

PRIMERA PARTE

EVALUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El rol de los tribunales constitucionales en las democracias desarrolladas, como en Alemania, España, Italia, Francia, entre otros países, es tan importante para el desarrollo democrático y social, que no se concibe contemporáneamente la existencia de esos Estados democráticos sin una jurisdicción constitucional. Ello se debe a que las cortes constitucionales se han constituido en las entidades garantes de que los demás poderes del Estado respeten la Constitución, lo cual supone que los tribunales han cumplido con su rol de limitar al poder, en particular mediante el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales, aunque no siempre haya sido pacíficamente¹.

En otras democracias avanzadas, con tradiciones jurídico-sociales diferentes, como en Inglaterra, Estados Unidos, Suiza o los países escandinavos, donde no se cuentan con tribunales constitucionales, han sido los tribunales supremos los encargados de cumplir con las tareas de la jurisdicción constitucional; es decir, proteger los derechos fundamentales y limitar los excesos de los poderes públicos y privados. Postulados que se insertan en la tradición anglosajona, la cual ha señalado con toda claridad que: “el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”².

Luego de la *perestroika* en la ex-Unión Soviética y la caída del muro de Berlín en 1989, el avance de la democracia en los viejos países de Europa

-
1. Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, CEC, 1984, pp. 599-649, y; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Madrid, Marcial Pons 1996, pp. 823 ss.
 2. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991, p. 37; asimismo, Boris Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1936, pp. 1- 47; Adolfo Posada, *El régimen constitucional*, Madrid, Librería Suárez, 1930, pp. 91 ss.; y; Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, pp. 88 ss.

oriental como Rusia, Polonia, Hungría, Bulgaria, y en los nuevos países como las repúblicas Bálticas, Checa, Eslovenia, Croacia, Macedonia, Serbia, han dado lugar a que incorporen en sus nuevas constituciones la institución de la justicia constitucional. Si bien la economía social de mercado es un objetivo clave de estos procesos constitucionales, también la protección de los derechos fundamentales, la democracia pluralista y el control y balance de poderes constituyen los soportes del nuevo sistema político, motivo por el cual dichas constituciones han creado tribunales constitucionales, que ofrecen el marco garantizador de lo que se ha venido a denominar como constituciones abiertas³.

Asimismo, con el término de las dictaduras militares en América Latina, los procesos democráticos se reflejaron institucionalmente en nuevas constituciones, que han incorporado la jurisdicción constitucional, como un baluarte de protección a la Constitución, tanto en la forma de control difuso como en Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela o, como en la forma de control concentrado en torno a tribunales constitucionales en el caso de Bolivia, Colombia, Perú y Chile —aunque creada en 1970, fue clausurada por el golpe de Estado de Pinochet en 1973 hasta el restablecimiento del régimen democrático—⁴. Sin embargo, en términos generales, el rol que vienen jugando en la afirmación del Estado democrático es aún modesto.

En el Perú se puede advertir que el Tribunal Constitucional no ha podido constituirse en una pieza clave del Estado democrático, como en las democracias avanzadas, debido a que, cuando dicho tribunal ha declarado inconstitucionales algunas leyes dictadas por el gobierno del Presidente Fujimori, ha sido clausurado o anulado. Así, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue cerrado por el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992, mientras que su mayoría parlamentaria, en 1997, destituyó a tres magistrados del Tribunal Constitucional e inició investigación parlamentaria contra el Presidente del mismo, lo que originó su renuncia. Quedó de este modo inoperante la atribución esencial de un Tribunal Constitucional: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

-
3. Carlos Flores Juverías (director), *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, CEC, coedición Edicions Alfons el Magnànim y Generalitat Valenciana, Madrid y Valencia, 1997; asimismo, Peter Häberle, *Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, revista de la Maestría en Derecho Constitucional, 1995, PUCP, Fondo Editorial, Lima, pp. 141-165.
 4. Humberto Nogueira, *La jurisdicción constitucional en Chile*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 540.

Tal estado de cosas no supone necesariamente que la justicia constitucional peruana, en sus dos versiones, se haya caracterizado por un ejercicio jurisdiccional totalmente legítimo y sin observaciones. Por el contrario, hubieron críticas y preocupantes observaciones de sus propios magistrados⁵, como de la comunidad académica⁶, acerca de la inhibición de la propia jurisdicción constitucional o incluso desprotección de algunos derechos fundamentales, que ciertamente han dado lugar al autodebilitamiento del Tribunal Constitucional.

En tal sentido corresponde hacer un balance del rol orgánico y del quehacer de la jurisdicción constitucional, en sus dos periodos. Pero, el análisis de la jurisprudencia y la exégesis de la norma constitucional, deben estar vinculados con el proceso concreto de democratización peruano, en el cual adquiere sentido la tarea jurisdiccional de control del gobierno por parte del Tribunal Constitucional. Sobre todo cuando nunca antes como ahora el ejercicio del poder político gubernamental amenaza y cuestiona la propia existencia del control constitucional de las leyes del sistema constitucional peruano. Como se evidencia en el mencionado proceso de acusación y destitución de magistrados constitucionales.

Esta actitud gubernamental supone la falta de entendimiento, por parte del poder, del rol que le corresponde jugar a un Tribunal Constitucional en un sistema democrático, en tanto garante de la división y balance de poderes⁷ y de la protección de los derechos fundamentales⁸. Dicho en otras palabras, muestra los límites del control constitucional del frágil Estado de Derecho peruano, administrado por las mismas autoridades que en 1992 no tuvieron reparo en quebrantar la institucionalidad constitucional, clausurando entre otros organismos constitucionales al Tribunal de Garantías Constitucionales,

-
5. Delia Revoredo, *Los retos actuales del Tribunal Constitucional*, en LTC N° 12, CAJ, Lima, 1996, pp.153-158; Manuel Aguirre Roca, *La razón principal del fracaso del TGC*, en *Themis* 20, Lima, 1991, pp. 7-12.
 6. V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996; en particular las ponencias de la Comisión de Jurisdicción Constitucional.
 7. Mauro Cappelletti, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, mayo-agosto, Madrid, CEC, 1986, pp. 9-46; Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, REDC, Año 2, N° 5, Madrid, CEC, 1982, pp. 35-61; asimismo, Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 11 ss.
 8. Peter Häberle, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, trabajamos con la siguiente versión al castellano: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, y; AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 15-52.

por considerar que sus resoluciones no eran conformes con el proyecto político y económico, promovido por el gobierno y los poderes fácticos.

Pero, la naturaleza política que han alcanzado emblemáticos procesos constitucionales, dan cuenta del estado de los derechos y libertades públicos de los últimos tiempos⁹, como las detenciones arbitrarias de generales en retiro por ejercer la libertad de expresión, las torturas y asesinatos de agentes del Servicio de Inteligencia Nacional por supuesta delación, las escuchas telefónicas ilegales a la oposición política, el retiro de la nacionalidad peruana y de la propiedad del canal 2 de televisión a un empresario israelí nacionalizado peruano y que devino en opositor al gobierno, las denuncias militares contra jueces y vocales constitucionales y, en particular, la destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional, entre otros sonados casos, son un ataque frontal a la jurisdicción de la libertad por parte de las autoridades políticas y militares.

En este sentido, se puede señalar que el proceso de implementación de la justicia constitucional ha sido largo y en los últimos tiempos accidentado. Sobre todo a partir del gobierno de Fujimori, en el que se han expuesto argumentos jurídico-políticos que pretenden eximir al poder, sea político o militar, de someterse a las reglas democráticas del control constitucional, para lo cual se ha contado con la anuencia de la mayoría parlamentaria en el Congreso, y de la Corte Suprema en el Poder Judicial.

Esta situación, ha dado lugar a un limitado debate público de carácter jurídico-constitucional. Donde ha existido ausencia o escasez de argumentos sobre las relaciones entre el derecho y la política, la posición de Tribunal Constitucional en la división y control entre los poderes, la eficacia de las resoluciones del tribunal. Lo cual sugiere revisar los fundamentos de la justicia constitucional en el Perú, cara a su vigencia real y no sólo normativa. Todo ello estrechamente vinculado al grado de legitimidad de la justicia constitucional, en particular del Tribunal Constitucional, que no ha alcanzado en la opinión ciudadana el respeto que deben irradiar sus sentencias sobre los poderes público y privado.

9. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1997*, CNDH, Lima, en <http://www.derechos.org/cnddh/informes/1997.html>; U.S. Department of State, *Peru country report on human rights practices for 1997*, Washington, 1998, en http://www.state.gov/www/global/humans_rights/1997_hrp_report/peru.html; asimismo, revisar Human Rights Watch/Americas, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en el mundo 1996*, Washington, Human Rights Watch, 1996, pp. 71-74.

En efecto, la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones legales e interpretaciones hiperformalizadas, que constantemente contradicen la realidad. Por ello, las normas constitucionales y legales que regulan al Tribunal Constitucional, tienen que fortalecer la función de limitación del gobierno por el derecho, es decir, defendiendo el orden y los valores constitucionales, propios de los principios de la supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo¹⁰.

Por ello, debe quedar sentado que la jurisdicción constitucional ejerce sus funciones entre el derecho y la política¹¹, lo que a menudo produce colisiones intrasistémicas en los países con democracias asentadas, mientras que en otros —como el Perú— se crean tensiones contrasistémicas, no sólo entre el Tribunal Constitucional y los demás poderes del Estado a quienes controla, sino también en torno a su relación con el poder constituyente.

En tal sentido, para comprender a cabalidad el rol de la jurisdicción constitucional en el Estado democrático, en primer lugar, es necesario identificar el proceso de aparición de la justicia constitucional en los países de modernización constitucional clásicos, tanto en su vertiente anglosajona como en su variante europea-continental; en segundo lugar, se analiza el proceso de formación del Estado constitucional peruano contemporáneo, marco en el cual fracasa la experiencia de justicia constitucional peruana de la Constitución de 1979, y se abre a un segundo ensayo de jurisdicción constitucional con la Constitución de 1993, que parcialmente es desactivada por el poder autocrático del gobierno, cuando intenta realizar el control de la constitucionalidad de las normas legales límite.

Para entender esta situación presente, en tercer y cuarto lugar, se evalúa el surgimiento y el desarrollo de la justicia constitucional peruana, que ha transitado desde el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1979 hasta el modelo de jurisdicción constitucional de la Constitución de 1993. Proceso que tiene su principal punto de ruptura en la quiebra, en 1992 del ordenamiento constitucional. Debido a que desde entonces, cual Caja de Pandora, la nuda voluntad política del poder de turno ha invadido el derecho

10. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, 1979, pp. 93-118.

11. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política*, en *Universitas*, revista alemana de Letras, Ciencias y Arte, Vol. IV, N° 2, Stuttgart, 1966, pp. 125 ss., y del mismo autor, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 35-65.

y la justicia, convirtiéndose casi en la única verdad legal. Atrapar y encerrar en el marco de la Constitución a los indómitos poderes de *iure* y de *facto*, constituye el gran desafío del cambio de siglo, debido a que cuando la jurisdicción constitucional lo ha intentado, sólo ha logrado su clausura o estrangulamiento, como se analiza en quinto lugar.

Con lo planteado se quiere recuperar los fundamentos del origen de la jurisdicción constitucional en el seno del Estado de Derecho, y su desarrollo en las experiencias comparadas, en tanto expresaron la institucionalización de la idea de que la legitimidad democrática del poder sólo se justifica a partir de la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición política y del respeto de las minorías sociales. Principio democrático que constituye el fundamento de la jurisdicción constitucional. Pero este postulado requiere verificarse en los orígenes y la experiencia de las dos etapas de la jurisdicción constitucional peruana, que sin perjuicio del modelo de jurisdicción constitucional que se ha consagrado en la última Constitución de 1993, deja percibir profundos problemas entre la soberanía jurídica del Tribunal Constitucional y la soberanía política del gobierno. Escenario que se proyecta en el mediano plazo y que limita gravemente la labor de control constitucional del Tribunal Constitucional.