

## TERCERA PARTE

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DIVISION DE PODERES

La actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, requiere no sólo del fortalecimiento democrático de los mecanismos de selección de los magistrados constitucionales, la organización funcional de su labor judicial y del otorgamiento de garantías sobre su actividad jurisdiccional, así como de una teoría constitucional de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional, sino que también es necesario que construya su legitimidad jurisdiccional a partir de sus propias resoluciones —*judicial accountability*—<sup>1</sup>. En tal sentido, la legitimidad judicial del Tribunal Constitucional sólo es posible de obtener en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos, pero es evidente que el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial, no constituyen organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional, sino que, por el contrario, a menudo presentan conflictos de diferente embergadura, que ponen de manifiesto la difícil tarea que tiene el Tribunal Constitucional para ocupar un lugar en el sistema de división de poderes tripartito<sup>2</sup>.

Es del caso recordar que, si bien la división del poder como garantía de la libertad es constitutivo del Estado democrático moderno<sup>3</sup>, no se puede afirmar que el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. En la medida que han sido razones históricas y políticas las que originaron este sistema de división tripartita del poder, es que se puede afirmar que en la actualidad hay poderosas razones que han creado la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los

- 
1. Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Chicago, Nelson-Hall Publisher, 1988, pp. 6 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., pp. 823-825.
  2. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes...*, op. cit., pp. 29 ss. y 57 ss.; Manuel García Pelayo, *El «status» del tribunal constitucional*, en REDC, N° 1, 1981, art. cit., p. 20; Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, 1986, op. cit., pp. 9-46; asimismo, Fernando Díez Moreno, *El equilibrio de poderes en las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Monografías 4, 1986, pp. 27 ss.
  3. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., p. 126.

hombres de las propias autoridades de los tres clásicos poderes del Estado, creando nuevos órganos de naturaleza constitucional<sup>4</sup>. De ahí que el control de las normas legales y judiciales, que afectan los derechos fundamentales, sean materia de impugnación y anulación ante el Tribunal Constitucional, quien al ejercer la función de control constitucional, ha llevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

Pero, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos, la que crea conflictos institucionales, sino que son los peligros fundados contra la libertad por parte de las autoridades, las que dan lugar a dicho conflicto, llegando a veces a tener profundas repercusiones políticas. Por ello, la declaración de inconstitucional de las normas, no busca sustituir la forma de gobierno, pero sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes.

Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Parlamento no es más el poder absoluto y no justiciable, y en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no pone en cuestión el balance de poderes, sino que lo afirma. Lo cual no es óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces<sup>5</sup>, sin embargo, aún cuando siempre existe el peligro de hacer política con la justicia, lo que supone terminar politizando la justicia<sup>6</sup>, no existen conflictos extrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, en las sociedades democráticas avanzadas; por el contrario, la actuación judicial unas veces moderada y otras *normativista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos, que hacen en todo caso discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad<sup>7</sup>. Logrando así afirmar su legitimidad constitucional, gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública<sup>8</sup>.

- 
4. Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 604–614; asimismo, Domingo García Belaunde, *Perfil del Parlamento Peruano*, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo II, *op. cit.*, pp. 950–952.
  5. Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard & C., 1921, pp. 8-29.
  6. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 154 ss.
  7. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, *op. cit.*, p. 417.
  8. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, *op. cit.*, pp. 77 ss.; asimismo, Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System...*, *op. cit.*, pp. 342 ss.

En ese sentido, se puede decir que la experiencia del funcionamiento de la justicia constitucional en el Perú, demuestra que el Tribunal Constitucional no ha logrado ocupar una posición definida en el régimen político, no obstante que el sistema constitucional haya establecido sus fines y competencias. Lo cual refleja que no basta que la jurisdicción constitucional esté incorporada mejoradamente en la Constitución de 1993, o que los magistrados constitucionales se inmolan en el cumplimiento de los fines del control constitucional, como en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial de Fujimori. Sino que además es necesario que el Tribunal Constitucional reconstruya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino del modelo de control y balance de poderes —*check and balances*—<sup>9</sup>, lo cual requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica, debido a que pone en tensión las relaciones entre el derecho y la política<sup>10</sup>.

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional ha logrado jugar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes democráticos, sin perjuicio de algunos problemas institucionales en el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no es un concepto uniforme, sino que en las sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran básicamente dos formas distintas de entenderla. Así tenemos que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político: una posición dogmática basada en un absolutismo de la mayoría numérica, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad son consustanciales al sistema. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean sólo instrumentos de sus fines y objetivos; mientras que para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se trate de una obra abierta y en movimiento, orientada al limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.

Pero en etapas de crisis sociales y cambios políticos, es necesario “tomar conciencia de las concepciones falsas de la democracia, en la actualidad

- 
9. Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 140 ss.
  10. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 125 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes...*, op. cit., pp. 11-25.

ampliamente utilizadas como pantalla engañosa para enmascarar transformaciones constitucionales, que son democráticas solamente en el sentido de la falsa amistad con la democracia”<sup>11</sup>.

De allí que en sociedades desintegradas y poco institucionalizadas, la autocracia muchas veces se convierte en abanderada demagógica de la democracia; sustituyendo los fundamentos de la democracia representativa por las prácticas transitoriamente eficaces del orden económico y la paz social conquistadas o incluso la democracia plebiscitaria. Por eso “establecer una marcada línea divisoria entre lo democrático y lo autoritario puede hacer perder de vista que las fronteras de estos regímenes muchas veces se superponen”<sup>12</sup>. En efecto, en América Latina, cuando a menudo las dictaduras civiles o las dictaduras militares se han levantado en contra de la democracia representativa, lo han hecho bajo la consigna “abajo las instituciones, ¡viva el pueblo! Este podría ser el lema de los demagogos de nuestro tiempo: un lema que es un arma poderosa porque asume el lenguaje de la democracia radical y se dirige, para arrollarlo, contra todo aquello –Parlamento, instancias y procedimientos de debate, control y garantía– que hace perder tiempo, y parece dispersar y volver vana la fuerza pura que proviene del pueblo”<sup>13</sup>

En ese sentido, la posición del Tribunal Constitucional en el régimen político, no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral con la democracia, sino desde la defensa y desarrollo de las relaciones integradora del gobierno y la oposición; para lo cual la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, en tanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional, en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites del presidencialismo. Así como de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial<sup>14</sup>.

- 
11. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 114.
  12. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., p. 126; asimismo, Juan Ferrando Badía, *Democracia frente a Autocracia. Los tres grandes sistemas políticos. El democrático, el socialmarxista y el autoritario*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 240 ss.
  13. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 117.
  14. Luca Mezzetti, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Dogana, Maggioli editore, 1992, pp. 243 ss.