

**Segunda Parte: *Desafíos y Posibilidades de la Jurisdicción Constitucional***

III. Fortalecimiento del Tribunal Constitucional	355
1. Nombramiento de los magistrados	356
1.1 Cuotas parlamentarias y elección política	357
1.2 Perfil del magistrado constitucional	367
1.3 Principios para la elección de los magistrados constitucionales	371
2. Magistrados suplentes y Salas	377
2.1 Número de magistrados y suplentes	378
2.2 Pleno y Salas	384

## FORTALECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Promover el fortalecimiento del Tribunal Constitucional, supone previamente que el organismo encargado del control constitucional se encuentra debilitado o afectado en sus elementos constitutivos (como se ha puesto en evidencia en el análisis del caso del Tribunal Constitucional del Perú en la primera parte); ya sea porque la práctica gubernamental y social de la Constitución se ejerce en los bordes o fuera del consenso constitucional, o, inclusive debido a que el propio constituyente, y sobre todo el legislador, han normado la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con deslealtad democrática, atrofiando el control constitucional, conducta política propia del presidencialismo y su dictadura parlamentaria<sup>456</sup>.

La función que ocupa el Tribunal Constitucional en el régimen político de una democracia tutelada, hace que la organización y funcionamiento de la jurisdicción constitucional esté en relación directa con el tipo de sistema constitucional y democrático establecido. Por eso, en la medida en que se pretende reconstruir la jurisdicción constitucional, este proceso de fortalecimiento jurisdiccional está también en función de la necesaria reforma del sistema democrático, en tanto que el TC como órgano constitucional forma parte del núcleo del sistema político constitucional<sup>457</sup>.

En ese sentido, también se puede decir que existe una vinculación directa entre el sistema de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional y la producción de sus sentencias, como señaló Triepel<sup>458</sup>, en la medida que la relativa independencia o dependencia de los magistrados respecto del poder político, se puede verificar en el análisis de su jurisprudencia,

---

456. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 15-30; asimismo, Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2..., op. cit., pp. 3 ss. y 286 ss.

457. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., pp. 127 ss.

458. Heinrich Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL*, Heft 5, 1929, pp. 27; asimismo, H. Müller, *Die Auswahl der Verfassungsrichter*, en *ÖsterZÖffR*, Band VIII (Neue Folge), Wien, Springer Verlag, 1957/1958, pp. 149 ss.

así como en su conducta jurisdiccional, en tanto actúen o no con autonomía de criterio frente a los poderes público y privado<sup>459</sup>.

En la actualidad, la jurisdicción constitucional en el Perú esta aquejada, no sólo de una falta de legitimidad por sus resultados, sino también de una falta de legitimidad en su diseño normativo, en tanto que su quehacer jurisdiccional está desarticulado, tanto de la realidad constitucional como de los valores democráticos<sup>460</sup>. En consecuencia, un examen de la legitimidad del Tribunal Constitucional debe verificarse por el resultado de sus resoluciones judiciales, como por la legitimidad en su origen, organización y funcionamiento. Tópico, este último, que a continuación se analiza, a través del sistema de la selección y nominación de los magistrados, suplentes, organización en Salas y revisión del sistema de votación en el Tribunal Constitucional, así como por las opiniones e inmunidades con que deben operar los magistrados constitucionales.

## I. NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

El Tribunal Constitucional como organismo constitucional, con poderes propios establecidos en la Constitución, y con impacto político de sus resoluciones judiciales en el Estado, la economía y la sociedad, asume una extraordinaria repercusión en el sistema de selección y elección de sus magistrados<sup>461</sup>. En tal entendido, según el artículo 201° de la Constitución del Perú de 1993, corresponde al Congreso el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento veinte representantes, lo que supone la necesaria concertación de pareceres de la mayoría parlamentaria con las

459. Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 57 ss.

460. Hans Lietzmann, *Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie*, Opladen, 1988, Leske + Budrich, pp. 52 ss.

461. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, Frankfurt, Metzner Verlag, 1973, pp. 68 ss.; Ulrich Preuß, *Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und-politisches Problem*, en *ZfP*, 21. Jahrgang, 1988, pp. 389 ss.; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 843 ss.; ponencia de Hans Peter Ipsen en, *Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages*, tomo II, *Sitzungsbericht der Verhandlungen der Öffentlich-Rechtlichen Abteilung*, Hamburg, 1953, pp. C24 ss.; asimismo, Klaus Kröger, *Richterwahl*, en Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo I, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 76-103.

minorías parlamentarias, para lograr la nominación de los candidatos con ochenta votos como mínimo<sup>462</sup>.

Sin embargo, la práctica parlamentaria no ha dado muestras de un consenso constitucional en la designación de los magistrados constitucionales, lo que pone en evidencia la tensión permanente entre el gobierno y la oposición, como también entre la política y el derecho<sup>463</sup>, tema que por lo demás no es pacífico en ninguna latitud<sup>464</sup>, motivo por el cual es necesario diagnosticar y plantear algunas condiciones previas para el fortalecimiento del sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

### 1.1 Cuotas parlamentarias y elección política

La práctica de la elección de los primeros siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú entre 1995 y 1996, ha supuesto un doble déficit para el sistema democrático de control constitucional, debido a que se desarrolló entre la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias con el consiguiente deterioro del proceso de selección y el maltrato de los candidatos. Sistema de cuotas y negociación política que fue utilizado, finalmente, para lograr un acuerdo político entre mayoría y minorías, que hicieron del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición. Sin embargo, es necesario caracterizar dicho accidentado proceso de selección de los magistrados constitucionales, periodificando las convocatorias, negociaciones y votaciones realizadas, a fin de identificar los yerros del proceso, base sobre la cual luego se plantean las alternativas.

- i. *Primera Comisión Evaluadora y convocatoria.* De acuerdo con la primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), para la primera elección de los magistrados al TC, el entonces Congreso Constituyente Democrático debía designar a una Comisión Especial Calificadora, hasta el 15 de enero de 1995, así como aplicar el Reglamento del Congreso del 8 de setiembre de 1982, para el

462. Enrique Bernaldes con la colaboración de Alberto Otárola, *La constitución de 1993: Análisis comparado...*, op. cit., p. 722.

463. Dieter Grimm, *Politik und Recht*, en *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, (E. Klein editor), Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995, pp. 91 ss.

464. Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessesrechts*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1991, pp. 37 ss.; asimismo, Werner Kägi y Friedrich Giese, *Richterwahlen im Rechtsstaat*, en *Der Wähler*, Frankfurt, Heft 7/8, 1952, pp. 306 ss.

proceso de selección de los magistrados constitucionales, en lo que fuese posible. En este sentido, la Comisión debía integrarse por un mínimo de cinco y un máximo de nueve constituyentes, respetando en lo posible la representación proporcional existente en el Congreso. Asimismo, esta Comisión estaba encargada de realizar el proceso de convocatoria y preselección de los candidatos a magistrados constitucionales, nómina de aptos que luego debía elevar al Congreso Constituyente, para que el Pleno votase con los dos tercios del número legal de sus miembros, a los siete integrantes del Tribunal Constitucional, según dispuso el artículo 7º de la LOTC.

Sin embargo, a mediados de enero de 1995, la mayoría del Congreso Constituyente aplazó el debate para la creación de la Comisión Especial Evaluadora, argumentando que la coyuntura electoral de entonces no era la más adecuada, ya que todos sus esfuerzos políticos estaban concentrados en la reelección del Presidente Fujimori. Pese a los pedidos de la minoría constituyente de independizar la elección de los magistrados constitucionales de las elecciones políticas presidenciales y parlamentarias, sólo recién el 26 de abril de 1995, luego de la reelección de Fujimori, se instaló la Comisión Especial Calificadora de los postulantes al Tribunal Constitucional, dominada por la mayoría oficialista<sup>465</sup>. Asimismo, en esa misma fecha se publicó el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, en el que parcamente en nueve artículos se estableció lineamientos generales para el proceso de selección<sup>466</sup>.

La Comisión estuvo encargada de recibir las propuestas directas de los candidatos o de las personas o instituciones, que decidieran presentar candidatos y que cumplieran los siguientes requisitos: haber sido magistrado supremo o superior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años, ser mayor de cuarenta y cinco años, ser ciudadano en ejercicio y ser peruano de nacimiento, según disponen los artículos 201º y 147º de la Constitución de 1993 y el artículo 10º de la LOTC; así como enviar su *curriculum vitae*.

La Comisión Evaluadora recibió la candidatura de cuarenta postulantes, a quienes evaluó por su *curriculum vitae* y luego entrevistó personal-

---

465. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 144 ss.

466. Congreso Constituyente Democrático, Resolución N° 031-95-CCD, (26-04-95), Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional.

mente. La Comisión Evaluadora elevó el 15 de junio de 1995 la lista de los seis postulantes aptos para ser votados por el Congreso, pero la mayoría parlamentaria en el Pleno consideró postergar la sesión de votación prevista para el 28 de junio, debido a que habían sólo cinco candidaturas para cubrir siete cargos de magistrados constitucionales. Los candidatos aptos eran Manuel Aguirre Roca, Luis Guillermo Díaz Valverde, David Pezúa Vivanco, Armando Zolezzi Möller y Fernando Romero Diez Canseco. Pese a las protestas de las minorías parlamentarias, el Congreso no procedió a votar sobre los candidatos aptos<sup>467</sup>.

- ii. *Segunda Comisión Evaluadora y convocatoria, y primera votación.* Con la instalación del nuevo Congreso Unicameral de ciento veinte miembros, el 29 de julio de 1995, se procedió a formar el 17 de agosto de ese año, una segunda Comisión Especial Evaluadora de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, con el mismo esquema de representación proporcional que la Comisión anterior, integrada por nueve miembros, seis de la mayoría y tres de la minoría, lo cual no reflejó proporcionalmente la cuota parlamentaria de la oposición (que le correspondía cuatro integrantes de los nueve miembros), en razón a que la mayoría oficialista había obtenido una votación levemente inferior que en las elecciones anteriores<sup>468</sup>.

El segundo intento de convocatoria se produce recién en octubre, con un esquema de trabajo previsto para que el Pleno el Congreso se pronuncie sobre las candidaturas en la víspera del término de la primera legislatura ordinaria, en diciembre de 1995. La Comisión consideró que se mantenía la postulación de los cinco candidatos aptos, a los cuales se añadieron otros seis candidatos seleccionados de los nuevos veinticinco postulantes<sup>469</sup>. Por fin, el 14 de diciembre de 1995, en el Pleno del Congreso se votó por vez primera por los candidatos aptos presentados, pero sin alcanzar ninguno los dos tercios de votos necesarios, debido a que la mayoría alteró el acuerdo al que había llegado con la minoría en la Comisión Evaluadora, frustrándose el segundo intento de designación de los magistrados constitucionales.

467. EL COMERCIO, *Parálisis del Tribunal Constitucional*, Lima, 1º de marzo de 1996, p. A6.

468. Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Electoral*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 815.

469. EL COMERCIO, *Congreso de la República. Comisión Especial para la elección de los magistrados al Tribunal Constitucional. Aviso*, 5 de noviembre de 1995, p.A5, donde se publica la relación de los candidatos susceptibles de tachas: Alfredo Quispe Correa, César Valega García, Pelayo Samanamud Rubin, Antonio Belaunde Moreyra, Carlos Thorne Boas, Nicolás de Piérola Balta, José Santos Chichizola y otros.

- iii. *Tercera convocatoria y segunda votación.* La Comisión acordó el 17 de enero de 1996 una tercera convocatoria de postulantes para magistrados del Tribunal Constitucional, para desconcierto de la opinión pública especializada y escarnio de los postulantes hábiles, muchos de los cuales renunciaron dignamente. No obstante, en esta nueva convocatoria la mayoría y la minoría parlamentarias encontraron candidatos más públicos y representativos a sus expectativas, así como acordaron elegir en la Comisión Evaluadora a los postulantes aptos a pasar al Pleno, con los votos de los dos tercios del número de sus miembros, es decir con seis votos de nueve<sup>470</sup>.

En esta tercera convocatoria se produce la tacha a la candidatura de Antonio Antonioli, ex-ministro de Trabajo del gobierno de facto de Fujimori, quien públicamente reiteraba su apoyo incondicional al autogolpe de Estado de 1992, y se jactaba de haber sido funcionario del Servicio de Inteligencia Nacional. No obstante esta falta de pedigrí democrático, la tacha fue desestimada por la mayoría oficialista<sup>471</sup>. Quedando conformada la lista de los doce candidatos de la Comisión Calificadora con los siguientes exmagistrados, abogados y profesores de Derecho: Manuel Aguirre Roca, José García Marcelo y Armando Zolezzi quienes obtuvieron una selección por consenso, así como por Francisco Acosta, Augusto Antonioli, Ricardo Beaumont, Antonio Belaunde, Luis Díaz, David Pezúa, Delia Revoredo, Fernando Romero y Arturo Seminario quienes lograron los dos tercios de votos.

La Comisión envió al Congreso la relación de los doce candidatos hábiles, el Pleno del Congreso sesionó el 3 de abril de 1996 para realizar la segunda votación sobre los candidatos al Tribunal Constitucional. Pero la mayoría parlamentaria impuso la votación en primer lugar de la postulación del polémico candidato Antonioli, la misma que fue rechazada por el Congreso al no alcanzar los ochenta votos necesarios –dos tercios del número legal de miembros del Congreso unicameral–. Motivo por el cual, la mayoría fujmorista suspendió de facto la votación de los siguientes candidatos, frustrando así la sesión de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional<sup>472</sup>. En esta accidentada sesión, inclu-

470. EL COMERCIO, *Hasta hoy se reciben tachas a candidatos al Tribunal Constitucional*, 5 de Marzo de 1996, p. A6.

471. EL COMERCIO, *Candidatos al Tribunal Constitucional*, Lima, 1º de marzo de 1996, p. A6.

472. EL COMERCIO, *Se frustró elección del Tribunal Constitucional. Oficialismo suspendió votación, tras rechazo de su candidato*, Lima, 4 de abril de 1996, p. A1; asimismo, en la misma edición, *En accidentada sesión pleno rechazó candidatura de Antonio Antonioli*, p. A4.

so se produjo la adulteración de votos de la primera votación, ya que se detectó una cédula de sufragio más del número de congresistas en el hemiciclo; lo que motivó que se repitiera la votación parlamentaria con igual resultado para el controvertido candidato oficialista.

No sin razón, se ha señalado que este proceso de preselección de los candidatos, nominación de los postulantes hábiles y votación calificada final en el Pleno del Congreso, no contó con la voluntad política de la mayoría parlamentaria de nombrar a los guardianes de la Constitución o controladores de las leyes. Motivo por el cual, cuando la candidatura más representativa del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 de Fujimori, se rechazó en el Congreso, dio lugar a que se reprodujese el enfrentamiento anómico entre la mayoría y la minoría de aquella época, dando muestras de falta de tolerancia parlamentaria y vocación de consenso, así como de minusvaloración de la defensa de la democracia constitucional<sup>473</sup>.

Lo cierto es que una de las críticas fundamentales, no sólo gubernamentales sino también de la oposición, al antiguo Tribunal Garantías Constitucionales, fue su politización<sup>474</sup>. Sin embargo, la elección boicoteada de los magistrados del TC, por haberse censurado al candidato predilecto de la mayoría parlamentaria oficialista, reveló el abierto interés político del gobierno de Fujimori de controlar al organismo encargado del control constitucional, es decir se demostró la falta de independencia política en el proceso de selección, lo cual motivó la renuncia del candidato Beaumont, quedando sólo once candidatos aptos<sup>475</sup>. Es del caso recordar que, la Constitución del Perú de 1979, a diferencia de la Constitución de 1993, establecía como requisito para ser candidato al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, una probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos, entre otros requisitos, que es una exigencia imprescindible en sociedades inestables con gobiernos renuentes al control constitucional, y con muchos candidatos desleales a la democracia constitucional.

iv. *Tercera votación.* La frustrada votación del Congreso, dio lugar a que la minoría buscara mecanismos de votación de las candidaturas al tri-

473. César Landa, *La tolerancia política en el quehacer parlamentario*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1994, pp. 38 ss.

474. Domingo García Belaunde, *La Constitución traicionada...*, op. cit., p. 61.

475. Pedro Planas, *El desorden constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 6 de abril de 1996, p. A2; asimismo en el mismo diario, *Candidato renuncia a su postulación al Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de abril de 1996, p. A5.

bunal, como si el problema de la voluntad política estuviese en el sistema de votación. Mientras, la mayoría parlamentaria se apuraba en preparar un proyecto modificadorio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para reducir de seis a un año el periodo, después del cual entrada en vigencia una norma legal, pudiese plantearse una acción de inconstitucionalidad; proyecto que fue finalmente aprobado por la mayoría, pero reduciendo incluso a seis meses el plazo para presentar las acciones de inconstitucionalidad de las leyes.

El 18 de abril de 1996, se realiza la tercera votación del Congreso para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional sobre la base de once candidatos, insistiendo en la postulación de Antonioli, al interpretar la mayoría parlamentaria, discutiblemente, que los postulantes que no alcanzaron el número requerido para su elección —o sea Antonioli que fue el único censurado—, tenían derecho a una segunda postulación. Los resultados fueron una clara muestra de la falta de consenso entre la mayoría y la minoría parlamentarias, debido a que ningún candidato alcanzó los dos tercios de los votos —80— del Pleno, sesión en la que se contó con la asistencia de sólo 84 congresistas de 120<sup>476</sup>.

Como producto de la tercera elección fracasada del Congreso, la mayoría de la Comisión de Constitución del Congreso aprobó modificar el artículo 7º de la LOTC, en el sentido de que en la segunda votación sobre los candidatos no aprobados, se hiciese mediante votación individual por cédulas, debiendo el Pleno disponer si la votación era nominal o secreta.

- v. *Cuarta votación.* Ante este nuevo escenario de falta de consenso en las reglas de votación, y la voracidad política de la mayoría parlamentaria para nominar a cinco de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, el 16 de mayo de 1996 se realiza la cuarta votación del Congreso entre los once candidatos al Tribunal Constitucional, vapuleados más de una vez por las mayoría y minoría parlamentarias.

Sin embargo, en esta cuarta votación el Congreso sólo logra elegir a dos magistrados: a Manuel Aguirre Roca con 103 votos y a Francisco Acosta Sánchez con 95 votos. Los demás candidatos no alcanzaron la votación mínima de ochenta votos; entre ellos el candidato de la discordia radical entre mayoría y minoría: Augusto Antonioli sólo obtuvo 78 votos. Mien-

---

476. EL COMERCIO, *Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional*, Lima, 19 de abril de 1996, p. A2; asimismo, en la misma edición, *Abstención de oficialismo casi frustra plenaria convocada ayer para la elección del Tribunal Constitucional*, p. A4.

tras que los otros candidatos obtuvieron las siguientes cantidades de votos: José García 71, Armando Zolezzi 59, Luis Díaz 45, Delia Revoredo 39, Antonio Belaunde 36, Arturo Seminario 30, David Pezúa 27, y Fernando Romero 23. Se contó con la asistencia de 117 congresistas de 120<sup>477</sup>.

Las críticas se centraron en esta oportunidad hacia la Comisión Evaluadora, ante el fracaso de la selección de los candidatos aptos a juicio del Pleno del Congreso; más aún, de la Comisión se retiraron tres miembros de la oposición. Lo cierto es que la opinión pública especializada observó que, salvo la postulación de algunos ex-magistrados y catedráticos de Derecho de universidades, el gran número de abogados al servicio de la administración pública y del gobierno tenían una escasa o nula trayectoria en materia de Derecho Constitucional; tal fue el caso también del heterogéneo Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>478</sup>.

Esa situación, en principio, podía aparecer como una pluralidad enriquecedora, en tanto el Tribunal Constitucional requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política, pero en realidad, en este caso, se ponía en evidencia la orfandad de candidatos preparados para asumir la responsabilidad de ser jueces constitucionales, en parte debido a la escasa cultura democrática y constitucional de un país, que más años ha vivido en dictadura que en democracia. Lo que se puso en evidencia en la relaciones de la mayoría parlamentaria versus la minoría parlamentaria.

- vi. *Cuarta convocatoria y quinta votación.* Ante el grave deterioro de la imagen del Congreso, y en base a la negociación política de la mayoría con la minoría parlamentaria, así como a la aceptación de un sistema de consenso para invitar a candidatos y el reparto por cuotas entre la mayoría y la minoría parlamentarias, se hizo una cuarta convocatoria a magistrados del Tribunal, la misma que dio lugar al retiro de varios candidatos: Belaunde, Zolezzi y Antonioli<sup>479</sup>. Sin embargo, los restantes

477. EL PERUANO, *Congreso elige dos magistrados para el Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. 3; asimismo, EL COMERCIO, *En 10 días debe haber nuevas propuestas para Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. A4.

478. Domingo García Belaunde, *Derogación o Reforma de la Constitución*, entrevista realizada por Carlos Mesías y José Ferreira, en *Cuadernos Constitucionales*, N° 1, Lima, 1992, p. 8.; Domingo García Belaunde/Pedro Planas, *La Constitución traicionada...*, op. cit., pp. 60-61; asimismo, Javier Vargas, *El Tribunal Constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. A2.

479. EL COMERCIO, *Parlamento ya dio su última palabra y no he sido elegido*, Lima, 20 de mayo de 1996, p. A4.

seis candidatos continuaron con estulticia espartana en carrera, a pesar de haber recibido triple baloteo parlamentario.

En este sentido, el Congreso aprobó y se publicó el 14 de junio de 1996, la Ley N° 26622 que modificó otra vez el artículo 7° de la LOTC, señalando que

Cuando existan razones que lo justifiquen, a petición de no menos del 20% de los congresistas, podrán efectuarse, por acuerdo del Pleno, una convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso.

Con este acuerdo y la publicación de la ley modificatoria, la mayoría parlamentaria invitó a postular, inmediatamente, a los cinco candidatos que no habiendo obtenido los 80 votos, pero que habían tenido la mayor votación siguiente los dos electos magistrados; así también, se extendió la invitación a dos candidatos que se desempeñaban como magistrados del Jurado Nacional de Elecciones, y que en los últimos procesos electorales habían demostrado una conducta judicial independiente; propuesta que contó con un tácito apoyo multipartidario.

En consecuencia, el 15 de junio de 1996 se puso a votación en el Pleno del Congreso la lista cerrada de los cinco postulantes cooptados e invitados de la mayoría y de las minoría parlamentaria, logrando aprobarse finalmente, con cien votos a favor, trece abstenciones y siete ausentes, la nominación de los cinco magistrados restantes del Tribunal Constitucional<sup>480</sup>. La lista contó con un perfil más judicial, incorporando a, Ricardo Nugent, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Guillermo Rey Terry, vocal de dicho Jurado, Guillermo Díaz Valverde, ex-magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales, Delia Revoredo, profesora universitaria, y José García Marcelo, abogado al servicio del gobierno, quien había apoyado en un segundo plano el autogolpe del 5 de abril de 1992<sup>481</sup>.

Con este sistema de lista cerrada fue aprobada en el Pleno del Congreso los nuevos magistrados constitucionales, quedando nominados los inte-

---

480. EL COMERCIO, *Trece congresistas se abstuvieron de votar*, Lima, 16 de junio de 1996, p. A4.

481. Manuel D'Ornellas, *El tribunal de toma y daca*, en *Expresso* Lima 15 de junio de 1996, p. 2A.

grantes del Tribunal Constitucional<sup>482</sup>; pero, esto se logró “sólo después de largas marchas forzadas –idas y venidas, negociaciones y forcejeos– provocados por el terco propósito de dicha mayoría oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría) de imponer en el TC a varios de sus candidatos, finalmente, año y medio después de promulgada la LOTC quedó, pues, hacia fines de junio de 1996, constituido el flamante –y tan desdichado– TC”<sup>483</sup>.

El 26 de junio de 1996 se instala el Tribunal Constitucional y los magistrados eligen a Ricardo Nugent como su Presidente, quien venía de ocupar reconocidamente la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones y de haber sido dos veces Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Lo cierto es que el proceso de selección, negociación y votación calificada de los magistrados del Tribunal Constitucional, ha dado muestras de que el sistema previsto en la ley no funciona cuando no hay voluntad política de consenso, o cuando hay desconfianza en la creación de un organismos constitucional encargado del control constitucional a los poderes de iure.

Dado el peso de la jurisdicción constitucional en la vida política democrática, es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales, los partidos políticos parlamentarios tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es indudable, dado el grado de interrelación entre la Constitución y la política<sup>484</sup>. Pero ese proceso político debe justificarse a través del requisito de los dos tercios del número de miembros del Congreso Unicameral, lo que supone diálogo, negociación y concertación mínimas y obligatorias. Esto también sirve como mecanismo de control a fin de evitar que la mayoría pueda excederse. Sin embargo, la realidad de las relaciones políticas parlamentarias entre la mayoría y la minoría de la Cámara Única, hace que los mecanismos de la negociación y el acuerdo entre los grupos parlamentarios no funcionen democráticamente, como sí ocurre en el caso de España o Alemania, aunque también en estas latitudes se escuchan algunas voces críticas al sistema de selección debido a la «*lottizzazione*» o cupos partidarios; motivo por el cual es dable

482. Congreso de la República, Resolución Legislativa N° 001-96-CR, del 20 de junio de 1996, mediante la cual nombra a los siete magistrados elegidos para el Tribunal Constitucional: Francisco Acosta Sánchez, Manuel Aguirre Roca, Ricardo Nugent López-Chávez, Guillermo Rey Terry, José García Marcelo, Luis Guillermo Díaz Valverde y Delia Revoredo Marsano de Mur.

483. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 122-123.

484. Ulrich Preuß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, en *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (U. Preuß, editor), Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, pp. 7-33.

proponer darle mayor transparencia al proceso de selección, mediante la comparecencia parlamentaria de los candidatos, en una suerte de audiencias públicas «*Hearings*»<sup>485</sup>.

Como quiera que el gobierno y la oposición peruana mantienen una relación de suma cero, donde los éxitos de uno son la derrota del otro y viceversa, “la misma elección parlamentaria de los jueces constitucionales comporta un riesgo no desdeñable de excesiva politización y demasiada homogeneización política entre la parte controlada y el órgano controlante resta credibilidad y operatividad al sistema de garantías”<sup>486</sup>. La consecuencia inevitable de esta realidad, es el deterioro del modelo democrático del consenso ante la opinión pública ciudadana. En este sentido, cabe pensar en trasladar la responsabilidad de la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso al Consejo Nacional de la Magistratura, que como organismo constitucional si bien tiene la función de la nominación de los magistrados del Poder Judicial, podría también hacerse cargo de la selección técnica de los candidatos a magistrados constitucionales, proponiendo una lista cerrada al Congreso, contemplando las características propias de la jurisdicción constitucional; es decir, su función jurídica-política de control de los poderes públicos<sup>487</sup>.

Planteamiento que supone la reforma constitucional correspondiente, pero que resulta imprescindible, si es que tenemos en cuenta que “hay pocos lugares en los que un poder sea ejercido de modo tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del TCF. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente”<sup>488</sup>. De ahí la necesidad de racionalizar y tecnificar el proceso, mediante la identificación del perfil de los candidatos a magistrados constitucionales que se busca.

---

485. Peter Häberle, *Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis “öffentlicher Anhörung”*, en Bernd Guggenberger/ Andreas Meier (editores), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1994, pp. 131-133; Wilhelm Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, pp. 33-41; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 844; asimismo, Eliseo Aja, *La elección de magistrados del Tribunal Constitucional*, en *El País*, Madrid, 17 de junio de 1998, p. 16.

486. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario...*, op. cit., p. 11.

487. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 145.

488. Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., p. 146.

## 1.2 Perfil del magistrado constitucional

Si bien la inmadurez y la intolerancia políticas, sobre todo de la mayoría parlamentaria, generó un proceso anormal de designación de las magistraturas constitucionales entre 1995 y 1996, cabe señalar que el objetivo de la norma constitucional, que busca el consenso parlamentario, no fue correctamente planteado. La mayoría y la minoría parlamentarias debieron orientarse a valorar y definir a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, antes que centrar la elección en los acuerdos de las cúpulas de los grupos parlamentarios; en ese sentido, es importante ahondar en la búsqueda del perfil del juez constitucional, a fin de precisar algunas características que se deben buscar en la preselección y nominación de los candidatos a magistrados constitucionales, sin perjuicio de desconocer la posición del Tribunal Constitucional en el seno del régimen político<sup>489</sup>.

- i. *Condiciones de imparcialidad y especialidad.* Una condición previa a buscar en los candidatos es su imparcialidad y su especialización, en la medida que el magistrado constitucional debe ser ante todo un jurista que a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del derecho y su experiencia frente a las causas. Así como también sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil del magistrado constitucional, que requiere el Tribunal Constitucional<sup>490</sup>.

Desde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez ha estado basada en la observancia de la ley, como ahora desde el neopositivismo la independencia del juez se halla también en la sumisión a la Constitución<sup>491</sup>. Pero, desde la teoría institucional constitucional, donde la fuente del poder de la independencia judicial se encuentra tanto en la Constitución como en la sociedad civil, en tanto generadoras del sistema normativo-valorativo, no se requiere de jueces amanuenses de las normas, sino de verdaderos ciudadanos con toga, que ciertamente

489. Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pp. 254 ss., 278 ss. y 312 ss.

490. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt...*, op. cit., pp. 73 ss.; asimismo, Otto Kirchheimer, *Politische Justiz...*, op. cit., pp. 37 ss.

491. Manuel Aragón, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad (1)*, en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), Madrid, UAM-BOE, 1997, pp. 179 ss.; asimismo, Peter Quart, *Umfang und Grenzen politischer Betätigungsfreiheit des Richters. Eine richterrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung*, Frankfurt-Bern-Paris-New York, Peter Lang, 1990, pp. 40 ss.

se encuentren obligados primero por la Constitución y luego por la ley, pero no sólo en un sentido formal sino también material, en tanto norma de principios sociales<sup>492</sup>.

Ahora bien, no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza social e institucional que fundamenta la vida política de un país. En ese sentido, se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico<sup>493</sup>.

Ello significa que el juez constitucional está más allá del maniqueo planteamiento iuspositivista: o la política que transforma el mundo o el derecho que se abstiene de la política para sólo aplicar la norma, sino que se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad<sup>494</sup>. Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional, “es un tipo de juez, que posee *experiencia política* y que le preocupa la *reflexión política*”<sup>495</sup>. En este sentido, se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado.

De esa manera, cuando se alcance el perfil de los magistrados constitucionales, en base a los principios y características de independencia

492. Luis Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo...*, op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien...*, op. cit., pp. 66 ss.; asimismo, Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als saatsliches Problem...*, op. cit., pp. 66 ss., y 215 ss.

493. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, pp. 82 ss.; asimismo, Horst Sacker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele*, München, Verlag C. H. Beck, 1975, p. 25.

494. Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien...*, op. cit., pp. 73 ss.; Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß...* op. cit., pp. 479 ss.; asimismo, Reinhold Zippelius, *Rechtsgefühl und Rechtsgewissen*, en Ernst-Joachim Lampe (editor), *Das sogenannte Rechtsgefühl...*, op. cit., pp. 17 ss.

495. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., p. 84; asimismo, aunque con menos énfasis, Dieter Grimm, *Politik und Recht...*, op. cit., pp. 99 ss.

política y calidad jurídica, el Tribunal Constitucional se acercará a ocupar su posición en el sistema de poderes. Posición que los magistrados sabrán defender, en la medida que tengan cualidades “*intuitu persona*”.

- ii. *Cualidades personales y humanas*. Para ser magistrado constitucional, se requiere no sólo condiciones de especialidad e imparcialidad, sino también de cualidades humanas. Una profunda fundamentación en valores personales y capacidad de trabajar en equipo es también una eficaz garantía de protección de la independencia<sup>496</sup>. Así, se necesita contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual. Con estos valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que, a menudo, se presentan como valores contrapuestos, donde se debe estar abierto a las distintas opiniones y puntos de vista. Precisamente, la capacidad de trabajo colegiada supone características personales pluralistas y tolerantes, imprescindibles en el debate y resolución, sobre todo de causas límites.

Sin embargo, se debe ser conciente que el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares, pero, también, resulta altamente sospechoso de una falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo, que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares<sup>497</sup>.

Es utópico pensar tanto en la objetividad del hombre, como castigar la subjetividad; más aún, el “*homo iudex absolutus*” no existe. Lo que no quiere decir, que los jueces constitucionales, se abandonen a sus criterios subjetivos acerca de la Constitución y su aplicación, por eso se ha dicho: “nosotros no podemos ser imparciales. Nosotros sólo podemos ser intelectualmente honestos [...]; concientes de nuestras pasiones y en guardia con ellos. La imparcialidad es un sueño, la honestidad un deber”<sup>498</sup>.

496. Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem...*, op. cit., pp. 238 ss.

497. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema “Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit”...*, op. cit., pp. 110 ss.; asimismo, Domingo García Belaunde, *Una democracia en transición...*, op. cit., p. 46.

498. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema “Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit”...*, op. cit., pp. 86-87.

En este sentido, el juez constitucional debe ser consciente que siempre en sus sentencias hay una parte de su propia subjetividad, como una mancha blanca, que al interior del debate y resolución colegiada de los jueces, puede madurar o quedar neutralizada mediante las técnicas de la interpretación constitucional<sup>499</sup>. En cualquier caso, para una selección responsable de los jueces constitucionales, se debe considerar que en última instancia los factores subjetivos van a estar presentes en las decisiones judiciales, de ahí que sea importante conocer los puntos de vista de los candidatos sobre importantes aspectos sociales y políticos, al momento de su preselección, como política económica, política social, filosofía e incluso ética, así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país. Por eso, “no hay espacio en el Tribunal Constitucional para una limitada concepción apolítica, en un proceso de desarrollo jurídico del valor libertad”<sup>500</sup>.

En consecuencia, es importante tener claridad en dos condiciones. De un lado, saber cuál es el compromiso de los candidatos a magistrados constitucionales, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad, a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados en el Tribunal Constitucional con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos. En este sentido, la neutralidad formal en tanto indiferencia o ambivalencia es perjudicial en el perfil del magistrado constitucional; por el contrario, se requiere de jueces autoconcientes de su subjetividad y de la representación pluralista de los distintos intereses de la sociedad, que es una forma real para acercarse a la justicia<sup>501</sup>.

De otro lado, la personalidad de cada candidato ya sea conservadora, liberal o progresista, centralista o descentralista debe estar fundamentada desde una perspectiva democrática y constitucional, así como deben dar muestras de que las resoluciones sobre los problemas constitucionales son posibles de resolver no sólo desde su punto de vista, sino

499. Willi Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 1980, pp. 10 ss.

500. Horst Säcker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele...*, op. cit., p. 25; asimismo, Rolf Lamprecht y Wolfgang Malanowski, *Richter machen Politik, Auftrag und Anspruch des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburg, Fischer Taschenbuch Verlag, 1979, pp. 42 ss.

501. Klaus Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972, pp. 262 ss.; asimismo, Chester James Antieau, *Adjudicating constitutional issues*, London-Rome-New York, Oceana Publications, 1985, pp. 201 ss.

también que hay un espacio de interpretación distinto al suyo. Esta vocación pluralista y realista de los magistrados tiene especial significado en la posición que obtenga el Tribunal Constitucional en el sistema de gobierno<sup>502</sup>.

Sin perjuicio de definir el perfil del magistrado constitucional que se busca, se deben también establecer algunos criterios rectores que se usen en la selección de los magistrados, que están estrechamente vinculados con la imagen-objetivo del juez constitucional.

### 13 Principios de selección de los magistrados constitucionales

El perfil de los candidatos a magistrados constitucionales, no es suficiente para asegurar una buena composición del Tribunal Constitucional, sino que la selección y el procedimiento de elección de los candidatos constituye otra fase de suma importancia, para una adecuada conformación del Tribunal Constitucional. En ese sentido, la selección y el procedimiento de elección deben estar orientados por los siguientes principios<sup>503</sup>:

- i. *Independencia judicial.* El Tribunal Constitucional es un organismo constitucional autónomo, razón por la cual los magistrados constitucionales deben ser independientes en la toma de sus decisiones judiciales del poder político y de los poderes privados. Determinar el grado de independencia personal de los jueces, es un factor esencial en el procedimiento de selección de los mismos. Una garantía de ello, es evaluar el nivel de vinculación que mantendrían los aspirantes con la realidad social, antes que con los poderes políticos, a través de las tareas de la interpretación constitucional<sup>504</sup>. Sin embargo, se debe cuidar que una determinada fuerza, económica o política, no esté detrás de la candidatura de los magistrados constitucionales, ya que posteriormente habría una suerte de deuda de los magistrados que podría comprometer en sus decisiones jurisdiccionales.

502. Horst Sacker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status-Funktion-Rechtsprechungsbeispiele...*, op. cit., p. 24.

503. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*. Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 61 ss., 71 ss. y 86-120.

504. Friedrich Darmstaedter, *Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsgewissen*, en *DRiZ*, Heft 9, 19. Jahrgang, 1951, pp. 169 ss.; asimismo, Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 90 ss.

Es cierto que los partidos políticos representados en el Congreso y el Ejecutivo están muy interesados en la conformación del Tribunal, que va a tener por función controlar sus actos legislativos de gobierno, sobre todo por la peregrina idea de que quien nombra a los jueces, es el que hace la justicia, lo que distorsiona el balance necesario entre la política y el derecho, en el sistema de elección de los jueces constitucionales<sup>505</sup>. Pero esto se vuelve un peligro, sobre todo cuando la mayoría parlamentaria y el Ejecutivo, temerosos del poder de control que ejercerán los magistrados constitucionales sobre sus normas, pretendan asegurar la presencia de jueces que hagan depender sus decisiones jurisdiccionales, directa o indirectamente, de su fuerza política.

Eso no significa que el Tribunal opere exclusivamente como una Corte, y que la Constitución sea asumida sólo como una ley suprema<sup>506</sup>, sino que el rol de los magistrados constitucionales es, por su origen y sus decisiones, de valor político y social, pero no partidario, aunque al inicio del funcionamiento de los tribunales, constitucionales siempre se presenten conflictos políticos de reconocimiento de su labor jurisdiccional<sup>507</sup>. Por eso, la posición del juez debe ser concebida como una tarea de compromiso constitucional, ética y democrática, pero sin sobrecargar las responsabilidades de los magistrados constitucionales, poniéndoles a resolución judicial lo que en el ámbito de la política el gobierno y la oposición no han sido capaces de resolver institucionalmente. Por cuanto, como dice Schmitt, en vez de judicializar la política se termina politizando la justicia, aún cuando sean otros los deseos<sup>508</sup>.

Con razón, cabe recordar lo que el juez Picots dijo: “yo soy sólo un hombre y lo que ustedes me demandan está por encima de lo humano [...]. Yo no me puedo elevar siempre más allá de mí mismo, si ustedes no me protegen a la vez contra mí y contra ustedes... Prometanme que yo no saldré del tribunal a menos que no sea convencido de haber

- 
505. Richard Ley, *Die Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes. Eine Dokumentation anlässlich des 40jährigen Bestehens*, en *Parlaments Fragen*, Herausgegeben von der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen, 22. Jahrgang, 1991, pp. 430 ss.
506. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht...*, *op. cit.*, pp. 1 ss. y 42 ss.; asimismo, Willi Geiger, *Das Bundesverfassungsgericht im Spannung zwischen Recht und Politik*, en *EuGRZ*, 12. Jg. Heft 1, Straßburg, 1985, pp. 402 ss.
507. Richard Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 22-74.
508. Reinhard Fenner, *Recht oder Politik? Die deutsche Frage vor dem Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Hamburgo, 1980, pp. 347 yss.

traicionado el deber que me han impuesto<sup>7509</sup>. Definitivamente, la independencia judicial no es un asunto de información sino de formación y experiencia previa, pero que se afirma o se debilita si en la práctica judicial se conquista o se pierde la autoridad y la legitimidad constitucional de que debe gozar todo Tribunal Constitucional.

- ii. *Legitimidad democrática.* Junto con asegurar la selección de los candidatos más capaces de ejercer dicha función con independencia judicial, debido a sus consecuencias políticas muy claras, pero sin temor a los resultados derivados de causas políticas, el Tribunal Constitucional, en la medida que asume una responsabilidad muy alta, debe buscar magistrados constitucionales capaces de representar también el principio de legitimidad democrática<sup>510</sup>. En una democracia representativa, todo poder se ejerce en nombre del pueblo, directa o indirectamente, y retorna a él en forma de leyes, resoluciones o decretos. En este sentido, la confianza ciudadana, es depositada en los magistrados constitucionales como mandatarios de la voluntad general, aunque sea de manera indirecta mediante el voto del Congreso<sup>511</sup>. Por ello la legitimidad social del Tribunal Constitucional es un principio que los magistrados constitucionales deben ser concientes de valorarlo y desarrollarlo, en este sentido, los jueces constitucionales son responsables materialmente de sus decisiones frente al pueblo. Este principio y responsabilidad consecuente con la sociedad civil, no es sólo un postulado teórico, sino que debe ser razón de peso suficiente para su control o eventual suspensión o destitución, a través del principio de la autodisciplina del propio Pleno del Tribunal Constitucional<sup>512</sup>, cuando hayan cometido una falta grave o un delito comprobado<sup>513</sup>.

509. Konrad Ulrich, *Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken*, Zürich, 1904, p. 9.

510. Rene Marcic, *Machtkamp zwischen Bonn und Karlsruhe. Der Streit um die Reform des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, en *Der Staatbürger*, Nº 8, Serie 14, 1955; asimismo, Paul Feuchte, *Das Demokratische Prinzip und die Rechtsprechung in Verfassungssachen*, en *DÖV*, Nº 13, 1964, pp 433 ss.

511. Walter Haller, *Supreme Court und Politik in den USA. Fragen der Justiziabilität in der Höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Bern, Velag Stämpfli & Cie AG, 1972, pp. 320 ss. y 353 ss.; asimismo, Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Prozess...*, *op. cit.*, pp. 189 ss., 207 y 210 ss.

512. Rudolf Katz, *Stellung und Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts*, en *DRiZ*, 37. Jahrgang, 1959, p. 8.

513. Maunz, Schmidt-Bleibttreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.*, § 105, 2, p. 4 ss.; Dieter Umbach, Thomas Clemens (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, § 105, 2, p. 1437; asimismo, Ulrich Preuß, *Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem...*, *op. cit.*, pp. 392 ss.

En ese sentido, el procedimiento dispuesto de selección de candidatos al Tribunal Constitucional, debe tener la posibilidad de evaluar la capacidad de los candidatos de convertirse en portadores de la voluntad popular, claro está, dentro del marco de sus competencias judiciales constitucionales. En efecto, por el principio de soberanía popular, consideramos que la jurisdicción constitucional debe legitimarse en función de la opinión pública mayoritaria y minoritaria<sup>514</sup>, para lo cual debe crear confianza “*Vertrauensbildung*” en la sociedad sobre las decisiones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la dependencia de la jurisdicción constitucional de la opinión pública no puede ser absoluta, sino que tiene sus límites en la Constitución y en los valores democráticos. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional se encuentra a mitad de camino entre la sociedad y el Estado, en tanto defiende el consenso del interés general de la sociedad y los derechos fundamentales de las personas frente a los poderes públicos y privados<sup>515</sup>.

En un Estado democrático pluralista y tolerante, el consenso constitucional a defender no es sólo el de la mayoría, sino también el de las minorías; más aún, la protección de las minorías es un objetivo clave en ese modelo de democracia avanzada<sup>516</sup>. En consecuencia, la selección y nominación de los candidatos al Tribunal Constitucional debe incorporar este criterio democrático, a fin de dar eficacia integradora al consenso constitucional existente. Pero, la dinámica política y social es un referente concreto que vincula a los magistrados constitucionales con la realidad, por eso, una eficaz función del Tribunal Constitucional consiste en controlar constitucionalmente el proceso político que, mediante leyes, decida la mayoría, como también las minorías, en el Congreso y el Ejecutivo, sin perjuicio del control constitucional a las resoluciones del Poder Judicial que no tutelen los derechos fundamentales.

- iii. *División del Poder.* La vocación de independencia judicial y el espíritu de legitimidad democrática de los magistrados constitucionales, son importantes en la identificación y selección de los candidatos al Tribunal Constitucional, pero, no hay que olvidar que la independencia judicial es una consecuencia de la división del poder, y que la legitimidad democrática, entendida como control y balance de poderes, se debe

514. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., pp. 177 y sss.

515. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 96 ss.

516. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 170 ss.; asimismo, César Landa, *Derecho Político, del gobierno y la oposición democrática...*, op. cit., pp. 116-123.

también al principio de la división del poder, donde se debe abordar prudentemente las cuestiones políticas, en un principio no justiciable, según la doctrina autolimitativa de la “*political clause*”<sup>517</sup>.

Pero, hay que recordar que el Tribunal Constitucional no apareció bajo la sombra de la clásica división del poder, sino en el juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes y en la búsqueda de la unidad constitucional respetando la diversidad política; en virtud de lo cual, el Tribunal Constitucional goza de una reserva jurisdiccional en materia constitucional, así como el Legislativo tiene la reserva de ley o el Ejecutivo la reserva reglamentaria. En base a la reserva judicial constitucional, el Tribunal Constitucional debería ir delimitando cuidadosamente sus competencias, a fin de garantizar la eficacia de sus sentencias<sup>518</sup>; como asegurar su independencia de los partidos políticos y grupos de presión<sup>519</sup>.

Por ello,

la división del poder adquiere sentido, cuando el sistema de poderes se vincula de manera absoluta con los grupos políticos y sociales de poder en el marco de la ley, cuando los reales poderes políticos en la vida pública en determinados casos apropiadamente se limitan mutuamente y, de este modo establecen un cierto equilibrio de fuerza, que finalmente repercute también en la balanza de las decisiones de las instancias superiores. En tanto que los componentes político-sociales de la división del poder son criterios de decisión. Sólo desde este punto de vista se puede cumplir el deseo fundamental de la división del poder: garantizar la libertad de los ciudadanos, conservando y desarrollando la dignidad de la persona humana<sup>520</sup>.

- 
517. Jürgen K. Böhm, *Saatsnotstand und Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Würzburg, 1963, pp. 118 ss. y 132 ss.; Jutta Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor*, conferencia en la Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Speyer, 1995, pp. 11 ss. y 19 ss.; asimismo, Friedrich Klein, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, Münster, Verlag Achendorf, 1966, pp. 22 ss.
518. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt...*, op. cit., pp. 60 ss.
519. Wilhelm Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter...*, op. cit., pp. 72 ss.; asimismo, para una visión comparada del rol de los grupos de presión en los gobiernos europeos, revisar la introducción de Jeremy Richardson (editor), *Pressure Groups*, Oxford University Press, 1993, pp. 1-15; para el caso de Estados Unidos, revisar: Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make*, New York, Rinehart and Winston, 1960, pp. 69 ss.
520. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., p. 102.

En ese sentido, para el Tribunal Constitucional la división de poder es un tema de primera línea, en cuanto el control y balance de poderes es tanto un presupuesto de su actuación jurisdiccional, como también un resultado de su actuación independiente. Pero el rol de los magistrados constitucionales, ya no se encontraría en el distanciamiento de la mayoría del Congreso y del Ejecutivo por un lado, y de la oposición parlamentaria por otro lado. Sino que, como consecuencia de la independencia del Tribunal Constitucional, el rol de los magistrados constitucionales se ubica en la mediación de la tensión entre gobierno y oposición, o mayoría y minorías, así como en la aceptación social de sus resoluciones<sup>521</sup>.

Sin embargo, los magistrados deben observar atentamente el rol de los medios de comunicación y de lo poderes privados, que muchas veces juegan un papel constitucionalmente mayor que la propia opinión pública y que los poderes de *iure*. Por eso, la labor de control constitucional del Tribunal Constitucional, para no quedar como un control semántico de la Constitución, en tanto que en las sociedades corporativas la clásica división del poder deja de tener sentido real. Debe orientarse en el marco de sus competencias, también, al control de los reales operadores del poder, que se extiende a los poderes privados que actúan en el ámbito público corporativamente, la mayoría de las veces camufladamente en los espacios públicos constitucionales, sin control de los entes estatales ni de la opinión pública y, en consecuencia, sin responsabilidad alguna por las decisiones que impulsan<sup>522</sup>.

Ese *status* del Tribunal Constitucional sólo es posible de obtener, a partir de que los jueces constitucionales asuman una postura equilibrada: de defensa de la división del poder, a través de la corrección funcional de las mayorías y minorías, de la integración de las demandas de la sociedad y de los poderes de la autoridad, del respeto de la autonomía del poder político y del poder judicial, así como del balance de poder entre el gobierno central y los gobiernos locales<sup>523</sup>.

---

521. Felix Ermacora, *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, en *JÖR*, Band 8, 1959, pp. 49-56; en el mismo número, Gaetano Azzariti, *Sie Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung*, pp. 13-27; asimismo, Jutta Limbach, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen; Vortrag in der rechtswissenschaftlichen Fakultät am 2. Juli 1996*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Verlag Regensburg, 1997, p. 9.

522. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, *op. cit.*, pp. 355 ss.; asimismo, Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad...*, *op. cit.*, pp. 15-29.

523. Ernst Benda, *Richter und Politik*, en Cotta/Benda/ Schambeck/Malinverni, *Richter und Politik. Giudice e Politica*, Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1978, pp.

Sólo así, en el proceso de designación de magistrados, se podrá asegurar que los candidatos a jueces constitucionales no se abstengan del control constitucional, sino que ejerzan ponderada y creativamente su función de control constitucional frente a los clásicos poderes, como también a los nuevos poderes sociales y políticos de las sociedades corporativas. Lo cual, ciertamente, está en relación de las competencias que les faculta la Constitución, la ley y el desarrollo jurisprudencial que a partir de ellas realice el Tribunal. Para lo cual, se requiere que el Tribunal Constitucional cuente también con una adecuada organización, materia que a continuación se plantea.

## 2 MAGISTRADOS SUPLENTE Y SALAS

En el marco de las competencias del Tribunal Constitucional establecidas por la Constitución y su Ley Orgánica, se aprecia que la función de control constitucional se realiza mediante: declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, la resolución en última instancia de las resoluciones judiciales denegatorias de los habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento, así como de la resolución de los conflictos de competencia (ver Primera Parte, IV, 2 y 3).

Para el cumplimiento de su función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional presenta ciertos problemas de organización y funcionamiento, debido tanto al diseño legislativo del constituyente como al ejercicio jurisprudencial de sus competencias. Lo cual incide en el déficit de legitimidad por sus resultados, que no es un problema únicamente técnico administrativo, sino de un profundo transfondo jurídico-político, en la medida que la forma de asumir y de resolver los procesos constitucionales están vinculados directamente a las formas de organización y composición del Tribunal.

Es cierto que las modificaciones constitucionales, o de la LOTC, no van a crear otra realidad jurisprudencial y democrática por sí misma, pero sí abren posibilidades de que se haga más eficiente y democrática, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, en base al renovado pensamiento constitucional planteado: teoría institucional ética. En ese marco teórico y en base a la realidad constitucional esbozada, se analizan a continuación las necesidades de nombrar magistrados suplentes y de mejorar la organización del Tribunal creando dos Salas a su interior.

---

37 ss.; asimismo, Erich Kaufmann, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL*, Heft 9, Berlin, 1952, pp. 4 ss.

## 2.1 Número de magistrados y suplentes

Para cumplir eficientemente con la alta responsabilidad de realizar el control constitucional de la Constitución, es importante destacar la necesidad de que el Tribunal Constitucional cuente con una planta calificada e independiente de magistrados, pero también en número suficiente y con suplencias; planteamiento que parte del análisis de la realidad constitucional y se afirma en el derecho comparado.

- i. *Número de magistrados.* La nominación de los siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, resulta insuficiente si se toma en cuenta algunos elementos de la realidad constitucional: un primer argumento, desde un punto de vista cuantitativo, es la sobrecarga de los procesos constitucionales acumulados apenas establecido el TC, que llegaron a más de mil demandas, a las cuales habría que añadir los expedientes presentados a lo largo de su primer año y medio de funcionamiento analizado (ver Cuadro N° 9). Frente a los cuales el TC, al término de ese periodo, sólo resolvió 16 acciones de inconstitucionalidad<sup>524</sup> y 633 acciones de garantía<sup>525</sup>.

Es decir, el TC fue desbordado por los expedientes de garantías constitucionales pendientes de resolución, al punto que dejó de sentenciar como mínimo más de dos tercios de las causas ingresadas. Según los indicadores de congestión judicial elaborados por el Banco Mundial, cuando el número pendiente de casos por resolver al final de un periodo es superior al 20% del total de casos existentes, dividido por el número de casos resueltos, es demasiado difícil administrar ese trabajo. Lo cierto es que el *ratio* de causas pendientes del TC es del 48.6%; es decir más del doble, de lo que el Banco Mundial estima ya como una carga que se convierte prácticamente en inmanejable<sup>526</sup>.

---

524. Ver Cuadro N° 5.

525. Ver Cuadro N° 8.

526. World Bank, *Peru. Judicial Reform Project*, Report N° 17137-PE, Latin America and the Caribbean Region, Country Management Unit 6, Poverty Reduction and Economic Management, s/l, October 27, 1997, p. 64.

**CUADRO N° 9**  
**EXPEDIENTES INGRESADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

	Antes del 26-6-96*	Después del 26-6-96*	TOTALES
Acción de Inconstitucionalidad	0	28	28
Acción de Amparo	1066	1300	2366
Habeas Corpus	154	245	399
Acción de Cumplimiento	9	46	55
Habeas Data	2	3	5
Conflicto de Competencia	1	1	2
Quejas	33	386	419
<b>TOTALES</b>	<b>1265</b>	<b>2009</b>	<b>3272</b>

\* Fecha de instalación del Tribunal Constitucional

Fuente: Tribunal Constitucional, *Cuadro N° 1. Expedientes ingresados al 24-9-97.*

Elaboración: César Landa

No obstante, es del caso aclarar que la eficiencia de la justicia constitucional, no sólo es una cuestión cuantitativa de resolución de causas pendientes, sino fundamentalmente cualitativa, por eso se ha señalado que "la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto..."<sup>527</sup>.

Ahora bien, la sobrecarga procesal del Tribunal en materia de derechos fundamentales, en buena medida, se debe a dos factores: 1) a las causas pendientes heredadas del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, que al ser clausurado arbitrariamente por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, no habían sido aún resueltas, y 2) a los recursos presentados después del 5 de abril de 1992 hasta el 26 de julio de 1996 fecha de reinstalación del TC, periodo en que se siguieron presentando recursos casatorios para que la justicia constitucional en su momento

527. Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la justicia*, en *Justice and Efficiency. General reports and discussions, The eight world conference on procedural law*, (W. Wedekind editor), Deventer, Dutch Association for Procedural Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 19.

resolviese dichos expedientes. En ese sentido, la carga procesal acumulada, sobre todo en materia de acciones de amparo, llegó a una cantidad inmanejable de expedientes que incluso, en muchos casos, dado el tiempo transcurrido, ya no mantenían interés constitucional para las partes afectadas.

No obstante que el Tribunal Constitucional en su momento –marzo de 1997– planteó un proyecto de ley al Congreso para solucionar dicho *embalse* jurisdiccional, este no fue atendido oportunamente. En dicho proyecto se pedía que se otorgue un plazo especial de sesenta días, a partir de la publicación de una ley modificatoria de la LOTC, para que las personas que hubiesen interpuesto recursos aún no resueltos de casación ante el ex-TGC, o recurso extraordinario ante el TC, en la acciones de habeas corpus y acciones de amparo, debiesen formular pedido escrito para que el TC se dedique a su conocimiento. Vencido ese plazo, las acciones caerían *en abandono*; quedando, en consecuencia, ejecutoriada la resolución judicial impugnada<sup>528</sup>.

El Congreso sólo modificó la LOTC mediante Ley Nº 26853, aprobada el 1º de agosto de 1997, pero estableciendo que los interesados que no se manifestasen en sesenta días ante el Tribunal, para que resuelva sus causas pendientes de habeas corpus y de amparo, en el que dejaban a la resolución impugnada como *cosa juzgada*. Instituto procesal inadecuado, debido a que impide la revisión de la causa caída en abandono en otro procedimiento judicial ordinario; de allí que se presentase en la Comisión de Justicia del Congreso un proyecto de ley modificatorio a los dos meses de la vigencia de la Ley Nº 26853, para que declarado el abandono de la instancia, la resolución impugnada quedase consentida y no como cosa juzgada<sup>529</sup>.

Un segundo argumento, desde el punto de vista comparado e histórico, demuestra que el afán minimalista del constituyente de reducir a siete el número de magistrados del Tribunal Constitucional, es igualmente insuficiente e inapropiado para cumplir con eficacia sus tareas de control constitucional. Así, se puede apreciar en el derecho comparado, que

528. Oficio Nº 104-97-P/TC (21-3-97) del Dr. Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal Constitucional..., *op. cit.* En el artículo 2º del proyecto de ley se plantea el abandono de las causas pendientes en que la parte afectada no le diese el impulso procesal en sesenta días.

529. Congreso de la República, Proyecto de Ley Nº 3085/97-CR (9-10-97). Se plantea modificar el artículo único de la Ley 26853, referido a la causal de abandono de la instancia en los procesos de Hábeas Corpus y Amparo que ha tomado conocimiento el Tribunal Constitucional.

por un lado, el Tribunal Constitucional español, que tanto ha influenciado en la elaboración de la LOTC peruana<sup>530</sup>, cuenta con doce magistrados, el Tribunal Federal Constitucional alemán lo integran dieciséis magistrados, la Corte Constitucional italiana quince jueces, el Tribunal Constitucional Austriaco tiene catorce magistrados<sup>531</sup>. Por otro lado, la Corte Constitucional de Guatemala se compone de doce magistrados, la Corte Constitucional de Colombia la integran nueve jueces, el Tribunal Constitucional de Chile lo componen siete magistrados, y la nueva Corte Constitucional de Bolivia cuenta con cinco jueces<sup>532</sup>. Por último, el ex-Tribunal de Garantías del Perú estaba compuesto de nueve magistrados. Con lo cual, la tendencia es a contar con un número representativo de magistrados constitucionales.

Por ello, no hay razón alguna que justifique mantener el número de siete magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, cuando no se dan abasto a la carga judicial que se viene acumulando sin poder resolver eficazmente, y cuando la experiencia comparada y pasada demuestra precisamente que un mayor número de magistrados es lo necesario, en tanto las mayores competencias constitucionales y el promedio de demandas se incrementan progresivamente. En ese sentido, se puede señalar que la carga procesal es la causa fundamental para ampliar el número de jueces del Tribunal Constitucional de siete a once magistrados; más aún, cuando las tendencias de la realidad política perfilan escenarios que hacen prever el incremento de las tareas judiciales de tutela de los derechos fundamentales, tanto frente a los excesos de la autoridad militar y policial, como frente al sobredimensionamiento de la administración pública en el modelo económico neoliberal del capitalismo de Estado<sup>533</sup>.

- ii. *Magistrados suplentes.* La figura de los magistrados suplentes también resulta una necesidad imprescindible a incorporar en la LOTC, a fin de poder suplir las necesidades básicas del normal funcionamiento

530. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 286.

531. Germán Gómez Orfanel (editor), *Las constituciones de los estados de la unión Europea*, Madrid, CEC, 1996, pp. 149, 241 y 442; asimismo, Gerhard Leibholz y Reinhard Rupprecht, *Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Köln-Marienburg, Verlag Schmidt, 1968, p. 20.

532. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 370, 493, 544 y 720.

533. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *The situation of Human Rights in Peru. Report present to the Sub-Commission of the Prevention of Discrimination and the protection of minorities of the NU, August 1997*, en <http://www.derechos.org/cnddhh/informes/sube.html>; asimismo, U.S. Department State, *Peru country Report on Human Rights Practice for 1997*, en [http://www.state.gov/www/global/human\\_rights/1997](http://www.state.gov/www/global/human_rights/1997).

del TC, compuesto por once jueces propuesto. En ese sentido, se plantea la importancia de contar con cinco magistrados constitucionales suplentes, que serían los cinco candidatos restantes mejor calificados del proceso de nominación de los magistrados constitucionales titulares.

La justificación de los jueces suplentes se origina, en el estado informal de funcionamiento co que viene operando el Tribunal Constitucional, con cuatro magistrados de los siete que señala la Constitución, debido a la destitución de los jueces constitucionales Manuel Aguirre, Guillermo Rey y Delia Revoredo que resolvieron en contra de la ley de la reelección presidencial, y la renuncia de su ex-Presidente Ricardo Nugent, que no ha podido hacer efectiva hasta que no se nombre a los nuevos magistrados, es la más clara expresión de dos cosas:

Primero, que no se están cumpliendo desde junio de 1996 los artículos 201º y 202º de la Constitución que se refieren a un Tribunal Constitucional, integrado por siete magistrados y que se encargan de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución, entre otras competencias; motivo por el cual se ha señalado que el TC está funcionando, no sólo inconstitucionalmente sino también anticonstitucionalmente<sup>534</sup>.

Segundo, que esa situación no se hubiera producido si ante la renuncia o destitución, como también ante enfermedad o vacaciones de los magistrados titulares, la LOTC hubiera incorporado la figura de los jueces suplentes, que, como se aprecia, son imprescindibles para suplir en las tareas jurisdiccionales y administrativas del titular, evitando así la paralización del funcionamiento del control constitucional a cargo del Tribunal Constitucional. Lo cual es una forma también de asegurar el equilibrio y balance de poderes. Pero, no debe asumirse que la suplencia de magistrados, es una desvalorización de este cuerpo de magistrados, sino, por el contrario, se debe valorar a los jueces suplentes en tanto permiten reafirmar el rol de la justicia constitucional en situaciones de ausencia de los titulares<sup>535</sup>.

Ante esta situación de informalidad constitucional, propia de un gobierno caracterizado por el presidencialismo y la inestabilidad, lo cual lleva

---

534. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 143.

535. Alessandro Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione...*, op. cit., pp. 18.

a la degeneración del Estado de Derecho<sup>536</sup>, el Congreso ha tenido que habilitar legalmente a los miembros restantes para que cumplan la mínima tarea constitucional de resolver las resoluciones denegatorias en materia de derechos fundamentales, pero no habilito al TC para seguir declarando la inconstitucionalidad de las leyes.

En ese sentido, la mayoría del Congreso aprobó la Ley N° 26802, una semana antes de destituir a tres magistrados constitucionales, modificando el artículo 4° de la LOTC, con la finalidad de que el quórum para las sesiones del TC ya no fuese con seis magistrados sino con cuatro, coincidentemente, cuatro fue el número exacto de magistrados que quedó después de destituir a los tres magistrados promotores del activismo judicial. Esta norma ha sido reiterada en la Ley N° 26954 del 2 de mayo de 1998, pero añadiendo que con el quórum de cuatro magistrados se pueda elegir al nuevo Presidente del TC; habiendo sido electo en Arequipa, el 28 de mayo de 1998, Francisco Acosta como Presidente del TC por cuatro votos –unanimidad–, en tanto que el artículo 5° de la LOTC modificado exigía cinco votos<sup>537</sup>.

De esa manera, a partir de junio de 1996, el Tribunal Constitucional viene sesionando con una informalidad constitucional<sup>538</sup> de cuatro de sus miembros, motivo por el cual no puede ejercer la competencia de controlar a las leyes que infrinjan la Constitución, por el fondo o por la forma, competencia que le otorga sentido a la jurisdicción constitucional, como establece la norma suprema. De modo que el Tribunal Constitucional se ha convertido en un tribunal ordinario de revisión de las resoluciones judiciales denegatorias de los habeas corpus, acciones de amparo, habeas data y acciones de cumplimiento, resolviendo dichas causas con sólo cuatro magistrados, quienes no pueden abstenerse y deben votar en cada oportunidad, según dispuso previsoramente la Ley N° 26801 y posteriormente reiteró la Ley N° 26954.

536. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad...*, op. cit., pp. 20 ss.; asimismo, Emo Gotsbacher, *Informelles Recht...*, op. cit., pp. 30 ss.

537. CARETAS, *Camaleónico voto*, Lima, 18 de junio de 1993, en <http://ekeko.rcp.net.pe/Caretas/1998/1519/mdt/medt.htm>, Lima; se alude a que Nugent -ex-Presidente renunciante- termina votando por Acosta, uno de sus acusadores ante el Congreso, motivo por el cual Nugent fue procesado, aunque no destituido.

538. Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie...*, op. cit., pp. 11-18.

Pero, si bien el número de once magistrados titulares y cinco magistrados suplentes, serían necesarios para una adecuada composición del Tribunal Constitucional, para un eficiente funcionamiento organizativo, resulta importante que el trabajo jurisdiccional se considere que la racional y óptima organización del despacho judicial, también es una tarea del reforzamiento de los Tribunales Constitucionales. En ese sentido, distribuir adecuadamente la carga judicial entre el Pleno y dos Salas, permitiría modernizar y hacer más eficiente el despacho judicial, más aún, cuando los procesos constitucionales presentan características de suma sensibilidad, por los derechos involucrados o las leyes cuestionadas de inconstitucionalidad, que se hace necesario ahondar en el tema del rol del Pleno y de la incorporación de dos Salas en el Tribunal Constitucional.

## 22 Pleno y Salas

Con más magistrados constitucionales, once como lo propuesto, la carga procesal podría ser mejor distribuida<sup>539</sup>, pero no para que resuelvan cada caso en Pleno jurisdiccional de once miembros, sino, para que en la resolución de los derechos fundamentales protegidos por las garantías constitucionales, se organicen en dos Salas Constitucionales, integrada cada una por cinco magistrados. Mientras que el Presidente ejercería responsabilidades de representación y se guardaría para votar en caso de empate en las decisiones jurisdiccionales de la Sala Plena, como en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, los conflictos constitucionales y el cambio o colisión de jurisprudencia entre las dos Salas, materias que serían competencia fundamentales del Pleno, como a continuación se presenta.

- i. *Pleno*. Es importante precisar algunas competencias del Pleno, en la medida que el origen formalmente de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano en mayo de 1997, según los magistrados constitucionales Acosta y García, fue que el recurso de aclaración solicitado por el Colegio de Abogados de Lima, sobre la sentencia del TC que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial, no fue absuelto por el Pleno, sino por tres magistrados usurpando la competencia del Pleno. Motivo por el cual formalmente los magistrados Nugent (Presidente), Aguirre, Revoredo y Terry fueron denunciados por sus colegas ante el Congreso, y la mayoría oficialista los acusó, procesó y

---

539. Francisco Rubio y Manuel Aragón, *La Jurisdicción Constitucional*, en Eduardo García y Alberto Pedreri, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1981, p. 856.

destituyó vindictivamente a los tres últimos por infracción a la Constitución<sup>540</sup>.

En efecto, recibido el pedido de aclaración sobre la sentencia del 3 de enero de 1997, el Presidente del Tribunal no llamó al Pleno para resolver el recurso de aclaración, sino que, por economía procesal dispuso que sea resuelto por los tres magistrados firmantes de la mencionada resolución. En ese sentido, la mayoría parlamentaria argumentó que “el doctor Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal, incurrió en irresponsabilidad al no convocar al Pleno del Tribunal Constitucional para resolver el recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima, y al justificar la infracción constitucional cometida por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo, en lugar de adoptar las medidas rectificatorias”<sup>541</sup>.

El ex-Presidente Nugent, una vez recibido el pedido de aclaración el 20 de enero de 1997, por práctica y celeridad procesal proveyó que pase a manos del ponente y los magistrados firmantes de la resolución materia de aclaración, lo cual constituyó un acto administrativo jurisdiccional que no requería ser visto en Pleno, aún cuando si dar cuenta de ello en uno posterior. Por eso se ha dicho “de haberse producido alguna irregularidad en la expedición de la resolución de *aclaración* (cosa que, ciertamente, no ocurrió), Nugent sería el responsable –el mayor responsable, en verdad– porque, en efecto, fue él quien ordenó –como Presidente del TC y con la anuencia, cierto es, del Pleno– el trámite y el procedimiento observados”<sup>542</sup>.

Dado lo delicado del asunto, los magistrados firmantes de la sentencia de inaplicación deciden ir al Pleno, donde se dieron posiciones a favor y en contra de la aclaración,

Pero es importante tomar en cuenta que ninguna de ellos dice que nosotros no podemos resolver (García Marcelo, en sus posteriores declaraciones, ha manifestado que, obviamente, nosotros teníamos que resolver), sino que piden que se devuelva al Colegio de Abo-

540. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional Año IV*, N° 4, 1997..., art. cit., pp. 256 ss.

541. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Luis Delgado Aparicio, miembro de la Subcomisión acusadora, contra cuatro señores del Tribunal Constitucional, realizada en la sesión plenaria del Congreso*, en *Pensamiento Constitucional Año IV*, N° 4, 1997..., art. cit., p. 437.

542. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., 144-145.

gados para que la solicitud venga dirigida a la presidencia. La presidencia lo considera un disparate, una pérdida de tiempo y manifiesta que por economía procesal ya había ordenado que pase al ponente, decisión que de acuerdo a ley debía tomar en los dos días siguientes y era inimpugnable. Se vota y la posición de la presidencia gana 5 a 2<sup>543</sup>.

De esta conducta procesal de la Presidencia, no se deduce la invalidez de la respuesta a la aclaración o que los magistrados que aclararon el pedido, usurparan las funciones del Pleno. Más aún, si la respuesta a los pedidos de aclaración correspondía absolver a quienes firmaron la sentencia y no a quienes se abstuvieron de ella<sup>544</sup>.

Luego de que en el mes de febrero quedara en receso el TC por vacaciones, según establece el artículo 19<sup>o</sup> de la LOTC, en todo caso por un principio de convalidación, el entonces Presidente del Tribunal convocó *ex-post* para el 14 de marzo de 1997, al Pleno administrativo de magistrados —sólo inasistió Acosta—, y se votó expresamente —por cinco votos a favor— ratificar la autorización dada a los jueces Aguirre, Rey y Revoredo para responder al recurso de aclaración solicitado por el CAL, con el voto en contra de García<sup>545</sup>. No obstante, Nugent señaló posteriormente que “dicha acta no constituye una convalidación *a posteriori* sino una ratificación de que la autorización hecha por el Tribunal da cuenta de un hecho pretérito y anterior a la resolución cuestionada”<sup>546</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, cabe aclarar mínimamente algunas características básicas de la propuesta de organización y funcionamiento del Pleno del TC. El Pleno estaría integrado por todos los magistrados, lo preside el Presidente y en su defecto el Vice-Presidente, elegidos por ellos mismos de su seno. El Pleno podrá ser jurisdiccional cuando haya lugar a emitir resoluciones judiciales o realizar audiencia públicas de las causas judiciales a resolver, y podrá ser Pleno administrativo para dar cuenta del despacho y demás trámites jurisdiccionales, no sustantivos o administrativos, como presupuesto, nombramiento de funcionarios,

543. Manuel Aguirre Roca, *todo ha sido una emboscada...*, *op. cit.*, p. 8.

544. Congreso de la República, *Alegato del doctor Juan Monroy en al sesión del miércoles 28 de mayo de 1977, en Pensamiento Constitucional Año IV, N° 4...*, *art. cit.*, pp. 479.

545. EL COMERCIO, *Magistrados constitucionales piden conocer el sustento de los cargos en su contra...*, *op. cit.*, p. A5.

546. EL COMERCIO, *Nugent remitió al Congreso prueba de autorización para responder aclaración, sobre sentencia de inaplicabilidad de la ley interpretativa de reelección*, en la edición, 10 de mayo de 1997, p. A5.

etc. El Pleno para sesionar convocado por el Presidente requeriría el quórum de seis miembros.

En ese sentido, el Presidente del Tribunal gozaría de atribuciones tasadas para convocar a los Plenos, pero también podría hacer ejercicio razonable de las facultades abiertas que le confiere la Ley, el Reglamento del TC, para convocar o no a Pleno, para dar curso a un pedido de aclaración. Pero, en cualquier caso, el funcionamiento interno del Pleno no sería violado, si se asumiese una conducta procesal adjetiva de remitir al ponente de una sentencia la preparación de la aclaración solicitada. Por eso, dada la carga procesal y el carácter altamente delicado de algunas acciones de inconstitucionalidad, resultaría conveniente reformar la organización del Tribunal, creando dos Salas y distribuyendo razonablemente las competencias jurisdiccionales y administrativas del Pleno, el Presidente y las Salas.

- ii. *Salas*. La propuesta es que el Tribunal Constitucional funcione con dos Salas integradas por cinco magistrados cada una, para que resuelvan las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Este planteamiento requeriría de la reforma legislativa de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, propuesta que además ya fue formulada por el propio Tribunal Constitucional por unanimidad en marzo de 1997<sup>547</sup>. Al respecto, cabe recordar que no hay ningún mandato de la Constitución que lo impida y, desde una perspectiva del derecho constitucional comparado, muchos países con tribunales constitucionales (Alemania, España o Portugal), han establecido la creación de salas en sus leyes orgánicas permitiendo una mejor organización y funcionamiento de los tribunales constitucionales<sup>548</sup>.

Asimismo, debe considerarse que de conformidad con el principio constitucional de la *fuerza normativa de la Constitución*, esta norma suprema pretende verse actualizada, con aquellos puntos de vista que

547. Oficio N° 104-97-P/TC (21-3-97) del Dr. Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal Constitucional, al Presidente del Congreso de la República, con proyecto de ley modificatorio de la LOTC. En aras de agilizar el trámite de los procesos constitucionales, en el artículo 1° del proyecto de ley se plantea que, se conformen dos Salas en el Tribunal Constitucional.

548. Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., p. 143; Albrecht Weber, *Jurisdicción constitucional en Europa Occidental...*, op. cit., p. 56; asimismo, José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 69.

ayuden a las normas constitucionales a obtener su máxima eficacia<sup>549</sup>. En tal sentido, con la creación de dos Salas en el Tribunal Constitucional se hace evidente desde el punto organizativo, la búsqueda por hacer efectivas las normas constitucionales, relativas a la tutela de los derechos fundamentales y a las del control constitucional de la normas legales, a cargo del Tribunal Constitucional.

De otro lado, debería quedar expresamente consagrada la igualdad de rango e independencia entre ambas Salas, como se asegura en otros sistemas<sup>550</sup>. En ese sentido, las Salas podrían ser competentes en función del turno para resolver las garantías constitucionales; sin embargo, la posibilidad de la especialización de las Salas, parece prometedora. Así, la Sala primera podría resolver las acciones de amparo que se presenten por violación al debido proceso y a la tutela judicial; mientras que, la Sala segunda podría resolver los habeas corpus, habeas data, acciones de cumplimiento y los amparos distintos al debido proceso y a la tutela judicial.

Esta división se basa en la relación que existe entre el número de acciones de amparo y las demás garantías constitucionales ingresadas al Tribunal Constitucional, que es de tres a uno; es decir, que en promedio, por cada tres acciones de amparo se ha presentado un habeas corpus por lo general o en mucho menor medida una acción de cumplimiento o un habeas data. Además alrededor de la mitad de las acciones de amparo son demandando la tutela del derecho al debido proceso, como también ocurre en otras latitudes<sup>551</sup>.

Claro un problema potencial que se presentaría entre las dos Salas, sería que las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales al constituir jurisprudencia vinculante, por el principio *stare decisis*, potencialmente podrían emitir sentencias contradictorias sobre un mismo derecho. En efecto, una Sala si bien se encargaría de la tutela de los derechos fundamentales, con excepción del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que sería competencia de la otra Sala. Dada la interrelación de los derechos fundamentales, entre el contenido material y formal o el contenido sustantivo y procesal, no sería extraño que mediante dos procesos –por ejemplo, vía el amparo por debido proceso

549. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 50 ss.

550. Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts...*, op. cit., pp. 43 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Consitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 69.

551. Klaus Schlaich, *El Tribunal Consitucional Federal Alemán...*, p. 169.

y acción de cumplimiento— ambas Salas se pronuncien en el fondo sobre un mismo derecho constitucional, con fallos eventualmente contradictorios<sup>552</sup>. Es el caso de una sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional alemán, que resolvió en vía del control incidental de una norma sobre el aborto “*konkrete Normenkontrolle*”, y que fue posteriormente contradicha con otro proceso sobre idéntico caso, por una sentencia de la Primera Sala mediante un recurso de amparo constitucional “*Verfassungsbeschwerde*”<sup>553</sup>.

Lo que obliga a establecer, sin perjuicio del principio de independencia e igualdad de ambas Salas, que la resolución que vaya a cambiar el precedente constitucional materialmente establecido, deba ser resuelta en Sala Plena, a fin de mantener la unidad jurisdiccional de las resoluciones, en aras de la seguridad jurídica de la tutela de los derechos constitucionales de las personas<sup>554</sup>. Lo que no obsta, por supuesto, para el cambio de jurisprudencia, siempre que las Salas fundamenten expresamente las razones de hecho y de derecho constitucional en que sustentan su nueva decisión<sup>555</sup>. Se debe recordar que cuando este planteamiento fue incorporado al sistema del Tribunal Constitucional Español, Almagro Nosete señaló “surge así en nuestro Derecho la figura de la doctrina jurisprudencial de las Salas reunidas, que fue una de las innovaciones introducidas por el Código Civil italiano de 1942 más alabadas por los autores”<sup>556</sup>.

Ahora bien, la distribución de la carga procesal entre el Pleno y las dos Salas propuestas, requiere de la creación de una pequeña Sala mixta integrada con tres magistrados, que serían los encargados de decidir

- 
552. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, pp. 46 ss. Y 208 ss.
553. Jana Striezel, *Das “Kind als Schaden”- der Dissens im BverfG. (EuGRZ 1997, S. 635 ff)*, monografía para el Seminario de Derecho Público Comparado y de Filosofía del Derecho, Universidad de Bayreuth, a cargo de Peter Häberle, Semestre de Verano, Bayreuth, 1998.
554. Andreas Sattler, *Die Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§§ 14, BverfGE)*, en Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo I., *op. cit.*, pp. 104 ss.; asimismo; Friedrich Lauterjung, *Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte*, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau, 1932, reprint 1977, pp. 22 ss.
555. Manuel Pulido Quevedo, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, anotada con jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 121-12; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción constitucional en España...*, *op. cit.*, p. 70.
556. José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pp. 69-72.

acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de los acciones de inconstitucionalidad, conflictos constitucionales y recursos extraordinarios sobre garantías constitucionales que se presenten. Con un propósito no administrativo sino jurisdiccional, la pequeña Sala mixta debería depurar los expedientes que abiertamente no cumplan los requisitos de admisibilidad o de procedencia liminar, que sean manifiestamente improcedentes por carecer de contenido constitucional de demanda; ofreciendo al demandante, cuando lo acuerden los vocales y según la norma que debería crear esta institución, tres días para que subsane el defecto u omisión.

Este auto podría ser apelado sólo en un efecto. Esta pequeña Sala o Sección ha dado muy buenos resultados en la experiencia alemana, donde el 97% de los recursos de amparo ha sido resueltos por esta Comisión de tres jueces "*Dreierausschüsse*"<sup>557</sup>. En el caso de la jurisdicción española, las Salas antes que la *Sección* se han ocupado de resolver en la práctica la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, como parte de su carga procesal, que ha dado lugar a un debate y aporte tanto jurisdiccional como doctrinal<sup>558</sup>.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional, a través del Pleno y las Salas, encuentra en el sistema de votación y en la inmunidad por dichos votos, un instituto fundamental que la experiencia de la jurisdicción constitucional en el Perú, en sus dos versiones, ha mostrado graves fallas conceptuales en la legislación y práctica judicial, que a continuación vamos a plantear.

### 3 SISTEMA DE VOTACIÓN E INMUNIDAD JUDICIAL

La aplicación judicial del derecho constitucional, ha sido planteada toscamente por el positivismo jurídico como la subsunción del hecho a la norma jurídica, donde la interpretación constitucional apenas ha ocupado un rol como hermenéutica jurídica. En todo caso, siempre se ha asegurado la inmunidad sobre los votos y opiniones de los jueces, como una garantía de la

557. Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, op. cit. § 93, 3, notas 42-52; Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., pp. 174-175; asimismo, Dieter Umbach, Thomas Clemens (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, § 93 c, pp. 1335-1349.

558. Ignacio Díez-Picazo, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, CEC, 1996, pp. 25-37; Antonio Cano Mata, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 48-50.