afirmar que las acciones de inconstitucionalidad fueron incoadas para defender mayoritariamente derechos fundamentales, y para limitar los excesos del poder gubernamental. Lo cual prueba la validez de la creación de esta institución, debido a la inoperancia histórica del Poder Judicial para resolver, en última instancia, de conformidad con los derechos fundamentales –*Grundrechtsmässigkeit*–⁵⁴⁴.

Sobre la legitimidad procesal activa, se puede señalar que de las dieciséis sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad: ocho fueron presentadas por las minorías parlamentarias (50%), cuatro por la Defensoría del Pueblo (25%), tres por los gremios de abogados (18.75%) y dos demandas por los ciudadanos (12.5%), en este último caso: una contra el régimen provisional del Estado, a la cual se sumó un grupo de congresistas, y otra contra la ley del Instituto Peruano de Seguridad Social.

De donde se puede colegir que la acción de inconstitucionalidad, siempre ha constituido un instrumento de control de la oposición política, y en

542. Javier Salas, *El Tribunal Constitucional y los poderes del estado...*, op. cit., pp. 151 ss.

543. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, op. cit., pp. 194 ss.

544. Juan José González Rivas, *El tribunal constitucional y sus relaciones con los restantes poderes del Estado: valoración concreta de alguna de estas relaciones*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 3 y 4, número extraordinario dedicado a las Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional, edición de Juan José Solozabal Echavarría, Abril-Agosto, Toledo, 1988, p. 546.

menor medida de las demás instituciones con legitimidad procesal activa para actuar (la Defensoría del Pueblo, el Colegio de Abogados de Lima y el Colegio de Abogados de Arequipa), así como de los propios ciudadanos; en concreto, de los jubilados, en salvaguarda de sus derechos sociales. Pero en aras, básicamente, de la tutela de derechos fundamentales y en menor medida de la estructura del Estado.

Las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por los propios ciudadanos es muy significativo por el grado de *patriotismo constitucional*⁵⁴⁵, demostrado por la ciudadanía y sus organizaciones gremiales, en tanto que las demás instituciones accionaron porque sus normas legales legales y estatutarias que establecían dicha competencia como una función. Pero, en cualquier caso, es importante subrayar que con la participación activa de los ciudadanos, y de las instituciones mencionadas, el Tribunal Constitucional dejó de concebirse como un reducto exclusivo de la lucha política de las minorías parlamentarias, como ocurre en otras latitudes⁵⁴⁶.

En cuanto a la labor de protección de los derechos fundamentales y de la Constitución, mediante la resolución de las acciones denegatorias de los habeas corpus, acciones de amparo y demás garantías constitucionales –acción de cumplimiento, habeas data y conflicto de competencia–, se puede señalar que la tónica del Tribunal Constitucional ha sido la de un protector residual de los derechos demandados (ver Cuadro N° 8).

En efecto, de acuerdo al cuadro presentado se podría señalar que en cuatro años de vigencia de las nuevas garantías constitucionales que incorporó el constituyente a la Constitución de 1993. En relación a los habeas corpus (116) y a las acciones de amparo (500), si bien han sido las acciones de garantía que han centrado el quehacer ordinario del Tribunal Constitucional, cabe destacar que porcentualmente sólo el 11.36% de los habeas corpus⁵⁴⁷ y el 17.6% de las acciones de amparo fueron declarados fundados, quedando denegados todos los demás recursos extraordinarios sobre los derechos fundamentales que protegen estas garantías.

545. Jürgen Habermas, *Patriotismo de la Constitución en general y en particular*, en *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991; asimismo, revisar la crítica que formula Eduardo Hernando Nieto, *Patriotismo de la Constitución: Más de lo mismo?*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 163-181.

546. Klaus Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 78.

547. Sin embargo, en los primeros cinco meses de funciones del TC, se llegó a declarar fundados el 25.8 % de los habeas corpus resueltos, ver Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento.... op. cit.*, p. 6.

CUADRO N° 8
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
 (1996-1997)*

	FUNDADO	INFUNDADO	IMPROCEDENTE	NULO	TOTAL
HABEAS CORPUS	13 (11.23%)	33	52	18	116
ACCION DE AMPARO	102 (20.4 %)	68	302	28	500
ACCION DE CUMPLIMIENTO	2	3	8	3	16
HABEAS DATA	1	—	—	—	1
TOTALES	118 (18.6 %)	104 (16.4%)	362 (57.2%)	49 (7.7%)	633

* Periodo del 26.8.96 al 31.12.97

Fuente: Diario oficial *El Peruano*

Elaboración: César Landa.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional resolvió apenas diecisiete acciones de garantía siguientes: habeas data (1), acción de cumplimiento (16); también habría que mencionar que se resolvió un (1) conflicto de competencia. No obstante lo modesto del número de resoluciones, se destacan las dieciséis acciones de cumplimiento por cuanto, salvo dos, todas fueron denegadas. Lo que confirma, en términos generales, la tendencia de la jurisprudencia del TC a cumplir un rol subsidiario de protección y no de un celoso guardián de los derechos fundamentales contra los abusos de los poderes públicos, característica fundamental de los tribunales constitucionales europeos⁵⁴⁸ y en Latinoamérica de la Corte Constitucional de Guatemala⁵⁴⁹ y la Corte Constitucional de Colombia⁵⁵⁰.

No obstante, si se compara la labor tutelar de derechos fundamentales del TGC y del TC, podríamos señalar que cuantitativamente los ciudadanos en estos últimos años han presentado más acciones de garantías que en la década de los ochenta⁵⁵¹. Sin embargo, la desprotección de los derechos fun-

548. Félix Ermacora, *El tribunal constitucional austriaco*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elia. *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., p. 267.

549. Jorge Mario García Laguardia, *Derechos humanos y democracia*, Comisión nacional de Derechos Humanos, México, 1997, pp. 104 ss.

550. Luis Huerta, *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en LTC N° 13..., op. cit., pp. 23-59.

551. Al respecto, ver *Tribunal Constitucional. Cuadro N° 1, Expedientes Ingresados al 24 de Setiembre de 1997*; hoja estadística oficial del TC donde se señala 2366 acciones de amparo y 399 habeas corpus, considerando también los expedientes acumulados antes de la instalación del Tribunal Constitucional

damentales no ha variado sustancialmente, si se le compara con la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales; porque si el TGC casó sólo un 9.6% de habeas corpus y un 18% de acciones de amparo durante diez años, el TC en año y medio de existencia declaró fundados sólo el 11.3% de los habeas corpus y el 17.6% de las acciones de amparo demandados.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como organismo constitucional encargado de defender los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes, presenta una evaluación insuficiente en relación a las expectativas sembradas en dicha institución. Donde la defensa de la legalidad, antes que la constitucionalidad, ha primado en el control de las leyes y en las resoluciones sobre garantías constitucionales del Poder Judicial. Ello se debe a que la ideología jurídica predominante, en la mayoría de los magistrados constitucionales, ha sido el positivismo en sus diversos modos de razonamiento jurídico, motivo por el que cabe hacer un balance al respecto.

b. *Organismo judicial.* El quehacer judicial de los magistrados ha estado exento de postulados teóricos, metodológicos y conceptuales en las resoluciones emitidas Máxime cuando su rol de intérprete supremo de la Constitución les obligaba a honrar su responsabilidad constitucional, con los argumentos suficientes para tomar decisiones trascendentales, para los derechos fundamentales y el control al gobierno. Por el contrario, las sentencias en materia de inconstitucionalidad de leyes y garantías constitucionales, se han caracterizado por su escasa fundamentación, al parecer bajo el argumento de evitar redactar sentencias inútilmente extensas y farragosas para el ciudadano; pero, en el fondo, se ha encubierto “la pobreza de la parte considerativa de sus sentencias”⁵⁵².

Desde una reflexión crítica, se podría señalar que el escaso razonamiento jurídico-constitucional de las sentencias, se debe a la concepción positivista-judicialista de la mayoría de los magistrados del tribunal, quienes contemplan el Derecho como un hecho y no un valor; otorgan prioridad a la ley sobre las restantes fuentes del Derecho; la reproducen mecánicamente del Derecho preexistente; y tienen una vocación de obediencia incondicional al Derecho en aras del orden, independientemente de la justicia⁵⁵³. La defensa del positivismo jurídico se ha basado en la importancia de distinguir entre lo que es en la norma y lo que debe ser valorativamente el derecho, lo cual aporta al juez la neutralidad y el objetivismo necesarios para resolver los

552. Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento.... op. cit.*, p. 7.

553. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Turin, Giappichelli Editore, 1993, pp. 141 ss.

casos judiciales⁵⁵⁴. Sin embargo, los procesos constitucionales se fundamentan en principios y normas supremas que rechazan las excesivas formalizaciones, abstracciones y alejamiento de la realidad político-social subyacente. A esto último, lamentablemente, no ha llegado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los fundamentos jurídico-políticos, en que se basan los procesos constitucionales, están directamente vinculados a la concepción de Constitución con que se opere, por ello, sólo a partir de realizar este proceso de delimitar el modelo constitucional de la jurisdicción constitucional, se pueden identificar adecuadamente los problemas constitucionales y darles respuestas constitucionalmente correctas⁵⁵⁵; tesis que desarrolla la teoría constitucional institucional (ver Parte II, Cap. II)

Pero, dada la composición de los magistrados del Tribunal Constitucional, se puede señalar que una de las causas de la falta de fundamentación de calidad de las sentencias, se debió a la inexistencia de magistrados especialistas en la materia, sin perjuicio de la solvencia jurídica de los magistrados en otras áreas del derecho. Por ello, se ha dicho que “el Tribunal Constitucional es un órgano de especialistas establecido por la soberanía popular, que debe controlar a los generalistas de los otros órganos establecidos en la observancia del marco general de actividades propias que la Constitución les asigna”⁵⁵⁶.

Es en esa medida que los procesos constitucionales de inconstitucionalidad de las leyes y de acciones de garantías, no pueden ser resueltos con argumentos propios del derecho privado, o sólo en base a las reglas del derecho judicial⁵⁵⁷. Ya que el razonamiento constitucional judicial concreto parte de la premisa de la defensa de los derechos fundamentales, a partir de una valoración de los hechos verificables del proceso en el marco de la norma constitucional, mientras que en una demanda de inconstitucionalidad, el comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución, busca mantener la soberanía jurídica de la Constitución en el sistema de fuentes

554. Herbert L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, en *HLR*, volume 71, 1957-1958, number 4, Cambridge, 1958, pp. 593 ss.; asimismo, Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa editorial, 1992, pp. 19 ss.

555. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 3 ss.; asimismo, Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1928, pp. 75 ss.

556. Helmut Quaritsch, *Der fortschreitende Verfassungstaat*, en *Der Staat*, 1978, p. 428.

557. Manuel Aragón, *La eficacia jurídica del principio democrático*, en *REDC*, Año 8, N° 24, CEC, Madrid, 1988, pp. 36 ss.

del derecho, es decir, desarrollando los valores constitucionales como guardián de la Constitución, sin desbordarse ni siquiera en la función de reforma constitucional⁵⁵⁸.

En las polémicas sentencias sobre las primeras acciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, se pudo percibir la llamada «jurisprudencia política», tanto en su versión pacífica de solución jurídica a los conflictos políticos, mediante el uso tibio de los métodos de interpretación jurídicos clásicos, como en su versión fuerte de enfoque extra-jurídico de los conflictos políticos, donde “el límite de «lo jurídico» se traspasa cuando fines predeterminados se constituyen en el *leiv motiv* decisional”⁵⁵⁹.

Esto pone de relevancia que el control de la constitucionalidad de las decisiones legislativas del Congreso y del Gobierno, exige que los magistrados del Tribunal Constitucional asuman, conscientemente, que las consecuencias políticas de sus decisiones judiciales no pueden ser ignoradas al momento de interpretar la Constitución, así como en la búsqueda de la resolución del caso, no deben salirse de las fuentes del propio ordenamiento constitucional. De lo contrario, “a la guerra de poderes de todos contra todos y, por ende, al final, con seguridad, al predominio de los más fuertes, de los prepotentes, al aplastamiento seguro de los débiles. El derecho y su objetividad son, entre otras cosas, un escudo de la libertad, la protección del débil, el límite infranqueable al poderoso”⁵⁶⁰.

Pero, el rol de una jurisdicción constitucional democrática dentro de un proceso político gubernamental de vaciamiento constitucional de sus funciones, no pudo tener otro final que la destitución de los tres magistrados que se opusieron a la ley de la reelección presidencial y al restrictivo sistema de votación del TC. Lo cual, también requiere que se esbozen algunos límites democráticos que existen aún en el Perú de fines del siglo XX, para integrar y resolver jurisprudencialmente los conflictos entre el derecho constitucional y la política.

c. Organismo político. El rol del Tribunal Constitucional hay que insertarlo en el sistema de control y balance de poderes, en particular con el

558. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larquier, Bruxelles, 1985, pp. 45 ss.; Pedro de Vega, *Jurisprudencia constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 108 ss; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 197 ss.

559. Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., p. 524.

560. Eduardo García de Enterría, *El derecho constitucional como derecho*, en RDP, N° 15, p. 13.

Poder Legislativo. Al respecto, las relaciones entre el Congreso y el Tribunal Constitucional han sido conflictivas cuando este último ha resuelto sobre leyes con un alto componente político y económico. Es que en países con una tradición constitucional desintegrada e inestable, como el Perú, “la realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar”⁵⁶¹.

Si bien es inevitable que los conflictos jurídicos se politicen, en todo caso los magistrados como últimos intérpretes de la Constitución, deben respetar e incorporar en sus resoluciones la voluntad del poder constituyente del presente y futuro, es decir, el sentimiento jurídico de la opinión pública ciudadana, que motivan su adhesión y el rechazo a las transgresiones constitucionales, mediante la interpretación constitucional⁵⁶².

Lo que hace de la labor de la jurisdicción constitucional, una tarea de interpretación jurídica de la Constitución, a la luz de los principios constitucionales y la opinión democrática del pueblo, y no sólo de la norma constitucional y de los intereses mayoritarios y minoritarios representados en el Congreso o el Poder Ejecutivo, que en una acción de inconstitucionalidad son los virtuales infractores de la Constitución. Ahora bien, “que la justicia constitucional asuma la defensa de los supremos valores contenidos en las constituciones, no quiere decir, de ninguna forma, que sea ella la encargada de crearlos”⁵⁶³.

A los representantes ante el Congreso o al Presidente de la República, no les falta razón, teóricamente, considerar que la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal es inferior a la suya, porque el origen de su cargo no es por elección directa del pueblo, sino indirecta a través precisamente del Congreso⁵⁶⁴. También es cierto que, en base al principio democrático de la defensa de los derechos fundamentales y de la división de poderes, ha sido el propio poder constituyente del pueblo quien ha decidido —a través

561. Francisco Tomás y Valiente, *La constitución y el tribunal constitucional...*, op. cit., p. 18.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., p. 153.

562. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*... op. cit., pp. 64-65.

563. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 117.

564. Peter Häberle, *El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos*, (entrevista de César Landa), en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, pp. 281 ss.; asimismo, Lord Devlin, *Judges and lawmakers...*, op. cit., p. 10.

de sus representantes y luego mediante referéndum popular—, que las normas legales de los poderes constituidos, como el Congreso y el Presidente de la República, estén sometidas al control constitucional del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes políticos ponen a discusión algunos temas como los siguientes:

- i. *Política y derecho.* ¿Es posible la juridificación total de la política, o es inevitable que como consecuencia de ese intento se llegue a la politización de la justicia? Dicho más claramente, el Tribunal Constitucional es capaz de racionalizar a través de la Constitución las decisiones políticas del Congreso, como hizo con la ley de reelección presidencial y con el altísimo costo que ha significado la anulación de dicha potestad de control. Y si es así, ¿podía el Congreso destituir a los magistrados constitucionales, sin existir una infracción constitucional tipificada como tal, por ejercer el control difuso contra la ley de la reelección presidencial? Más aún, ¿cómo podría explicarse la recíproca relación entre el Congreso y el Tribunal Constitucional, sin que ninguno de sus actos legislativos y judiciales, respectivamente, se vean menoscabados en sus efectos obligatorios y vinculantes?

Al respecto, cabe señalar que la tensión entre la política y el derecho, entre la ley del Congreso y la resolución del Tribunal Constitucional, es un conflicto universal y permanente, donde “bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de Poder”⁵⁶⁵, sin embargo, “la jurisdicción constitucional no puede ser vista como una mera función estatal apolítica, como tampoco una función *sólo* política”⁵⁶⁶. Porque si bien el conflicto no admite una solución definitiva, desde una perspectiva sustantiva y formal, debe resolverse en el marco de las normas y principios constitucionales, como de los valores democráticos de la tolerancia y del pluralismo, que se encuentren legitimados en el consenso social⁵⁶⁷.

Esto supone que el poder político nunca es absoluto, en consecuencia, los actos normativos y políticos del Congreso y del Poder Ejecutivo pueden

565. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., p. 149.

566. Peter Häberle (editor), *Verfassungsgerichtbarkeit...*, op. cit., p. 4.

567. Herbert Spiro, *Government by constitution, the political systems of democracy*, United States, Random House 1959, pp. 361 ss.; asimismo, César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., pp. 35-73.

y tienen que ser controlados por el Tribunal Constitucional, quien tiene la palabra en última instancia para definir qué norma con rango de ley es válida constitucionalmente. Sin embargo, es del caso mencionar que la racionalización o constitucionalización absoluta de todos los actos políticos del gobierno ha llevado a la aparición, en el debate de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas, del concepto de «*political questions*». Es decir, aquellas materias en principio no solucionables vía el proceso judicial, pero, que en todo caso, los jueces deben estimar dos factores: la eficacia de su decisión judicial y la existencia de un consenso social⁵⁶⁸.

Definir qué materias políticamente no son justiciables y cuáles sí, es un tema de apreciación para saber correctamente dónde y cuándo trazar las fronteras entre el derecho y la política; semejante responsabilidad “plantea naturalmente elevadas exigencias a la capacidad de los jueces. Por ello corresponde especial significación a su selección”⁵⁶⁹. Sin embargo, las respuestas a las preguntas políticas no han sido monocordes, por el contrario, se ha planteado, el desafío de transformar las «*political questions*», en «*judicial questions*», lo que supone aumentar la responsabilidad de los jueces en las tareas constitucionales⁵⁷⁰. Sin embargo, este neoconstitucionalismo –neopositivismo– no debe ser llevado a sus últimas consecuencias, porque “la juridificación de la vida política por completo es una ilusión”⁵⁷¹.

Por eso, el Tribunal Constitucional cuando opera como un “legislador negativo” frente a las leyes, incluidas las de naturaleza política –como fue el caso de la ley de la reelección presidencial– tiene que resolver sobre la base de una legitimidad constitucional, es decir, contando no sólo con la legitimidad de su origen democrático indirecto, y con el respaldo ciudadano por los resultados de sus sentencias, sino también, y sobre todo, con proporcionalidad de juicio. En el caso alemán, “la Corte ha necesitado conquistar su actual posición, con mucho trabajo y contra

-
568. Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion*, Alabama, The University of Alabama Press, 1974, p. 4; W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 25 ss.; asimismo, Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I..., op. cit., pp. 299 ss.
569. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.
570. Herbert Spiro, *Government by constitution, the political systems of democracy...*, op. cit., pp. 30 ss.
571. Pablo Lucas Verdú, *La constitución en la encucijada (palingenesia iuris politici)*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 72 ss.

muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente como trazar las fronteras entre derecho y política⁵⁷².

Es decir, que dado el accidentado escenario de construcción democrática del Perú, y la corta experiencia del Tribunal Constitucional en su conflicto con el gobierno, pareciera que lo más adecuado en esta etapa es postular un “activismo judicial ponderado” en función de la gravedad y de las circunstancias del caso. Se postula, pues, un balance entre el activismo judicial y la autorrestricción judicial como regla⁵⁷³; pero en casos excepcionales, el Tribunal Constitucional debe desarrollar interpretaciones creativas, incluso a través de sentencias-leyes y/o sentencias-orientadoras para el legislador⁵⁷⁴, en las cuales se arriesgue a juzgar valiéndose directamente de los principios constitucionales⁵⁷⁵.

Sólo de este modo un poder político democrático se detiene o morigera frente a un poder jurídico constitucional, pero legítimo jurídica y socialmente. Lo cual no supone postular el gobierno de jueces, sino reconocer que ante la crisis de la representación y en particular el desprestigio del Congreso y la imagen autoritaria del Presidente, es necesario contar con mecanismos de control constitucional de sus actos y normas, que aseguren el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales. Más aún cuando los lemas gubernamentales de promover el libre mercado, reducir el rol social del Estado y establecer un fuerte control sobre la oposición y las minorías, son monitoreados por los poderes privados y fácticos, tal como ya se ha puesto de manifiesto en otras latitudes, lo cual hace más importante el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional⁵⁷⁶.

- ii. *Controles interórganos*. Ningún poder u organismo constitucional tiene facultades absolutas en un Estado de Derecho. En consecuencia, si la soberanía constitucional que ejerce el Tribunal es un *primus inter pares*, en relación a la soberanía popular que detenta el Congreso y el

572. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, *op. cit.*, p. 844.

573. Peter Häberle, *El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos...*, *op. cit.*, p. 228.

574. Hans Peter Schneider, *Democracia y constitución*, Madrid, CEC, 1991, pp. 198 ss.; asimismo, Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, *op. cit.*, pp. 192 ss.

575. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 629.

576. Robert Dahl, *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker...*, *op. cit.*, pp. 279 ss.

Presidente, cabe plantear la interrogante: ¿quién controla al Tribunal Constitucional?⁵⁷⁷. No es desdeñable el peligro de que el Tribunal Constitucional, en lugar de convertirse en la autoconciencia de la Constitución, se transforme en una conciencia arbitraria de la Constitución, o un organismo constitucional dependiente del gobierno de turno.

Por ello, es grave la interrogante acerca de si la judicatura esta preparada para asumir el rol de guardian de la Constitución o, dicho más claramente, si el Tribunal Constitucional tiene opciones de desarrollar su función de control constitucional en un marco político de desconstitucionalización o vaciamiento constitucional. Al respecto, el papel del control judicial de las leyes en manos de siete magistrados, en el supuesto que se restituyan a los tres magistrados faltantes, no por ser menos legítimo democráticamente que el político dado su origen no electoral, sea imposible de llevar a cabo, porque “cuando no existe control judicial al poder político está aún más fácilmente expuesto al riesgo de la perversión”⁵⁷⁸.

Esto no obvia la permanente cuestión de si el control judicial podría transformarse en una tiranía de los jueces. En cualquier caso, se trataría de una tiranía menos amenazadora que el de las mayorías políticas, porque estas son menos controlables en un sistema que no mantiene el equilibrio de poderes. De ahí que las resoluciones del Tribunal Constitucional, aunque no sean infalibles, la tiranía de la mayoría no puede pretender, mediante una acción de amparo⁵⁷⁹ sobrepasar a la cosa juzgada, fuerza de ley y fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los magistrados, como en el caso de la inaplicación de la ley de reelección presidencial al Presidente Fujimori.

Sin embargo, el Poder Judicial no sólo ha admitido una acción de amparo de la congresista oficialista Marta Chavez contra la aplicación de la resolución del Tribunal Constitucional, que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial, sino que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha declarado procedente la acción de amparo, por vulneración y amenaza del derecho a la libre elección de la reclamante, pero

577. Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Athen and London, The University of Georgia Press, 1988, pp. 146 ss.

578. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional...*, op. cit., p. 45.

579. Jorge Trelles, *Acción de amparo improcedente?*, en el diario *El Comercio*, Lima, 16 de marzo de 1997, p. A 2.

a favor sólo de la reclamante⁵⁸⁰. Con este fallo judicial se ahonda más la crisis de la jurisdicción constitucional, en tanto que ahora el Poder Judicial se atribuye la facultad de revisar las decisiones del Tribunal Constitucional, con el perjuicio de que se sienta un precedente muy grave sobre el desconocimiento de la cosa juzgada de las sentencias del TC, como es analizado más adelante (Segunda Parte, Cap. IV, 3).

Lo cual no deja de poner a colación que el mayor peligro del “activismo judicial radical” o del llamado “interpretativismo”⁵⁸¹, es que el Tribunal Constitucional no sólo haga porosa la línea divisoria entre su poder constituido y el poder constituyente y, en consecuencia, termine sustituyendo a este último⁵⁸²; sino también que en el conflicto con los demás poderes del Estado termine estrangulada, en mérito de expedir honorables sentencias constitucionales frente a causas políticas límite, como el digno caso guatemalteco⁵⁸³. Pero también para eso hay mucha prudencia con ciertos postulados, los cuales plantean que “ante el silencio o falta de hipótesis jurídica en la Constitución, el Tribunal debe reaccionar *creativamente*, sin dejar de sentenciar... Debe entonces ubicar o crear la norma que necesita, por integración, actuando como *poder constituyente* y no como el constituyente histórico de 1993”⁵⁸⁴.

Frente a estas tentaciones de la judicatura constitucional, cabe la auto-limitación (*self-restraint*) de los propios magistrados y el control de la opinión pública ciudadana, que no es necesariamente la de los medios de comunicación⁵⁸⁵. En esa dialéctica del activismo judicial y de la auto-

580. LA REPÚBLICA, *Corte suprema falla a favor de reelección de Fujimori al 2000, declara fundada acción de amparo contra sentencia del TC*, en www.larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.htm.

581. Christopher Wolfe, *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp. 323 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review...*, *op. cit.*, pp. 1-14.

582. Christine Landfried, *Das Bundesverfassungsgericht - Hüter oder Herr der Verfassung?*, en Hans-Georg Wehling (compilador), *Recht und Rechtspolitik*, Stuttgart, Verlag Kohlhammer, 1985, pp. 55 ss.

583. Jorge Mario García Laguardia, *Derechos humanos y democracia...*, *op. cit.*, pp. 106-114; donde se transcriben las sentencias que de oficio, en base a un activismo judicial, dictó la Corte Constitucional de Guatemala, ante el autogolpe del Presidente Serrano del 25 de mayo de 1993; fallos que sirvieron para el retorno a la plena democracia, con el apoyo del ejército.

584. Delia Revoredo, *Los retos actuales del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 156; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad*, en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, p. 909.

585. Mona Rishmawi, *The media and judiciary*, en *CIJL Yearbook*, Centre for the Independence of Judges and Lawyers, Genève, December, 1995, pp. 55 John Hart Ely, *Democracy and*

limitación, que se podría denominar de “activismo judicial moderado”, es que los magistrados del Tribunal Constitucional deberían plantear el rol de la jurisdicción constitucional en un sistema político como el peruano.

Considerando, sobre todo, que el mayor peligro en los controles interórganos está en quienes ejercen el poder político –legislativo y ejecutivo– sin conciencia de los límites jurídicos que la Constitución les franquea. Porque, rompen fácilmente el equilibrio y la división de poderes, cuando buscan una respuesta política a las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional, o incluso del Poder Judicial⁵⁸⁶.

En tal sentido, las resoluciones del Tribunal, como en el caso de la aplicación del control difuso de la ley de la reelección presidencial, constituyen una garantía de independencia y control jurisdiccional al poder político y un ejercicio discrecional –no arbitrario– basado en su potestad de control constitucional. El mismo que no está sometido directa ni indirectamente a controles políticos o judiciales, porque sino la voluntad constituyente de la supremacía jurídica de la Constitución quedaría sometida a la voluntad política de la mayoría legislativa transitoria. Sólo así una justicia creativa podrá desarrollar los derechos fundamentales y la justicia constitucional, respectivamente, ante los latentes peligros conservadores y autocráticos no sólo del poder público, sino también del poder privado y del mercado⁵⁸⁷.

Así, cuando el legislador mediante sus actos políticos viole derechos fundamentales, dichos actos deben ser justiciables a través de procesos constitucionales. También cuando en el seno del poder no se llegue a consensos y acuerdos sobre determinadas decisiones políticas, y, se traslade a la sede judicial constitucional el conflicto de intereses políticos. Si bien es cierto que es altamente probable que esto lleve automá-

distrust..., *op. cit.*, pp. 105 ss. y 135 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, *op. cit.*, pp. 148 ss.

586. Como sucedió en 1995, cuando la mayoría del Congreso aprobó una segunda ley de amnistía, contradiciendo la sentencia de la jueza Saquicuray que declaró inaplicable la primera Ley de la Amnistía a los militares por violar derechos humanos, imponiendo arbitrariamente así su poder político sobre la potestad constitucional de los jueces ordinarios de inaplicar las leyes que consideraban contrarias a la Constitución. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, 1996, pp. 153-157.

587. Pedro de Vega, *Neoliberalismo y estado*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 31 ss.

ticamente a la politización de la justicia, es preferible que dichos procesos políticos, y desde ya los judiciales, se sometan a la justicia constitucional⁵⁸⁸.

4.2 Perspectivas del Tribunal Constitucional

La falta de experiencia de una vida política y social ceñida al ordenamiento constitucional, por la inestabilidad política y la falta de lealtad institucional del actual régimen político de respetar plenamente el imperio de la Constitución, ha dado lugar a la creación y desarrollo de la jurisdicción constitucional y del Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución de 1993, sin que exista la necesaria credibilidad y voluntad gubernamental de someterse a ella. Más aún, se puede señalar que la institucionalidad constitucional esta concebida como un mero instrumento al servicio del poder. Por ello, se ha dicho que “no estamos ante una nueva Constitución sino que más bien ante una reforma de la precedente que persigue acomodarla a la peculiar filosofía socio-económica y política de la mayoría dominante en el Congreso Constituyente Democrático, que es tanto como decir, a la particular concepción de gobierno del Presidente Fujimori”,⁵⁸⁹.

Es decir, existe un estado de conciencia en las propias autoridades políticas, según el cual los órganos jurisdiccionales deben expresar jurídicamente la opinión gubernamental política y económica consagrada en la Constitución de 1993, esto es, subordinando el quehacer jurídico a los poderes político y económico⁵⁹⁰. El mismo que se sostiene en la cúpula militar y todavía en aquellos sectores de la sociedad que, impactados por las críticas al sistema de partidos, los éxitos en la contención del terrorismo y la inflación económica, se encuentran confusamente subordinados al realismo político del gobierno de Fujimori. Donde liberales en lo económico y conservadores en lo político, proclives al liderazgo autoritario, se encuentran en pleno proceso de cooptación de las instituciones independientes, con el fin de asegurar la precaria estabilidad del poder de turno, y que no alteren las políticas económicas de mercado.

En ese mismo sentido, la concepción de poder del gobierno se desarrolla con el “vaciamiento” del contenido esencial del texto constitucional que se

588. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 234 ss.

589. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993...*, op. cit., pp. 38-39.

590. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994, pp. 79-86.

oponga a sus intereses políticos y económicos. Lo que genera un escenario crítico para la reorganización y el desarrollo de un Tribunal Constitucional independiente del poder político, encargado del control constitucional de las normas legales. En este sentido, el sistema de votación para declarar inconstitucional una ley, la falta de independencia de algunos magistrados y la presión política con la finalidad de la reelección del Presidente Fujimori, han cavado la tumba del Tribunal Constitucional⁵⁹¹.

En este tendencial escenario político, los reales operadores del poder político, particularmente los militares, aún no logran ser supeditados al principio jurídico de la supremacía constitucional, ni al principio político de la supremacía democrática, por el contrario, actúan como detentadores de facto y a libre albedrío, de una cuota sustantiva del poder gubernamental. Lo que sumado a la obsecuente mayoría parlamentaria al Presidente Fujimori, produce una relación de dependencia en cascada, del Congreso al Presidente y de éste a la cúpula militar; con el progresivo deterioro de la credibilidad ciudadana en el gobierno y el acelerado distanciamiento de la opinión pública de las máximas autoridades políticas y militares.

En tal sentido, no se percibe que esté dentro de la agenda del gobierno una real solución al problema de las cuatro plazas de magistrados constitucionales faltantes y, en consecuencia a la restauración del control de las leyes por parte del Tribunal Constitucional⁵⁹². En caso de producirse, no será óbice para que se planteen graves interrogantes, acerca del posible carácter instrumental, para el poder político de turno, del derecho y la jurisprudencia. Más aún, cuando en esta etapa de férreo presidencialismo, el control y equilibrio de poderes clásicos es sustituido por algunas discrepancias públicas entre el Presidente y el poder militar, y con ciertos sectores empresariales, al margen de las instancias legales y judiciales, que la Constitución ha reservado, claro está, para los poderes y actividades constitucionales⁵⁹³.

En ese sentido, la crisis del proceso democrático, expresada en la falta de consenso nacional, debido a que el gobierno tiraniza a la oposición, no sólo determina la crisis de la constitucionalidad, en tanto la mayoría instrumentaliza la Constitución en función de los objetivos gubernamentales, sino que

591. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 144.

592. EL COMERCIO, *Seguimos sin tribunal constitucional*, Lima, 31 de diciembre de 1997, p. A4.

593. EL COMERCIO, *Entrevista al Presidente Fujimori*, Lima, 17 de diciembre de 1997, p. A4; asimismo, *Chavín de Huantar, estrategias de una operación militar*, en <http://ekeko2.rcp.net.pe/CCFFAA/rev72/pag02.htm>.

ambas expresan el actual estado de crisis ideológica de la Constitución, que se manifiesta en la divergencia entre la legalidad y la legitimidad⁵⁹⁴. Este proceso de crisis de la política y del derecho, constituye el ambiente apropiado para que se produzcan nuevas infracciones a la Constitución o fenómenos extra-constitucionales, que muy probablemente no serán materia de control o rechazo jurisdiccional, porque el gobierno ha castigado con la destitución a los magistrados del Tribunal Constitucional que intentaron ejercer el control constitucional.

Este escenario, pues, anuncia los límites del proceso constitucional democrático a mediano plazo, más aún con el proyecto de reelección presidencial hasta el 2005, si es que no hay instancias y procedimientos de control legítimos –por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones– que asuman dicho desafío, en base a defender con fidelidad constitucional sus competencias jurisdiccionales de las eventuales presiones del poder que pretende perpetuarse. Aún cuando el derrotero final sea la destitución de los magistrados independientes o el estrangulamiento institucional.

En todo caso, se puede señalar que después de la destitución de los magistrados, del Tribunal Constitucional y la renuncia de su Presidente, el Tribunal Constitucional esta desarrollando su labor de revisión en última instancia de las resoluciones denegatorias de habeas corpus, acciones de amparo, habeas data y acciones de cumplimiento, sin transparencia ni una marcada línea divisoria frente al poder público y privado⁵⁹⁵. Esto hace percibir los límites de la jurisdicción constitucional como organismo de control de los poderes públicos y privados, por lo demás acostumbrados a no someterse a un poder jurisdiccional, autónomo e independiente.

En ese sentido, al margen de la extirpación de la competencia política por excelencia del control constitucional de las leyes, se están dando los cimientos para que en el Tribunal Constitucional se combinen simultáneamente, contenidos autoritarios dentro de formas democráticas, al seguir funcionando con tres magistrados y un renunciante. Esto refleja que un nuevo Tribunal Constitucional requerirá no sólo de cuatro nuevos magistrados, sino que todos cuenten con una trayectoria democrática, además deberían ser elegidos por un organismo técnico, como por ejemplo el Consejo

594. Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, p. 13 y Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 103 ss.

595. Angel Páez y Edmundo Cruz, *Gobierno recurre al espionaje telefónico*, en <http://larepublica.com.pe/1997/Julio/pdf14/home.htm>; donde se da cuenta de los diálogos del actual presidente del Tribunal Constitucional, Javier Acosta Sánchez, quien dictaba una resolución judicial a quien parecía ser un amigo que requirió de sus servicios"; asimismo, <http://207.79.223.65/history/po970715.htm>.

Nacional de la Magistratura⁵⁹⁶, y contar con nuevos instrumentos teóricos, adaptados a la realidad peruana, para revertir y limitar jurisprudencialmente los contenidos autoritarios del proceso democrático peruano.

Pero, el elemento más importante para el funcionamiento real y no ficticio, de un remozado Tribunal Constitucional, es el consenso político democrático de respeto a las decisiones del Tribunal. Sin embargo el panorama democrático, necesario para el consenso, presenta fallas estructurales económicas, sociales y políticas, propias de un malformado Estado liberal. Será en el propio proceso de cambio de esas estructuras que "se averigua también el terreno en el que se ha de fabricar el consenso, así como sus impedimentos, sus dificultades de movimiento y sus oportunidades y estrategias manipulativas"⁵⁹⁷.

Debido a que en la actualidad son los poderes, público y privado, los que tienden a ejercer legítima o ilegítimamente procesos de negociación o disputa, muchas veces al margen de la institucionalidad legislativa, administrativa y judicial, resquebrajando el Estado de Derecho, en el corto y largo plazo; a fin de desmontar los resquicios del Estado social y el control del poder. Por eso se ha dicho que el liberalismo económico gubernamental ha devenido de manera inevitable en el autoritarismo político, poniendo en evidencia que la destrucción del Estado social supone un ataque a la democracia misma⁵⁹⁸. Esta práctica de los poderes público y privado, revela la poca conciencia constitucional con que operan las élites, y no por desconocimiento o equívoco, sino por intereses de grupo. De donde se ha hecho, en la actualidad de la democracia y de la constitucionalidad gobernante una falsa ideología, en tanto encubre la realidad de los detentadores de los poderes público y privado.

Frente a la falta de consenso, desconocimiento o escasez de técnicas constitucionales de los magistrados responsables del control al poder, aunado a la intolerancia avasalladora del poder político y económico, es factible de encontrar en la propia sociedad civil, que se movilizó y pronunció en defensa del Estado de Derecho y su Tribunal Constitucional, las fuerzas que promuevan la restauración democrática y que sostengan el conjunto de los intereses nacionales que otorgan sustento al control del poder; pero sin llegar a reca-

596. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 145.

597. Niklas Luhmann, *Fin y racionalidad de los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 122.

598. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del estado social...*, op. cit., pp. 229 ss.

lentar las relaciones de la jurisdicción constitucional con los poderes políticos.

Es imposible dejar de contrastar la convicción cívica demostrada por la población, como los estudiantes, los empleados, las asociaciones ciudadanas, los pobladores, la Iglesia, los gremios profesionales y laborales, así como los partidos políticos, contra el desmantelamiento del Tribunal Constitucional, con el silencio convalidante de la mayoría de la población, cuando en 1992 se clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales. Resulta claro que mientras en 1992 la legitimidad social de las instituciones democráticas se encontraban devaluadas, lo cual aprovechó el gobierno para desmantelarlas, en cambio, hoy es el gobierno y su mayoría parlamentaria quienes han perdido la legitimidad social y el favor de la opinión pública, quedando a vista de la opinión pública el ejercicio autoritario del poder⁵⁹⁹.

Es innegable también constatar que el voluntarismo judicial y/o político de unos, y el lacónico positivismo de otros magistrados del Tribunal Constitucional, no ha sido la mayor o más estable garantía de respeto a la Constitución, aunque los primeros sí han dado un ejemplo democrático para la sociedad, de defensa hasta las últimas consecuencias de las instituciones constitucionales frente a los ataques de la mayoría parlamentaria.

Este conflicto absolutamente desigual, donde la justicia sólo tiene que perder, sugiere que los magistrados constitucionales deban evitar que los conviertan en fusibles de los conflictos políticos irresueltos en la Cámara Legislativa, reproduciendo tácitamente en el seno del Tribunal los intereses políticos enfrentados como conflictos constitucionales. Es decir, la resolución de las acciones de inconstitucionalidad sobre leyes que traen *political questions*, o son ambiguas, encuentren de modo razonable a través de los métodos de interpretación constitucional,^l y la gama de sentencias de inconstitucionalidad postuladas, una respuesta constitucionalmente correcta

599. LA REPÚBLICA, *82% cree que gobierno ha violado DD. HH.*, 1 de diciembre de 1998, donde se menciona que el 60.8% desapruueba la gestión de Fujimori y el 29.3% la aprueba, ver en <http://www.larepublica.com.pe/diario/home.htm>; LA REPÚBLICA, *La respuesta de los peruanos a la mayoría del Congreso*, en edición del 31 de Mayo de 1997, donde se señala que el 74% rechaza la arbitraria destitución de los magistrados del TC y el 53% rechaza la gestión del Presidente Fujimori, ver <http://larepublica.com.pe/1997/mayo/pdf31/home.htm>; en el mismo diario, *El 87% del país reclama renuncia de Hermoza y Montesinos*, edición del 21 de julio de 1997, donde se se señala que el 75.8% de la población considera al Presidente Fujimori dictatorial, ver <http://larepublica.com.pe/1997/junio/pdf21/home.htm>, y; en mismo diario, *Ultima encuesta de Imasen*, edición del 27 de enero de 1998, donde la desaprobación del Presidente Fujimori es del 53.8%, ver <http://larepublica.com.pe/1998/enero/pdf27/home.htm>.

que afirme el rol del Tribunal como organismo de control de la constitucionalidad⁶⁰⁰.

Desde un horizonte temporal, de mediano y largo plazo, se requiere desarrollar nuevos escenarios que permitan una implementación de la justicia constitucional, a partir de condiciones democráticas de ejercicio del poder, sino también institucionales y sociales. Donde el consenso social y la defensa de la sociedad y del Estado democrático constituyan los soportes de instrumentos teóricos y metodológicos (como la teoría institucional), que se han desarrollando en experiencias comparadas⁶⁰¹, algunas no tan alejadas de la realidad peruana.

Finalmente, el sentimiento constitucional de la población, las condiciones socio-económicas de bienestar y el ambiente cultural de valores, constituyen también requisitos para asentar la legitimidad de la jurisdicción constitucional⁶⁰². Porque se podrá diseñar un modelo político y técnico de justicia constitucional del futuro, pero si no se corresponde proporcionalmente con la realidad social y económica del país, para poder influir sobre ella, también se estará sembrando las bases del divorcio entre el derecho y la realidad, fenómeno que se manifiesta en la secular inestabilidad jurídica, tema que no tiene visos de solución en la actualidad. Pero que sí tiene sentido plantearlo en aras del rol que le corresponde jugar al Tribunal Constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

600. Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 146 ss.

601. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 166 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hansetischer Verlagsanstalt, 1934, pp. 54 ss.

602. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)...*, op. cit., pp. 131 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, 1997, pp. 107 ss.