

EL PARLAMENTO Y LA ELECCIÓN DE JUECES CONSTITUCIONALES

Raúl Gutiérrez Canales



Serie
Cuadernos de
Capacitación
Parlamentaria Número 4

**EL PARLAMENTO Y LA
ELECCIÓN DE JUECES
CONSTITUCIONALES**

Raúl Gutiérrez Canales

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, grabación u otros medios métodos sin el permiso previo y por escrito del autor.

© Congreso de la República del Perú
© Dr. Mario Raúl Gutiérrez Canales

EDICIÓN

Centro Estudios Constitucionales y Parlamentarios
Mayo de 2021

JEFA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Sara Adelaida Esteban Delgado

COORDINADOR DE LA EDICIÓN

Samuel Abad Párraga, profesional del Servicio Parlamentario

FOTO DE CARÁTULA

Archivo del Congreso de la República

DIAGRAMACIÓN

Silvia Vásquez Trujillo, diseñadora de la Imprenta del Congreso de la República
Imprenta del Congreso de la República
Jr. Junín 330 - Lima
Mayo, 2021

DISEÑO DE CARÁTULA

Julio Acosta Arista

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-03933

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Edificio Complejo Legislativo.
Av. Abancay 251, oficina 204, Lima - Perú.
Telf. 311-7777, anexo 7688.
cecp@congreso.gob.pe
<http://www.congreso.gob.pe/cecp>



*A mis padres, Julia (†) y Magno,
con gratitud y con el ánimo de que sientan
que sus esfuerzos no fueron en vano.*

CONTENIDO

Prólogo.	11
Presentación.	15
Introducción.	17

PARTE I:	
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y SU INFLUENCIA EN EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES	19

1.1.	Rigidez y evolución del principio de separación de Poderes.	21
1.2.	La vigencia de los derechos fundamentales y el principio de separación de poderes.	23
1.3.	La justicia constitucional y el cambio de paradigma.	26
1.4.	La legitimidad del Tribunal Constitucional en la defensa de la norma constitucional.	30

PARTE II:	
LA LABOR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	35

2.1.	La particularidad de las normas constitucionales.	37
2.2.	La repercusión de la interpretación constitucional.	39

PARTE III:	
EL RECONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN	41

3.1.	El valor definitivo de las sentencias constitucionales.	43
3.2.	La ejecución de los fallos constitucionales.	46

PARTE IV:	
LA INTERVENCIÓN DEL PARLAMENTO EN LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES	51

4.1.	La validez de la intervención parlamentaria.	53
------	--	----

4.2.	Los inconvenientes en la participación del Parlamento.	57
4.3.	La prórroga de plazo por falta de elección.	59
4.4.	El período del mandato.	64

PARTE V:
EL PARLAMENTO Y EL PROCESO DE ELECCIÓN
DE JUECES CONSTITUCIONALES EN LA
EXPERIENCIA EXTRANJERA 67

5.1.	El Tribunal Constitucional Federal de Alemania.	69
5.2.	La Suprema Corte de los Estados Unidos.	72
5.3.	La Corte Constitucional de Colombia.	74
5.4.	El Tribunal Constitucional de Chile.	78
5.5.	La intervención parlamentaria en otros países.	81
5.6.	La presencia del Parlamento en la elección de magistrados.	83

PARTE VI:
EL PARLAMENTO Y LA ELECCIÓN DE
MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL PERÚ 87

6.1.	El modelo del tribunal de garantías constitucionales.	89
6.2.	La injerencia política y la jurisdicción constitucional.	94
6.3.	El estatuto del proceso de elección de magistrados constitucionales aplicado hasta el 2020.	99
6.4.	La elección de magistrados constitucionales en la experiencia peruana.	102
6.4.1.	El frustrado proceso de elección de 1995.	102
6.4.2.	El proceso de elección de 1996.	103
6.4.3.	El proceso de elección de 2002.	106
6.4.4.	El proceso de elección de 2004 y 2005.	108
6.4.5.	El proceso de elección de 2007: la nulidad por el caso Ríos Castillo y la nueva votación.	111
6.4.6.	El proceso de elección de 2009 y 2010.	117
6.4.7.	El proceso de elección de 2013: difusión de audios y nulidad del nombramiento.	120
6.4.8.	El proceso de elección de 2013 y 2014.	124
6.4.9.	El proceso de elección de 2017.	128
6.4.10.	El proceso de elección de 2019: repercusión política y conclusión en el Congreso de 2020.	131
6.4.11.	El proceso de elección de 2020: nuevas reglas y la interrupción de la selección.	143

**PARTE VII:
EL BALANCE DE LOS PROCESOS PARLAMENTARIOS
DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES
Y LA REFORMA LEGAL DE 2020**

149

7.1.	Los miembros de la comisión especial del Congreso de la República.	154
7.2.	La publicidad de las condiciones para ser magistrado Constitucional.	155
7.3.	La información de los postulantes y la tramitación de las tachas.	157
7.4.	El trabajo de la comisión especial del Congreso de la República.	159
7.5.	La decisión del Pleno del Parlamento.	164
7.6.	La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2020 y el nuevo reglamento de selección.	167

**PARTE VIII:
PROPUESTA DE REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA
PARLAMENTARIO DE ELECCIÓN Y COMPOSICIÓN
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

179

8.1.	La necesidad de reformar el sistema de elección y composición del Tribunal Constitucional.	181
8.2.	Los elementos de la reforma integral del sistema de elección y composición del Tribunal Constitucional.	183
8.2.1.	El reglamento especializado y la evaluación objetiva.	183
8.2.2.	El principio de transparencia.	184
8.2.3.	El requisito de la trayectoria democrática y la conducta intachable.	186
8.2.4.	La continuidad de la intervención del Parlamento y la reforma de la comisión especial seleccionadora.	191
8.2.5.	La ampliación del número de magistrados.	195
8.2.6.	La extensión del período del mandato y la renovación parcial de magistrados.	198
8.2.7.	El enfoque de género en la composición del colegiado.	199
8.2.8.	Medidas inconsistentes con el modelo: La suplencia y el límite de edad.	204
8.2.9.	La promoción de la cultura constitucional.	205
	Epílogo.	209
	Lista de referencias.	211



PRÓLOGO

Desde el retorno al sistema democrático, hace casi dos décadas, el Tribunal Constitucional del Perú, con sus sentencias y resoluciones, ha contribuido innegablemente al cumplimiento de los mandatos constitucionales por los poderes públicos y privados, lo que comprende no solo la plena observancia de sus disposiciones en el ámbito de las reglas de juego institucionales y de la cuestión del poder, sino también el respeto cabal de los derechos fundamentales de los ciudadanos con miras a su pleno ejercicio.

En ese sentido, el Tribunal, desde su posición de garante de la supremacía constitucional y de la tutela efectiva de los derechos fundamentales, ha coadyuvado de manera significativa a la reconfiguración del ordenamiento jurídico en clave constitucional. Ello se aprecia con claridad en todos aquellos casos en los cuales el Tribunal ha resuelto las controversias con base en la fuerza normativa de los distintos principios, reglas y valores constitucionales.

Así, en los casos resueltos a través de sentencias que ostentan los mayores niveles de vinculatoriedad, según corresponda, es importante destacar no solo lo finalmente decidido, de estricto cumplimiento para las partes, sino también, en forma especial las razones que sustentan la decisión y que son igualmente aplicables en casos similares.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional ha resuelto conflictos jurídico-constitucionales entre los poderes del Estado y órganos constitucionales, pero también ha contribuido efectivamente a que la aplicación e interpretación del derecho ordinario, realizada por los órganos competentes, no se encuentre reñida con los alcances de los principios constitucionales y derechos fundamentales.

Son las sentencias del Tribunal Constitucional, emitidas en el marco de los procesos de inconstitucionalidad y procesos competenciales o aquellas expedidas en última y definitiva instancia al resolver controversias constitucionales en materia de derechos fundamentales, las que expresan qué es dicho Tribunal, como suele ser ampliamente reconocido: el órgano de cierre de la interpretación constitucional, lo que en el caso peruano tiene como base normativa el artículo 201 de la Constitución Política y el artículo 1 de su Ley Orgánica.

Dada la especial relevancia de la justicia constitucional, la temática de la legitimidad de origen y de ejercicio del Tribunal Constitucional se encuentra directamente relacionada con las funciones que ejerce dicho Tribunal en el sistema democrático: el respeto de las reglas de juego institucionales establecidas en la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Mientras que la legitimidad de ejercicio depende, en principio, de la propia actuación del Tribunal Constitucional meditada, prudente y leal a la Constitución, ajena a cualquier tipo de influencia externa en la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, la legitimidad de origen constituye un aspecto crucial preestablecido o predeterminado constitucionalmente y en el que cobra una innegable importancia el adecuado ejercicio de las competencias del Congreso de la República.

Nos encontramos ante un mecanismo de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional con el Congreso de la República como actor principal, a fin de garantizar con ello, en principio, la legitimidad democrática de la elección, si bien de forma indirecta.

Dicha legitimidad de origen ha sido muchas veces cuestionada fundamentalmente por la forma en la que el Congreso de la República ejerce dicha atribución constitucional, por cuanto se visibiliza, sobre todo en los últimos años, un cuestionamiento ciudadano al mecanismo de selección de los magistrados y que incluso se ha manifestado en protestas que han logrado detener la elección de los jueces del Tribunal Constitucional.

Como es el caso de la frustrada elección de magistrados en el año 2013, cuando la ciudadanía organizada expresó abiertamente su descontento por la forma en la que se venía realizando la selección de los candidatos, lo que dio lugar a que dicho proceso quedase sin efecto y se realizara después una nueva elección.

Más recientemente, hace más de un año, en el contexto del enfrentamiento y entrapamiento políticos suscitados entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, se hizo cuestión de confianza sobre la modificación de las reglas referidas a la elección de los candidatos a jueces del Tribunal Constitucional, establecidas en su Ley Orgánica, lo que finalmente desembocó en el cierre del Congreso y en la convocatoria a la elección de nuevos parlamentarios.

Precisamente, cabe mencionar que el artículo 8 de dicha Ley Orgánica, que regula el proceso de selección de los magistrados del Tribunal, ha sido modificado hasta en cuatro oportunidades: primero en 2006, luego en dos oportunidades en 2012 y, por último, en julio de 2020.

No obstante lo anterior, considero que las auténticas reformas en esta materia deben garantizar efectivamente la transparencia, publicidad, objetividad, mérito profesional y cualidades democráticas de los futuros magistrados en atención a la especial relevancia de la justicia constitucional para la institucionalidad democrática del país y la tutela de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los que pertenecen a los colectivos más vulnerables.

Por ello, son indispensables las aportaciones rigurosas que sobre el particular pueda realizar la comunidad académica en el ámbito del derecho constitucional, especialmente desde nuevos enfoques y perspectivas que permitan una comprensión cabal e integral del fenómeno objeto de análisis. Asimismo, dichas contribuciones deben ser resultado de las reflexiones académicas, sólidas, escrupulosamente construidas y justificadas sobre esta temática tan compleja y relevante para la vida en común.

Tal es el caso de la obra que ha realizado el doctor Raúl Gutiérrez Canales, titulada «El Parlamento y la elección de los magistrados constitucionales». En esta obra, su autor tiene como propósito fundamental analizar a profundidad la legitimidad del Tribunal Constitucional en su calidad de guardián de la Constitución y órgano de cierre de la interpretación constitucional, teniendo en consideración, además, para tal efecto, la naturaleza y alcances de sus decisiones jurisdiccionales.

Igualmente, la obra del profesor Gutiérrez ha cumplido con rigurosidad y solvencia las exigencias propias del proceso de investigación, en todas sus etapas y dimensiones, de lo cual ha resultado un trabajo académico estructurado en ocho capítulos bajo un hilo conductor que da cuenta de su coherencia y consistencia, acompañados además de un epílogo, y que expresan de manera clara, sólida y fundamentada las ideas y propuestas del autor.

Tales capítulos desarrollan las siguientes temáticas: «La jurisdicción constitucional en el sistema democrático y su influencia en el principio de separación de poderes» (Capítulo 1), «La labor de la interpretación constitucional» (Capítulo 2), «El reconocimiento del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución» (Capítulo 3), «La intervención del Parlamento en la elección de los magistrados constitucionales» (Capítulo 4), «El Parlamento y el proceso de elección de jueces constitucionales en la experiencia extranjera» (Capítulo 5), «El Parlamento y la elección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú» (Capítulo 6), «El balance de los procesos parlamentarios de elección de magistrados constitucionales y la reforma legal de 2020» (Capítulo 7), y «La propuesta de reforma integral del sistema parlamentario de elección y composición del Tribunal Constitucional peruano» (Capítulo 8).

Gutiérrez Canales destaca la importancia de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional en la medida que la conformación resultante del colegiado jugará un papel clave y crucial en el ejercicio de sus competencias al resolver los casos constitucionales.

Del mismo modo, en esta investigación, el autor ha desarrollado prolijamente el estudio de este proceso, identificando cuáles son las razones que justifican dicha modalidad. Asimismo, ha presentado los argumentos de crítica que subyacen a este modelo y que coadyuvarían a plantear alternativas para que las dificultades que se suscitan cuando esta se lleva a cabo puedan ser superadas o corregidas.

En esta obra también podemos encontrar un análisis detallado sobre la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional bajo el marco de la Constitución Política de 1993, identificándose aspectos comunes, diferencias, pero, sobre todo, patrones que pusieron en entredicho la elección de los magistrados en claro respeto a los mandatos de la Norma Fundamental.

Así, el autor relievra, entre los principales problemas advertidos, el carácter informal y la falta de previsibilidad en el mecanismo parlamentario de selección de los magistrados, lo que, según propone, tendría como causa directa su falta de regulación adecuada en la normativa parlamentaria relativa a dicho proceso de selección, así como la escasa transparencia de la actuación de la comisión especial designada para tal efecto.

En la obra se expresa de manera clara y justificada cuáles son los retos pendientes en la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional que, a su vez, son razones de fondo que impiden garantizar plenamente que dicha elección se realice en estricto apego a los mandatos constitucionales.

En esa orientación, el profesor Gutiérrez explica que en la realidad los congresistas no promueven una elección plural, que incluya la participación de otros organismos públicos. Asimismo, en la obra se plantea que tampoco se han configurado las condiciones para fomentar una auténtica participación ciudadana en el proceso de selección de magistrados constitucionales. En ese sentido, se ha advertido en la investigación la falta de una adecuada regulación para el trámite de tachas a los candidatos y para la celebración de audiencias públicas.

A ello, habría que añadir, según se indica en la obra, las dificultades en el acceso a la mayor información posible sobre los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, al igual que las restricciones para conocer a fondo los alcances del trabajo realizado por la comisión especial de selección del Congreso de la República.

Al respecto, a partir de las evidencias halladas durante la investigación, el doctor Gutiérrez defiende la necesidad de una reforma integral del mecanismo de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional, teniendo en consideración, de corresponder, las aportaciones de las experiencias comparadas que puedan ser relevantes.

Entre los aspectos más trascendentes de dicha propuesta se encuentran aquellos relacionados directamente con las etapas del proceso de selección, como la elaboración de un reglamento especializado que tenga como principal objetivo la realización de una evaluación objetiva e imparcial de los candidatos y la incorporación de mecanismos que aseguren la transparencia de dicho proceso.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, el profesor Gutiérrez destaca la reconocida competencia, trayectoria democrática y conducta intachable. Asimismo, respecto a la comisión especial, el autor plantea que esta tenga una nueva conformación, de carácter plural, y que incluya la participación de organismos competentes o vinculados con la defensa de los derechos fundamentales, al igual que de la sociedad civil.

En cuanto al diseño del Tribunal Constitucional, la obra propone la ampliación del número de magistrados, que se extienda también el periodo del mandato, que se incorpore la figura de la renovación parcial y de magistrados suplentes, el límite de edad en el cargo, así como la aplicación del enfoque de género en la composición del Tribunal.

Estos planteamientos, sólidamente desarrollados por el profesor Gutiérrez en este libro, a su vez, se enmarcan en una decidida apuesta por la promoción de una cultura constitucional en el país, a fin de garantizar la participación activa y efectiva de la ciudadanía en democracia, conocedora de sus derechos y deberes, vigilante e informada respecto de los asuntos de interés público y las decisiones sobre lo común.

Por ello, estoy convencida de que esta obra aporta valiosas reflexiones y propuestas para el debate académico de la comunidad jurídica, para la teoría y práctica del derecho constitucional, pero también para la vida institucional del país y el fortalecimiento de la participación ciudadana.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

PRESENTACIÓN

«El Parlamento y la elección de jueces constitucionales», trabajo realizado por el Dr. Raúl Gutiérrez Canales para Cuadernos de Investigación Parlamentaria n.º 4, que edita el Centro de Estudios Constitucionales del Congreso de la República (CECP), es un aporte significativo a un asunto de trascendencia en el ámbito de las competencias del Poder Legislativo.

Desde la configuración original del Tribunal Constitucional, hace un siglo, el Parlamento cumplió un rol esencial en la definición de sus integrantes, situación que se ha extendido alrededor del mundo hasta la actualidad, tanto en los sistemas que cuentan con un tribunal autónomo de la jurisdicción ordinaria, como en aquellos donde las altas cortes del Poder Judicial ejercen el control de constitucionalidad. Esta realidad tiene justificación en la legitimidad reforzada que debe ostentar el colegiado jurisdiccional, considerando su posición de órgano de cierre, pacificador y ordenador en el desenvolvimiento del régimen democrático y el Estado Constitucional de Derecho.

Bajo tal consideración, el presente texto hace una revisión rigurosa de la totalidad de procesos de elección de miembros del citado tribunal, llevados a cabo en el Perú bajo la vigencia de la Constitución de 1993. Se analiza la importancia de la elección a partir de la repercusión jurídica y social de las decisiones que comprenden la jurisprudencia constitucional y la garantía de su efectivo cumplimiento, lo que da cuenta del indispensable compromiso que se debe exigir al Parlamento sobre la ejecución de un proceso de selección idóneo.

En la obra se reconoce que la intervención del Parlamento, aun cuando tiene sustento y validez, requiere la institucionalización de límites que brinden seguridad sobre la realización de un proceso con estricto respeto de principios como la meritocracia, transparencia e imparcialidad. La evidencia de los problemas presentados hasta hoy, la crítica fundamentada del autor y su visión integral sobre la materia, constituyen un incentivo cierto para llevar a cabo reformas progresivas que mejoren el actual modelo de elección.

Por ello, se puede destacar la atención al derecho comparado y la identificación de los elementos centrales en los procesos de elección que han sido recurrentes en la experiencia peruana. No solo se ha realizado un recorrido descriptivo sino, sobre todo, analítico y propositivo, que comprende propuestas razonables, en el marco de una investigación objetiva y especializada. Estos aspectos son decisivos para apreciar que el trabajo del Dr. Gutiérrez Canales es una fuente bibliográfica de necesaria observación para los próximos procesos de selección y, cómo no, para los ajustes legales que se tendrán que evaluar en el corto plazo.

A tenor de lo expuesto, es una satisfacción, como presidenta del Congreso de la República, presentar este libro, promovido por el CECP, cuyo objetivo es el fortalecimiento de la institucionalidad parlamentaria, mediante la implementación de iniciativas de formación académica y de publicaciones que contribuyan a la consolidación del régimen democrático que prevé la Constitución Política.

MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILIN

Presidenta (A.I.) del Congreso de la República

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, qué duda cabe, ha posicionado la fuente jurisprudencial en el Perú como una de ineludible observancia. Antes de su existencia, incluido su antecesor (el tribunal de garantías constitucionales), la jurisprudencia en materia constitucional, ni por asomo, tenía la repercusión social que hoy alcanza. Sus resoluciones han permitido una verdadera transformación en el campo de la interpretación de las leyes y la Constitución, tarea que, por supuesto, no ha sido ni es sencilla, si se considera su rol protagónico en el escenario del cambio de paradigma del principio de separación de poderes.

No obstante, a la par del reconocimiento de su labor trascendente, en los últimos tiempos hemos sido testigos de una serie de dificultades que el tribunal ha enfrentado, como consecuencia de un permanente cuestionamiento a la falta de solvencia de sus magistrados por haber sido elegidos como parte de un procedimiento con apreciable tinte político, antes que imparcial. Para ello, basta ver la profunda crisis política que enfrentó el Perú el 2019, que tuvo como corolario la disolución del Parlamento, como consecuencia del proceso de renovación de jueces constitucionales. En ese sentido, es incontestable que la institucionalidad del Tribunal Constitucional se ha visto afectada, lo que de ninguna manera se debería avalar si se tiene en consideración que el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional es un elemento esencial en los alcances estrictos del Estado de derecho y el régimen democrático.

En tal sentido, el presente trabajo se encarga de estudiar la legitimidad del colegiado constitucional, que descansa en su condición de guardián de la Constitución, de supremo intérprete de la misma y de la firmeza y carácter normativo de sus sentencias. A partir de allí, se apreciará el indispensable valor que reviste el proceso de elección de sus magistrados, como eje fundamental para garantizar una composición conforme con los objetivos del trabajo jurisdiccional que la Constitución ha encargado a la corporación.

Por ello, se ha analizado el aspecto central que genera las mayores controversias al modelo de selección de jueces constitucionales, cual es la intervención protagónica del Parlamento que, en buena cuenta, es un órgano de genuina orientación política. Para tales efectos, no solo se ha tomado en consideración el análisis teórico y los antecedentes del sistema de elección con participación del Poder Legislativo, sino también se han revisado algunos ordenamientos extranjeros, ya sea por su importancia o su relación cercana con el sistema peruano, con la finalidad de tener certeza sobre la validez de la citada competencia parlamentaria. Naturalmente, dicha evaluación no pasa solo por advertir y entender las razones de la alternativa de elección institucionalizada, pues también se ha tenido una mirada crítica a las dificultades que enfrenta, las que, ciertamente, pueden ser corregidas.

Así las cosas, se ha hecho un recorrido pormenorizado a la integridad de los procesos de elección de miembros del tribunal, que han tenido ocurrencia bajo la vigencia de la Constitución vigente. Luego de haberse hecho una descripción detallada de las experiencias según el año en que tuvieron lugar, se ha elaborado un balance, identificando los aspectos similares y diferentes entre ellos, así como una clasificación de características que, lamentablemente, no han sido nada armoniosas con el

mandato que la Carta Magna ha impuesto al Parlamento para designar, en el marco de un proceso objetivo, a los juristas más cualificados.

En tal entendido, se han apreciado problemas de informalidad y falta de previsibilidad en el procedimiento parlamentario; ello, como consecuencia de la insuficiencia normativa del estatuto de elección de magistrados y la poca transparencia con la que actúa la comisión especial encargada de la elección. Además, no existe un ánimo real por fomentar una elección plural, con participación de otros órganos públicos, y tampoco las condiciones para promover la participación ciudadana a través de un adecuado trámite de tachas y la realización de audiencias públicas, así como la eficacia del acceso a la información de los candidatos y de la labor del grupo de trabajo congresal.

Dicha evidencia constituye una fuente debidamente documentada para dar sustento a una propuesta adecuada de reforma que, claro está, no puede desatender sistemas jurídicos extranjeros que han implementado modificaciones al modelo y que bien pueden ser útiles para complementar el caso peruano. En todo supuesto, y a la luz de lo investigado, somos de la opinión que una proposición que supere los inconvenientes del régimen actual y genere una selección idónea de magistrados, requiere necesariamente de una reforma integral.

Cuando nos referimos a una reforma integral, pensamos en todas aquellas condiciones que deben existir para limitar el poder parlamentario y asegurar una selección imparcial, que contribuya decididamente a la legitimidad de ejercicio con que debe contar el tribunal de modo permanente para ejecutar sus decisiones con plena autoridad y libertad.

Finalmente, la investigación y el aporte que se exponen, no desatienden de ninguna manera la necesidad de que se generen políticas de impulso a una cultura constitucional en el país; esto, por cuanto la regulación de límites y participación democrática, solo pueden tener éxito en el contexto de una sociedad oportunamente informada y resueltamente consciente de que sus derechos actúan como contrapeso al poder estatal, más aún si las decisiones de este último inciden en el sistema de administración de justicia.

PARTE I
LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL EN EL
SISTEMA DEMOCRÁTICO Y SU
INFLUENCIA EN EL PRINCIPIO
DE DIVISIÓN DE PODERES

1.1. RIGIDEZ Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

La teoría de la división de poderes, en cuanto a su mayor difusión alrededor del mundo, seguramente tiene como su más reconocido pensador a Montesquieu, quien en su obra *El Espíritu de las leyes* de fines de la primera mitad del siglo XVIII, y tomando como base el modelo político inglés, planteó la necesidad de la coexistencia horizontal de tres poderes en la organización estatal.¹ Sin embargo, también es verdad que el antecedente del planteamiento de esta institución se encuentra en la obra de Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, publicada en 1689,² cuya tesis es desconcentrar el poder para evitar la corrupción del mismo, debiendo diferenciarse los poderes legislativo, ejecutivo (hace cumplir la legislación y sanciona su falta de observación) y federativo, este último como «poder natural» que puede declarar la guerra y firmar la paz, así como constituir alianzas y desarrollar negociaciones con otras repúblicas.³

Asimismo, no es menos cierto que la preocupación por la limitación del ejercicio del poder público tiene larga data, habiendo estado presente en los antecedentes de la cultura occidental (Grecia y Roma). Igualmente, existieron en la Edad Media avances concretos de regulación histórica en la materia, como la Carta Magna de Inglaterra de 1215, en la que los barones pretendieron limitar el poder desmedido del rey. Pese a que la restricción de los poderes en estos contextos se encontraba en un desarrollo inicial y, claramente, imperfecto, con seguridad sirvieron de insumos a Locke para que en la Edad Moderna exponga sus ideas.

La tradicional distinción entre los poderes ejecutivo y judicial no fue parte del estudio de Locke, lo que no le resta importancia respecto del fundamento de la teoría, que tiene base en la proscripción de la monarquía absoluta en tanto es contraria con el aseguramiento del ejercicio de la libertad (recuérdese que postuló que el Estado nace de la unión política realizada a partir de hombres libres e iguales). De este modo, Montesquieu se encargó de configurar, de forma posterior, un poder legislativo que aprueba leyes temporales o permanentes, pudiendo enmendar las existentes; un príncipe, quien dispone la guerra o la paz, haciéndose responsable de la seguridad; y un poder que

¹ García Roca, Javier. «Del principio de la división de poderes», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 108, abril – junio, 2000, p. 44. El autor refiere que los fundamentos de la teoría de la separación o división de poderes se producen entre finales del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII, con los planteamientos de Locke, Montesquieu y Hume, en este orden cronológico. En todos ellos la libertad política se garantiza a través de un gobierno moderado y representativo, ya que la «la gobernación requiere del consentimiento y la confianza de los gobernados».

² Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (traducción de Francisco Giménez Gracia), edición Joaquín Abellán, Madrid: Espasa – Calpe, 1997.

³ Comprende así la representación de la república frente a las potencias extranjeras. Este poder, como resulta comprensible, también sería responsabilidad del Ejecutivo, pues de lo contrario se promovería el desorden social. OTERO PARGA, Milagros. «División de poderes: antes y ahora», en *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, n.º 12, Madrid, 1997, p. 125.

administre la justicia, resolviendo los conflictos entre particulares y sancionando la comisión de los delitos. De la garantía de estas funciones determinadas y un previsible sistema de contrapesos y equilibrios (*checks and balances*), dependerá el ejercicio efectivo de la libertad política de los ciudadanos y la limitación a los excesos de los gobernantes.

Aun cuando las ideas gestoras de los fundamentos de la separación de poderes ejercen influencia permanente en los sistemas democráticos, lo cierto es que no se puede dejar de considerar que se formularon en un contexto histórico con problemas concretos de sociedades determinadas. Seguramente la positivización de la doctrina de la separación de poderes, como respuesta a un cambio de paradigma político, tuvo su máxima expresión en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo XVI establece «*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*»; pero también debe atenderse a que este reconocimiento es consecuencia de las razones que dieron motivo a la Revolución francesa, que si bien con el transcurso del tiempo ha calado en un alcance universal,⁴ en su oportunidad obedeció a un específico grupo social.

En todo supuesto, la idea de la división de poderes es una manifestación natural del Estado liberal de derecho, que ha mantenido a través del tiempo la finalidad de asegurar la libertad política de los miembros de la sociedad a través de la institucionalidad de un Estado limitado y desprovisto de prácticas tiránicas; sin embargo, como toda institución jurídica se ha nutrido de la experiencia en el desarrollo de su vigencia y ha sido materia de un conjunto amplio pero, sobre todo, prolijo de estudios doctrinarios, que han desembocado en una delineación conceptual que trasciende al mero postulado de una definición estricta y con arreglo textual a los alcances expuestos en las investigaciones iniciales.

Qué duda cabe que, desde el planteamiento de Locke, pasando por la influencia de las ideas del movimiento de la Ilustración en la Revolución francesa y la extensión casi universal del principio en todas las democracias, hasta la actualidad han ocurrido una serie de hechos y problemas que han definido una indiscutible necesidad de incorporar nuevas líneas a los alcances del principio de separación de poderes, en tanto elemento sustancial del sistema político democrático.

En este escenario, han sido las reformas constitucionales del siglo XX, sobre todo aquellas de la posguerra, las que han incorporado diversos mecanismos de ampliación del esquema básico de la separación de poderes con miras a mejorar la calidad del régimen democrático. Así, un espacio central lo conforma el rol prioritario que juega la protección de los derechos como eje de un modelo constitucional que exige una jurisdicción especializada y con plenos poderes de superposición en la materia.

La creación de nuevos instrumentos y garantías procesales para la defensa de los derechos constitucionales no solo advierte el replanteamiento o fortalecimiento de la jurisdicción sino, además, exige una eficacia inmediata de la norma constitucional, que trasciende a su consideración de pura

⁴ Su carácter universal no solo se manifiesta en el campo jurídico, tanto así que desde el 2003, el conjunto de documentos sobre la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue seleccionado por la UNESCO para integrar la lista del Registro de la Memoria del Mundo.

norma ordenadora de la organización política en el marco de una rígida concepción de separación de poderes públicos. La discusión ya no solo se concentra en la autonomía de las funciones de los poderes, sino que incluye una indispensable evaluación de si los mismos son autosuficientes para otorgar plenitud de ejercicio a las demandas de la ciudadanía con relación a la vigencia de sus derechos.

Las profundas transformaciones que han experimentado y experimentan muchas realidades de América Latina en el ámbito del aseguramiento de los derechos sociales, hace ver que un modelo de frenos y contrapesos entre los poderes tradicionales, no basta para salvaguardar adecuadamente el sentido dogmático de la Constitución. Así, la presencia de nuevos actores y el protagonismo del juez constitucional permiten tender hacia un sistema donde la democracia, a la par de ser un valor esencial en el régimen político, cumple una función objetiva y material, que se manifiesta en una posición activa para la protección a plenitud de los derechos fundamentales, antes que responder a un mero accionar reactivo ante los abusos del poder de los órganos estatales.

1.2. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Además de aceptar que no se trata de una rígida separación, sino de *«una distribución de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y reciprocas»*,⁵ es una realidad que la división de poderes constituye la bisagra entre el Estado de derecho y la democracia, en tanto esta última no se reduce, en cuanto a su contenido, al gobierno de las mayorías sin limitaciones, tal como ya afirmaba Norberto Bobbio, en cuanto que la democracia *«es el conjunto de reglas procesales de las que la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría»*.⁶

En efecto, algunos conceptos respecto de los cuales no tendríamos mayor problema en afirmarlos como propios de una estructura democrática ya no resultan tan precisos como probablemente se identificaban en el ambiente que rodeó las primeras declaraciones de derechos. Por ejemplo, no deja de tener razón la afirmación de que en nuestro tiempo la voluntad general tiene más bien un sonido vinculado a la restricción de la voluntad particular, pues *«tal vez, y solo tal vez, podemos encontrar una única voluntad en sociedades muy homogéneas, con intereses comunes vitales, que estén dispuestas a subordinar sus beneficios a los de la comunidad, algo que parece difícil encontrar en la actualidad»*.⁷

Cuando se estudia la democracia, ya sea para criticarla o para mostrar sus falencias, se da una mirada a su desarrollo progresivo en el mundo, para a partir de allí, plantear las necesidades o los retos que enfrenta su prevalencia como modelo garante de las libertades y parámetro del ejercicio del poder. Dicha mirada no ha sido ajena a la insuficiencia y hasta contradictoria idea de que la democracia es el gobierno de las mayorías, pues en la construcción del modelo se encuentra en permanente

⁵ Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Santillana, 1998, p. 46.

⁶ Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica., 1994, p.19.

⁷ Gil de Gómez, Carlos. «¿Qué democracia tenemos? Democracia real y democracia liberal representativa, en *Nómaditas: Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*», Vol. 40, n.º 4, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 64.

presencia el principio de igualdad,⁸ que bajo ningún supuesto podría admitir un trato desigual entre ciudadanos por parte del Estado y la legalidad por razón de resultados electorales.

En dicha línea de pensamiento, la garantía de los derechos ha jugado un papel esencial, pues sitúa al ciudadano, independientemente de su posición concreta en la sociedad, como el centro de la actividad estatal, cobrando sentido el hecho de que *«en democracia la política tiene que ser una actividad eminentemente ciudadana y no una responsabilidad exclusiva y excluyente de una minoría, que se asume como representante del pueblo. Es decir, es menester que el ciudadano se reconozca como tal: como el sujeto de la política y no como el objeto pasivo de los actos de gobierno»*.⁹

Es precisamente dicho reconocimiento el que distingue a una democracia constitucional, pues tal como bien anotó el profesor Ferrajoli *«la función de las constituciones, como límite y vínculo de la mayoría que garantiza los derechos de todos, bastaría para excluir que estas se encuentren a disposición de la mayoría y también para reconocerles su naturaleza de pactos fundacionales dirigidos a garantizar la paz y la convivencia de los extremos»*.¹⁰ Es la Constitución la que delinea los postulados democráticos en atención a la priorización de su parte dogmática como eje orientativo que ha de observar la organización del Estado. Son los principios constitucionales de protección de los derechos fundamentales los que determinan el orden democrático como régimen político que, naturalmente, hacen que se convierta en una tarea imperiosa *«separar la democracia ‘constitucional’ (‘conforme a la Constitución’) –en la cual, precisamente, lo decisivo es la atemperación del principio formal de lo político a través de lo normativo– de la democracia absoluta (de masas) que pone en el centro el elemento ‘decisionista’ de la definición mayoritaria»*.¹¹

Lo propio se puede advertir en la actualidad con relación a la representación nacional del Parlamento, donde a partir de los procesos de aprobación de leyes, mediante la votación mayoritaria, la jurisdicción constitucional ha delineado importantes alcances que hacen ver que el proceso democrático en este ámbito no se puede comprimir al estricto juicio de cuantificación numérica. Efectivamente, la justicia constitucional peruana, desarrollando el contenido de la democracia representativa, precisa que esta se desenvuelve en un contexto de pluralismo reflejado en un proceso de deliberación. Este proceso tiene su espacio idóneo en el Congreso, en tanto auténtico órgano deliberante, debiendo tenerse presente que:¹²

⁸ La idea de la igualdad es intrínseca al desarrollo del Estado liberal del siglo XVIII. Como bien apunta Giuseppe DE VERGOTTINI: *El régimen de libertades que se desarrolló en el Estado liberal partía de la aceptación de un principio fundamental: la igualdad jurídica de todos los sujetos, igualdad que se afirmó basándose en un postulado natural consolidado en el pensamiento filosófico anterior a la subversión del Estado absoluto*. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado* (traducción de Pablo Lucas Verdú), Madrid: Espasa-Calpe, 1983, p. 218.

⁹ Woldenberg, José. «Los retos de la democracia», en *Quórum: Revista de pensamiento iberoamericano*, n.º 13, Universidad de Alcalá, 2005, p. 68.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. «Juspositivismo crítico y democracia constitucional» (traducción de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar), en *Isonomía*, n.º 16, abril de 2002, Instituto Tecnológico Autónoma de México, p. 15.

¹¹ Kāgi, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Estado constitucional* (traducción de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven), Dykinson, Madrid, 2005, p. 199.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0006-2017-PI/TC, fundamentos jurídicos 3 a 5.

«aquellos procesos en los que se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos (...) es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general».

Dicha conclusión es aplicable en todas aquellas decisiones en las cuales el Parlamento cumple su esencial función legislativa, ya sea en la etapa del debate y aprobación de los dictámenes, como, con mayor razón, al momento de decidir que un proyecto no deba tener ni debate ni aprobación en el seno de la correspondiente comisión ordinaria especializada y pase directamente al Pleno. Para tal efecto, la jurisprudencia precisa que *«la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales»*.¹³

Dicho de otra forma, lo que debe regir hoy en el Poder Legislativo respecto de su labor normativa mediante las decisiones mayoritarias, es un criterio democrático enmarcado en la atmósfera del Estado de derecho. Las decisiones que, por excelencia, se toman a partir de votos mayoritarios no se reducen a prácticas totalitarias o imposiciones desprovistas de razonamientos y consideraciones de orden constitucional. Es preciso contar con un proceso deliberativo previo que convoque a todas las fuerzas representadas y con el mayor ánimo de transparencia social; ello, en virtud de la garantía de los derechos que debe significar el eje orientador en los procesos de elaboración de normas.

Claro está que la finalidad de reconocer la insuficiencia de la posición mayoritaria es el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales que subyace a toda discusión, debate o controversia que precede a las decisiones estatales. La motivación, en este supuesto, es un elemento ineludible que garantiza un tratamiento en condiciones de igualdad y razonabilidad de los derechos de las minorías, que, por lo demás, también integran la sociedad y se encuentran al amparo de la Constitución.

El pluralismo es intrínseco al sistema democrático y no la imposición de ideas o la persecución por discrepar con el grupo de gobierno o los grupos de poder. La justicia en un régimen democrático no puede justificar una medida contraria al respeto de los derechos de un sector de la sociedad, por el mero hecho de tener basamento en la mayoría de votantes, pues ello configura un absolutismo, disfrazado de democracia, donde el poder, antes que la defensa de los derechos de todos, se conforma para consentir privilegios y prerrogativas excluyentes, en perjuicio de la atención de justas demandas de las minorías.

Y, ciertamente, se puede advertir, que quien ha puesto los límites anotados a la labor legislativa, es la jurisdicción constitucional. Sin subestimar la claridad de la doctrina en la materia, es verdad que ha sido la jurisprudencia constitucional un motor fundamental en la configuración vinculante de los principales elementos que deben atender los parlamentarios al momento de legitimar sus

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0012-2018-PI/TC, fundamento jurídico 21.

votaciones. La motivación a todo nivel de la estructura estatal es un requisito que ha sido desarrollado por la justicia constitucional, lo que evidencia su indispensable valor en el marco de la configuración democrática de la separación de poderes.

Ello, hace visible que es el órgano jurisdiccional el que se encuentra en mejor posición para corregir situaciones ilegales de desventaja social y vulnerabilidad, que son contrarias a todo modelo democrático de Estado. En estricta observación del ordenamiento jurídico vigente, la jurisdicción está en plena capacidad de defender la Constitución, aun cuando ello implique contradecir una decisión política mayoritaria de un poder legitimado por sufragio universal. Precisamente, el factor determinante que hace frente a las objeciones contramayoritarias de las cortes que hacen control de constitucionalidad,¹⁴ es la forma en que se elige a sus miembros y si esta garantiza su legitimidad democrática. En el caso del Tribunal Constitucional, que tiene competencia para invalidar las leyes del Poder Legislativo, requiere, lógicamente, de una garantía de protección mayor a su autoridad, la que, como veremos, se encuentra fundada en su legitimidad de origen y, cómo no, en la participación del propio Parlamento en la designación de los jueces constitucionales.

1.3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL CAMBIO DE PARADIGMA

Es en este escenario, de protagonismo de los derechos fundamentales, cumple un rol esencial la justicia constitucional, como aquella que va a resguardar en el máximo e inimpugnable nivel, la primacía de la Constitución que los reconoce, ya sea en su forma explícita como implícita. Independientemente del modelo por el que se haya optado, lo cierto es que el establecimiento de un órgano constitucionalmente autónomo con poder definitivo en la custodia de la Constitución, es una realidad que, con el transcurso del tiempo, cobra mayor presencia alrededor del mundo. Es lo que Kelsen propuso e impulsó bajo la institucionalización de un Tribunal Constitucional a inicios del siglo XIX, órgano que, sin duda, tuvo y tiene una incidencia considerable en la clásica teoría de la separación de poderes.

Indudablemente, dentro del Estado de derecho, un colegiado con poder concentrado en el control de constitucionalidad de las leyes, representa una innovación audaz que limita los tradicionales poderes del órgano legislativo. Tanto es así que, como bien relata el profesor Rodríguez-Zapata,¹⁵ en los debates de la Constitución española de 1931 (el anteproyecto de la respectiva Comisión Jurídica Asesora previó un Tribunal de Justicia Constitucional), se impuso el principio de soberanía del Parlamento, llegándose a afirmar, citando a Ángel Osorio y Gallardo, que *«en aquel momento en que se vivía una embriaguez liberal, se pensó que el Parlamento, la más directa expresión de la democracia, no debía ser sojuzgado por poder alguno, por tribunal alguno»*.

¹⁴ Como bien resume el profesor Mauro Rivera, por argumento contramayoritario se entiende «el señalamiento de la carencia de legitimidad democrática de un órgano jurisdiccional —en contraste con uno legislativo— para realizar un control de constitucionalidad». Desde 1962, en que Alexander Bickel publicó su obra *The least dangerous branch*, y que coincidió con la previa producción de suficientes decisiones controversiales por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos, empezó un auge notable en el estudio del argumento contramayoritario. RIVERA LEÓN, Mauro, *Teoría contramayoritaria: consideraciones de la countermajoritarian difficulty*, en: *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 28, UNED, Madrid, 2011, pp. 409-411.

¹⁵ Rodríguez-Zapata, Jorge. «La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 7, UNED, 1980, p. 63.

En el mismo sentido, se refiere que en la Asamblea Constituyente italiana se presentaron preocupaciones similares, como la de Vittorio Emanuele Orlando, que señaló los riesgos de una supersoberanía de la Corte Constitucional. A este respecto, es pertinente reproducir lo manifestado por el juez Crisafulli: «*La Corte rappresenta el fin del dogma decimonónico de la omnipotencia de la ley; ha frenado la soberanía del Parlamento, que no es otra cosa que la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque ésta se esconda tras la fórmula mágica volante du peuple. Italia ha huido de la democracia absoluta y ha construido una democracia liberal*»,¹⁶

Y es que si bien, en algún momento, resultaba comprensible dotar al Parlamento de la máxima libertad en el marco de una democracia representativa naciente, también es verdad que con el replanteamiento del Estado de derecho y la presencia de la jurisdicción constitucional como garante de una norma jurídica suprema y plena, su accionar debe adecuarse a la madurez del régimen democrático y a la vigencia prioritaria de los derechos fundamentales. El Congreso, como parte del aparato estatal, no solo no está exceptuado de cumplir el principio de interdicción de la arbitrariedad, sino que, como máximo y directo representante de la ciudadanía, debe ser el patrón de un accionar probadamente compatible con los intereses del original soberano del poder.

Por ello, resulta legítimo que se hable de una crisis del mito del legislador soberano, a propósito de la generalización de la justicia constitucional en el continente europeo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial (y otros factores como el progreso de las instancias supranacionales). El mito de la omnipotencia parlamentaria no es consistente con la afirmación constitucional de que las acciones de los poderes públicos se hacen en un escenario ineludible de transparencia y debida motivación. Los entes públicos están, como refiere Tomás- Ramón Fernández, «*obligados a hacer visibles para todos los ciudadanos que las decisiones que adoptan no tienen tal carácter (caprichoso, infundado) y a demostrar cumplidamente que no son el fruto de su mera voluntad (...) sino que cuentan con un sólido fundamento capaz de prestarles la necesaria justificación*».¹⁷

La creación del máximo tribunal, como ente constitucional autónomo, supuso un cambio de paradigma en los modelos donde el Parlamento cumplía un papel central en la formación y desarrollo de la voluntad política. Debe recordarse que la propuesta original señala la conformación de un cuerpo de jueces que no provengan del Poder Judicial y que actúen de forma colegiada como un «*legislador negativo*», invalidando, con efectos generales, los estatutos o legislaciones que estime contrarios a la Constitución. Es decir, se instauraba un específico órgano, diferente a los usuales poderes del Estado, con capacidad para corregir la función legislativa del otrora soberano.

Si bien la idea de incorporar a la Constitución un Tribunal Constitucional es previa a la aprobación de la carta política austriaca de 1920, debe afirmarse que el primer estudio sistemático sobre el Tribunal Constitucional es realizado por Kelsen en 1928, a través de la obra *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, es decir, ocho años después de introducida la Alta Corte Constitucional de Austria. Naturalmente, con el prestigio del citado jurista y la eficacia de su

¹⁶ Crisafulli, «Le système de controle de la constitutionnalité des lois en Italie», en *Rev. Droit Pub. et de la Se. Pol.*, I, 1968, p. 86. Citado por RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, ídem, p. 63.

¹⁷ Fernández, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia Constitucional. Madrid: Civitas, 1998, p. 158.

propuesta plasmada en el ordenamiento constitucional austriaco, este estudio tuvo un importante impacto en la doctrina europea sobre la materia. De hecho, el Tribunal Constitucional de Austria, a partir de su expansión mundial con resultados positivos, reafirma y otorga sentido a lo manifestado, en su oportunidad, por Kelsen, en tanto que comprende su «*criatura más querida (sein liebstes kind)*».¹⁸ Si bien es verdad que la exclusividad y originalidad del planteamiento del autor de la *Teoría pura del Derecho* pueden ser cuestionables,¹⁹ lo cierto es que con justicia se debe reconocer su categórica importancia en el diseño del modelo, lo que abarca su explicación y sistematización acuciosa, así como los elementos centrales del espíritu del Tribunal Constitucional y el control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

El Tribunal Constitucional austriaco influyó notablemente en el desarrollo constitucional en Europa, siendo que la idea de Kelsen se dirigía a configurarlo como un colaborador del Poder Legislativo, que reforzaba el principio de sujeción de los jueces a la ley sin fisura posible, es decir, posicionaba al Parlamento respecto del Poder Judicial. Precisamente, como bien anota Fernández Segado, «*de esta caracterización del Tribunal Constitucional como legislador negativo (negativ Gesetzgeber) derivarán las más acusadas diferencias entre los tradicionalmente considerados como dos grandes (y contrapuestos) sistemas de la justicia constitucional: el americano o difuso (judicial review of legislation) y el europeo-kelseniano o concentrado (Verfassungsgerichtsbarkeit)*».²⁰

Es necesario precisar que la Constitución de Checoslovaquia (29 de febrero de 1920) representa el primer ordenamiento en prever formalmente un Tribunal Constitucional, sin embargo, es la Alta Corte Constitucional de Austria (1 de octubre de 1920) la que ha servido de modelo al sistema europeo de control constitucional, adoptado progresivamente y con matices propios en los siguientes ordenamientos constitucionales en el mundo. Sobre este punto, vale la precisión del profesor Domingo García Belaunde, quien refiere que el debate previo a la aprobación de la Constitución checoslovaca de 1920 fue parte de un proceso impulsado por juristas y políticos checoslovacos que concibieron un Tribunal Constitucional, «*por influencia tanto de la tradición austro-húngara (de la que había sido parte) como de la influencia de los debates habidos en la comunidad austriaca, de la que Kelsen fue el principal animador y de la que estaban debidamente noticiados*».²¹ Además, la inactividad del tribunal checoslovaco fue prácticamente absoluta, pues en sus dieciocho años de

¹⁸ Palomino Manchego, José. «El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)», en *La Constitución y sus garantías: A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 661.

¹⁹ El profesor Edgar Carpio, en un estudio pormenorizado sobre la materia, concluye que las características estructurales del modelo austriaco se forjaron a lo largo del tiempo y mediante actores diversos. Así, «*en Europa, es Sieyès a quien corresponde el mérito de haber propuesto por primera vez la introducción de un control de constitucionalidad de la ley parlamentaria; y a Georg Jellinek haber sugerido que la jurisdicción constitucional esté en manos de un órgano específico, denominado Tribunal Constitucional. Y a una serie de juristas y políticos austriacos, entre los que Hans Kelsen tenía luz propia para hacer posible que el Tribunal Constitucional se incorpore por primera vez en la Constitución austriaca de 1920. Por ello, más que creador de los tribunales constitucionales, fue Kelsen un coautor del modelo austriaco de jurisdicción constitucional*». CARPIO MARCOS, Edgar, Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 25, enero-junio, 2016, p. 86.

²⁰ Fernández Segado, Francisco. «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», en *Pensamiento Constitucional*, año XV, n.º 15, Lima, 2011, p. 129.

²¹ García Belaunde, Domingo. «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional», en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Vol. 7, Núm. 11, octubre de 2007, p. 98.

vigencia, solo hizo el control preceptivo de algunas disposiciones legislativas interinas en 1922, mientras que las dos únicas impugnaciones de leyes de delegación no se llegaron a resolver.²²

Ciertamente, el impacto que tuvo el Tribunal Constitucional austriaco se reflejó en el establecimiento de tribunales constitucionales durante el primer tercio del siglo XX, en el período de entre guerras. Entre los factores que contribuyeron a la adopción extendida en Europa del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes se pueden mencionar: insignificante aplicación del sistema difuso en los países escandinavos (solo tuvo presencia en Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia; además de Grecia, Irlanda y Suiza), los inconvenientes de la pluralidad de sujetos con capacidad de interpretación constitucional, el carácter extraño del *stare decisis* y la tendencia conservadora de los jueces comunes de carrera que, aun con reconocida trayectoria, no contaban con la aptitud para administrar la justicia constitucional con características de creatividad y voluntad política. Asimismo, y desde una perspectiva estructural, se afirma que, ante el fracaso del Estado de derecho basado en la ley, se requiere en el Estado constitucional de un ente de control especializado que tenga suficiente legitimidad formal para llevar a cabo un control constitucional idóneo.²³

Efectivamente, con el paso del tiempo y en el contexto del Estado constitucional de derecho, los alcances de sus funciones fueron extendiéndose. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, se hizo necesario impulsar mecanismos para finalizar los totalitarismos, garantizar la democracia representativa y, sobre todo, proteger los derechos humanos. Por ello, se verifica en las constituciones democráticas posteriores a 1945, la absoluta primacía de la regulación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y que «los Tribunales, y más específicamente un Tribunal Constitucional, serán entonces el medio consagrado para garantizar el respeto necesario por los derechos fundamentales, más allá de constituir una barrera política adicional de defensa del Estado democrático».²⁴

Con la competencia para limitar a los poderes públicos y proteger en la definitiva instancia los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se consolida como un órgano constitucionalmente autónomo con un poder central, que incluso llega a ser identificado, a partir de su legitimidad, como un «comisionado del poder constituyente» para el resguardo de la Constitución, con potestad supervisora de la actividad estatal.²⁵ Aun cuando la última idea puede generar controversia, lo concreto es que en los hechos y jurídicamente, el tribunal es un elemento estatal, cuya labor jurisdiccional tiene repercusión política (cumple un rol pacificador y ordenador) y, esto, no hace sencilla su convivencia con los típicos poderes públicos, considerando que estos siempre se han configurado como órganos necesarios e indefectibles en la formación de la voluntad estatal,²⁶ de tal forma que algún cambio en sus atribuciones o eficacia de sus decisiones podría tener un impacto en la estructura misma del modelo de Estado instaurado. En este sentido, el profesor

²² Cruz Villalón, Pedro. «Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, Núm. 5, mayo-agosto, 1982, p. 139.

²³ García-Pelayo, Manuel. «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, n.º 1, 1981, pp. 11-34.

²⁴ Trovado Rosário, Pedro. «Tribunal Constitucional ¿un legislador negativo o positivo?», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015, p. 720.

²⁵ González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 72.

²⁶ Caamaño Domínguez, Francisco y otros. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 2.

Pérez Tremps afirma con buen criterio que *«más allá del acierto o no de cada una de las concretas decisiones del Tribunal Constitucional, la jurisdicción constitucional se ha esforzado en delimitar su campo de actuación, delimitación siempre difícil en un sistema de división de poderes, a pesar de lo cual el Tribunal tiene ocasionalmente ese excesivo protagonismo»*.²⁷

No debe perderse de vista que el Estado constitucional de derecho se funda en dos principios consustanciales: el de supremacía jurídica de la Constitución y el principio político democrático. El primero busca garantizar la primacía y eficacia jurídica de la Constitución y el segundo se manifiesta en el sistema de democracia representativa que consagra, en el caso peruano, el artículo 45 de la norma constitucional.²⁸ Ambos principios, como es natural, trascienden al mero reconocimiento normativo, necesitando un nivel de ejecución suficiente que les permita irradiar de modo permanente el desarrollo del Estado y de la sociedad. En este camino de consolidación de la eficacia de los principios constitucionales, ocupa un lugar medular el conjunto de organismos públicos que, con carácter de autoridad, asumen la protección de los contenidos de la norma fundamental, en tanto operadores dotados de competencias que parten de deberes de observancia obligatoria. Es aquí donde cobra lógica notabilidad el órgano que se encargará de articular el trabajo de ese grupo de operadores garantes de la Constitución, pues al ser esta última una norma que demanda una razonable y periódica interpretación, es una necesidad implantar un orden que asegure la institucionalidad de la propia Constitución y principios.

Por ello, los dos principios anotados constituyen también los fundamentos sobre los cuales reposa el órgano de control supremo de la Constitución. La existencia y justificación del alto tribunal está vinculada a la garantía del respeto del principio de supremacía constitucional y de soberanía popular o democrática. Su importancia se refleja, entre otras cosas, en su competencia para emitir decisiones con carácter vinculante y, consolidar, de esta manera, el principio de la Constitución como norma suprema. Para asegurar el cumplimiento de este principio, se debe entender que el mismo comprende que todos los órganos públicos deben adecuar su actividad a la Constitución; que las normas legales tienen validez en la medida que guarden armonía con la carta política, y que las prerrogativas de los organismos estatales tienen sus límites en el texto constitucional.

1.4. LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Es una verdad que el supremo tribunal, por su condición de órgano de control constitucional de los actos de los poderes públicos y su autonomía respecto de estos, está revestido de un natural poder que, empero, no debe ser entendido como complementario de las funciones de los poderes a los cuales puede limitar desde el resguardo de los lineamientos constitucionales. No debe tener injerencia en la dirección política del poder estatal. Ya en su configuración inicial Kelsen afirmaba que:

²⁷ Pérez Tremps, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional*, 2da. Edición, Thompson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 193.

²⁸ «Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición».

«(...) en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno».²⁹

El Tribunal Constitucional no se configura a partir de roles ejecutivos o de carácter parlamentario, sino desde el campo de la defensa de la carta constitucional, tarea delicada, pues, por las características de dicho texto, siempre será inevitable cuestionar su incidencia política y la estricta delegación que permite el modelo concentrado de confiar a un órgano ningún otro poder que no sea la función de control de la Constitución.³⁰ Esta función recae en la vigilancia a la separación de poderes y la vigencia los derechos fundamentales, con el fin de empoderar precisamente el equilibrio y límite del poder, aspecto central del régimen constitucional y democrático. Debería ser categórico entender que con el reconocimiento jurídico de los tribunales constitucionales, se trasluce la intención de los legisladores constituyentes de someter la acción política y los órganos del Estado a la disciplina constitucional.³¹

El problema, claro está, no se produce en la intención sino en el ejercicio de la labor jurisdiccional constitucional en el marco de la limitación del poder, donde no solo se puede lidiar con la reticencia de los órganos controlados sino también con el exceso de las atribuciones objetivas del tribunal, en tanto órgano garante y no activo en el sistema de separación de poderes. En este punto es oportuna la intervención del expresidente de la Corte Constitucional italiana, Paolo Grossi, cuando refiere que los tribunales constitucionales no deben indicar estrategias o soluciones políticas ni vigilar la utilización de la discrecionalidad legislativa, pero sí *«deben cumplir el difícil papel de garantes, entre la estabilidad y el cambio, de los métodos lógicos que permitan, en el desarrollo del proceso, conforme a las garantías y a los esquemas característicos de la controversia, otorgar, en cada ocasión, plena tutela a aquellos valores que se consideran como irrenunciables para la vida de la comunidad»*.³² Evidentemente, esta diferenciación no es siempre identificable o correctamente entendida, siendo un aspecto central en la peligrosa objeción a su legitimidad. Por ello, no es ajeno al debate académico la afirmación de que el colegiado constitucional ha pasado a formar parte del sistema de frenos y contrapesos, propio de la democracia constitucional, teniendo una complicada ubicación que genera una legitimidad constitucional problemática.³³

Creemos que la legitimidad es un asunto de primera importancia que debe abrigar la existencia y desarrollo del órgano constitucional, teniendo en cuenta los alcances de sus decisiones en el ámbito del sistema de limitación del poder y del principio de eficacia horizontal de los derechos

²⁹ Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (traducción de Roberto J. Brie), 2da. Edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 54.

³⁰ *Ibidem*, p. 54.

³¹ González Rivas, Juan José. *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters. Navarra: Civitas, 2011, p. 31.

³² Informe del presidente de la Corte Constitucional italiana, Paolo Grossi, XVIII Encuentro Trilateral con los tribunales constitucionales de España y Portugal, Roma, octubre de 2016, p. 9.

³³ Zúñiga Urbina, Francisco. «Tribunal Constitucional: problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14. Madrid, 2010, p. 401.

fundamentales. Antes bien, es necesario precisar que un sistema político de configuración democrática no exige que la legitimidad de la totalidad de sus órganos tenga habilitación representativa, ni que esta característica, en los casos en que así sea, imposibilite revisiones y controles a sus respectivas acciones. La carta constitucional democráticamente legitimada define, a su vez, la legitimidad de los poderes representativos o de los especializados y técnicos, toda vez que tiene origen en el principio de libertad que configura la estructura del modelo político y sus órganos integrantes. Por tanto, no es adecuado, tal como afirma la profesora García Martínez, «*el intento de fundamentar una hipotética legitimidad representativa indirecta del Tribunal Constitucional en la designación de sus magistrados (o de parte de ellos) por órganos representativos*»,³⁴ pues su legitimidad, en tanto institución democrática, descansa estrictamente en su reconocimiento como órgano constitucional al que la norma suprema encarga una función estatal determinada.

La legitimidad, qué duda cabe, es un aspecto que rodea constantemente la labor del Tribunal Constitucional, pues sus resoluciones en muchos casos precisarán líneas de orientación vinculante para los poderes públicos y la sociedad, que no se encuentran siempre de modo expreso en la Constitución, pero que se desprenden de ella a luz de los fines que persigue. Esta labor es delicada si se repara en que, en el marco de sus competencias, actúa en una posición privilegiada e inimpugnable dentro de la jurisdicción nacional. En esta dirección, no creemos que la existencia del tribunal trastoque indebidamente el modelo democrático de separación de poderes, sino todo lo contrario, refuerza el sistema mismo, en el entendido que la democracia es actualmente un medio para la promoción y la defensa de los derechos personales y colectivos. El constitucionalismo ya no es una herramienta exclusiva para limitar el poder, en tanto es, ante todo, un instrumento vital para la protección de los derechos en democracia.

En su oportunidad, el profesor Giorgio Del Vecchio,³⁵ planteaba que la tutela de los derechos es el fin inmutable del Estado, de la cual depende la legitimación de toda autoridad política ante la conciencia de las personas sujetas a ella, por tanto, ninguna ley puede destruir la libertad.³⁶ Por otro lado, Max Weber refirió que el poder político requiere de la creencia de aceptación de los gobernados y, sin utilizar criterios valorativos, fundamentó su tipología de dominación en la legitimación atribuida por diversos motivos, destacando la legitimidad legal-racional.³⁷

Independientemente, de la fórmula desarrollada o la corriente iusfilosófica empleada, lo cierto es que la legitimidad tiene que ver con un asentimiento generalizado del cumplimiento de decisiones emitidas por una autoridad. Aun cuando las ideas anotadas corresponden al estudio de órganos políticos, podemos afirmar que sus alcances resultan aplicables a la autoridad jurisdiccional que desempeña el Tribunal Constitucional. Es indudable que este cumple un papel imprescindible en el modelo mismo de Estado democrático, desde el momento en que actúa como garante del orden

³⁴ García Martínez, Asunción. «¿*Quis custodiet custodes?* El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional», En InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre de 2008, p. 8.

³⁵ Del Vecchio, Giorgio. «Teoría del Estado». Barcelona: Bosch, 1956, p. 208.

³⁶ *Ibidem*, p. 213.

³⁷ Abellán, Joaquín. *Estudio preliminar a: Max Weber. Sociología del poder. Los tipos de dominación* (Traducción, notas y glosario). Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 29.

constitucional y de los derechos fundamentales, pudiendo restituir, a través de sus sentencias, afectaciones irregulares en virtud de su legitimidad constitucional.

Ahora bien, la legitimidad de origen (que le otorga la carta política) no basta para el efectivo cumplimiento de sus fines, sino que es inexcusable contar con una legitimidad de ejercicio,³⁸ que permita la identificación del cumplimiento de determinados objetivos o valores en el desenvolvimiento cotidiano de su misión. Debe anotarse que, en el caso del alto colegiado, los llamados a cumplir sus dictámenes son, además de los ciudadanos, los poderes públicos; es decir, su labor incide en la corrección del ejercicio del poder en el marco de la democracia representativa y, por tanto, no es de extrañar que se le exija la máxima imparcialidad y objetividad jurisdiccional en la ejecución permanente de su labor.

Cuando nos referimos a una conducta permanente, no nos referimos a una validez imprecisa, por cuanto se debe incluir a la idoneidad comprobada de los miembros que integran el tribunal, al punto que cualquier objeción debidamente justificada a alguno o algunos de los magistrados, afecta el principio de institucionalidad y, con ello, la exigencia preeminente de la legitimidad del colectivo. Si a esta condición sumamos la naturaleza abierta de la Constitución y las inevitables críticas a la interpretación constitucional que dicha característica conlleva, advertiremos la indispensable necesidad de una mayor interpelación de legitimidad.

³⁸ Díaz, Elías. *Ética contra política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 45.

PARTE II

**LA LABOR DE
INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL**

2.1. LA PARTICULARIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Establecida su categoría de órgano constitucional y, como tal, su necesaria acomodación al conjunto de relaciones y competencias de los demás órganos estatales, el tribunal debe ceñir su labor a los fines encargados por la Constitución. Debe cumplir una función orientadora y no asediante o de bloqueo,³⁹ haciendo prevalecer su condición de corporación jurisdiccional, de tal manera que sus conclusiones sean aceptadas como aplicativas de derecho y no como creación política de normas.⁴⁰ En la medida que se cumpla esta premisa, la ejecución de sus actos se desplegará de modo pacífico.

La tarea jurisdiccional no se circunscribe a un ejercicio abstracto de control de constitucionalidad, pues las competencias del colegiado se relacionan intrínsecamente con la eficacia del Estado constitucional de Derecho. Efectivamente, la Constitución durante el siglo XIX fue estimada como un programa antes que, como una norma jurídica, pues sus preceptos no eran invocables, generalmente, ante los tribunales, requiriéndose el correspondiente desarrollo legislativo; situación que es en la actualidad inaceptable, dada la vinculatoriedad del texto constitucional para todos los poderes públicos con prioridad frente a las otras normas.⁴¹ Tanto es así, que la jurisprudencia no tardó en reconocer que la Constitución recoge su propio carácter de norma jurídica suprema:⁴² *«La Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella»*.⁴³

El trabajo de garantizar el cumplimiento de la norma constitucional, en este escenario, requiere del uso de métodos interpretativos que trascienden a la regulación literal, más aún cuando sea necesario fijar los alcances de una regla de orden constitucional. A este respecto abona la teoría que diferencia entre «disposición» y «norma», que establece Riccardo Guastini y que ha merecido la atención de la jurisprudencia constitucional,⁴⁴ pudiendo distinguirse en todo precepto legal: 1) un texto o enunciado, que se refiere el grupo de palabras integrantes de una medida jurídica concreta

³⁹ Marín, José Ángel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel. 1998, p. 81.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁴¹ Escuin Palop, Vicente. *Elementos de Derecho Público*, 6ta. Edición. Madrid: Tecnos, 2010, p. 39.

⁴² Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. *Constituciones y leyes fundamentales*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 128-125.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 16/1982.

⁴⁴ Guastini, Riccardo. *Disposizione vs. norma, en Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, p. 3 y ss. Citado en sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 00010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 34.

(disposición); y, 2) un contenido preceptivo, que implica identificar su significado o sentido (norma). En todo caso, debe anotarse que la interpretación constitucional, pese a cobrar una marcada presencia en el contexto de la Constitución como norma jurídica, no es un planteamiento ajeno a las ideas preliminares del constitucionalismo, puesto que en *El Federalista* LXXVIII, sobre el poder del órgano judicial, ya se anunciaba el protagonismo del trabajo interpretativo en sede constitucional:

«(...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios».⁴⁵

No debe dejar de observarse que la acción interpretativa es realizada sobre la Constitución, lo que define que la jurisprudencia en este ámbito es determinante para la aplicación del resto del ordenamiento.⁴⁶ El profesor Zagrebelsky, en su obra *El derecho dúctil*, alude a la existencia de una pluralidad de métodos de interpretación, siendo que «cada uno de los cuales puede ser utilizado alternativamente frente a cualquiera de los otros, y el eclecticismo de las doctrinas de interpretación son un indicio de lo que hoy aparece como una indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo»,⁴⁷ indeterminación, además, que no es negativa *per se*, sino que pone en evidencia que la interpretación legislativa abierta no es un error que el derecho deba corregir, sino una singularidad irrenunciable a la vista de su objetivo.⁴⁸ Por esta razón, el Tribunal Constitucional tiene una responsabilidad significativa, pues debe conciliar de modo concluyente la interpretación constitucional que material y metódicamente es abierta.⁴⁹

No obstante, la necesidad de la interpretación constitucional, esta labor es al mismo tiempo objeto de frecuentes críticas frente a posibles excesos que contradicen el principio democrático de la separación de poderes. De hecho, en estudios sobre análisis jurisprudencial del derecho a tutela judicial efectiva, se confirma que es común alegar que es este derecho el que más y mayores inconvenientes ha generado entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria o judicial, pues «se sostiene que, al enjuiciar las pretendidas vulneraciones de este derecho, el TC invade con mucha frecuencia ámbitos competenciales reservados constitucionalmente a la segunda de estas jurisdicciones»;⁵⁰ de esta manera, el recurso de amparo haría posible que el Tribunal Constitucional realice un intenso control respecto todo lo actuado por jueces y tribunales.

⁴⁵ Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John. *El Federalista*. Librodot, p. 296, en: <http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>

⁴⁶ López Guerra, Luis y otros. *Derecho Constitucional: el ordenamiento constitucional, derecho y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, 10ma. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 98.

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (traducción de Marina Gascón). Madrid: Trotta, 1997, p. 135.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁰ Viver Pi-Sunyer, Carles y López Bofill, Héctor. *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Carles Viver Pi-Sunyer (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 20.

En todo supuesto, debe prevalecer la idea de que el Tribunal Constitucional cumple un rol de control de la constitucionalidad de los actos del poder público, lo que excluye una modalidad de activismo legislativo o de superposición de competencias adicionales. Un órgano de carácter jurisdiccional, en un escenario de vigencia del principio de la división de poderes, no está habilitado para actuar políticamente. En esta línea de pensamiento, la interpretación constitucional no puede validar el ejercicio de decisiones políticas por parte del corporativo de magistrados constitucionales.

Si bien se alega que la interpretación constitucional debe ceñirse a explicar las normas constitucionales bajo cánones de justicia y razón, evitando la construcción de un Derecho nuevo,⁵¹ en los hechos parece ser que esta delimitación no configura una práctica simple, esto si observamos las posibilidades del ejercicio interpretativo y la especialidad del ámbito procesal respectivo. Ciertamente, el tribunal ha de emplear numerosas cláusulas generales indeterminadas, aclarar tareas y fines estatales, y ponderar entre diversos valores y derechos.⁵²

La interpretación constitucional no se reduce al manejo de los clásicos métodos de interpretación legal, ya que la norma constitucional es diferente a la norma legal ordinaria, con una estructura particular y dotada de un mayor grado de generalidad y abstracción.⁵³ De este modo, la tendencia expansiva del quehacer del tribunal ha superado su condición de legislador negativo, pudiendo hablarse de una auténtica justicia constitucional antes que de un estricto control de constitucionalidad de las leyes.⁵⁴ Asimismo, el derecho adjetivo que determina los procedimientos para la concreción de los fines de este tipo de justicia tiene características especiales que le permiten distanciarse de los propios lineamientos del derecho procesal general, predominando la idea de que el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material constitucional, debiendo ser tratado con las técnicas de este último.⁵⁵

2.2. LA REPERCUSIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Un elemento de imprescindible observación en la interpretación constitucional es la alta repercusión de sus resultados y la subsecuente recurrencia de la ciudadanía a su instancia. La influencia de los estimables efectos del trabajo interpretativo del Tribunal Constitucional se refleja en el incremento del ejercicio de motivación en sus sentencias como producto del requerimiento cada vez mayor a la justicia constitucional, las estrechas y frecuentes relaciones que mantiene con el Parlamento y su cada vez mayor rol público.

⁵¹ Leibholz, Gerhard. «El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, marzo/abril de 1966, Madrid, p. 89.

⁵² Rodríguez-Patrón, Patricia. «El Tribunal Constitucional», en *Derecho Constitucional básico* (obra colectiva). Barcelona: Colección Lex Académica, Huygens, 2014, p. 198.

⁵³ Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 4ta. Edición. Madrid: Tecnos, 2003, p. 172.

⁵⁴ Garrorena Morales, Ángel. *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 3era. Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 108.

⁵⁵ Bocanegra Sierra, Raúl. «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I. Madrid: Civitas, p. 511.

Dichos aspectos han determinado la necesidad de una explicación detallada y coherente, que supere a la mera descripción de un tránsito de fases lógicas con referencias legales aplicables a casos concretos, por el contrario, tal como apunta el profesor Lucio Pegoraro *«se valen de todos los instrumentos de la retórica, hacen amplias referencias a los precedentes, se evocan el derecho comparado y la jurisprudencia de otros tribunales, realizan excursus históricos de institutos y disciplinas, expresan valoraciones y ponderan los valores, critican, sugieren, aconsejan, y amonestan a los poderes del Estado»*.⁵⁶

Por tal razón, se reconoce su impacto sobre los demás órganos estatales, quienes tienen en cuenta las precisiones jurisprudenciales para la formulación de iniciativas, argumentaciones en los debates y el cumplimiento de límites en la actuación regular de la Administración Pública. De la misma manera, la opinión pública está cada vez más atenta al trabajo de los tribunales hasta el punto que las decisiones de ciertos tribunales tienen repercusión internacional en tópicos que resultan comunes en sociedades diferentes.

A la luz de lo reseñado, podemos afirmar con seguridad que la interpretación constitucional no solo es imprescindible en el ejercicio regular de la jurisdicción constitucional, sino que es una realidad que se ha insertado en el modelo democrático a través de la institucionalización de una vinculante fuente de derecho, que es parte ineludible del ordenamiento jurídico. Es la consolidación de una jurisprudencia sistemática, uniforme, amplia y ordenadora, la que define la plenitud de su aplicación en el Estado de derecho, ya sea como precedente o por su efecto normativo.

Igualmente, es la recurrencia a la jurisdicción constitucional por parte de los operadores del derecho y de los ciudadanos para la defensa de sus derechos, lo que define su inserción en la vida social, donde, precisamente, ha desplegado el desarrollo de su tarea en la defensa de la carta constitucional. En este entorno, es pertinente mencionar el caso peruano, donde de forma cada vez más frecuente, los poderes del Estado justifican sus decisiones en la interpretación contenida en la jurisprudencia constitucional. Las sentencias del Tribunal Constitucional, ya sea en su condición de precedente o no, están presentes en los proyectos de ley, dictámenes de las comisiones ordinarias y especiales, opiniones consultivas, informes de acusaciones constitucionales, de levantamiento de inmunidad parlamentaria, entre otros, que se formulan en el fuero parlamentario. Lo mismo sucede en la parte considerativa de las sentencias del Poder Judicial en todos sus niveles y especialidades (no solo en los jueces y salas competentes en materia constitucional), así como en la exposición de motivos de las disposiciones reglamentarias que emite el Poder Ejecutivo, quien, además, en las observaciones a las leyes aprobadas por el Parlamento y en las iniciativas legislativas que formula cita a la jurisprudencia constitucional para sustentar su posición o propuesta, según corresponda.

⁵⁶ Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada* (traducción de Marta León Alonso). Madrid: Dykinson, 2004, p. 137.



PARTE III

EL RECONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

3.1. EL VALOR DEFINITIVO DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Delineadas las características de la interpretación constitucional, en cuanto a sus fundamentos, objeto, efectos, problemas e influencia creciente, queda atender el asunto que, desde nuestra perspectiva, comporta un elemento de envergadura de su configuración en el régimen del Estado democrático: el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución.

Tal condición tiene relación directa con el valor normativo de sus sentencias. Es oportuno citar al profesor Francisco Balaguer cuando refiere que *«todas las sentencias del TC son interpretativas, todas interpretan necesariamente el material primario (La Constitución) y el material secundario (la norma o acto enjuiciado), pero solo algunas de ellas son además sentencias normativas, que incorporan reglas jurídicas de obligado cumplimiento»*.⁵⁷ En esta línea concluye que *«del mismo modo que el juez ordinario ha creado derecho a partir de la interpretación de la ley, también el juez constitucional crea derecho a partir de la interpretación de la Constitución»*.⁵⁸ La obligatoriedad de las decisiones de la jurisdicción constitucional, es consustancial con sus elementales funciones, ya que además de interpretar y resguardar el orden fundamental, defiende los fundamentos en los que aquel orden fundamental democrático se asienta.⁵⁹ La supremacía de la interpretación realizada por el alto tribunal reside, entonces, no solo en su actuación como definitiva instancia en los procesos de tutela de la libertad o en única instancia en los procesos de control normativo sino, sobre todo, en la atribución de poder establecer reglas de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos y la sociedad en su conjunto.

Naturalmente, cuando hablamos de reglas, no estamos pensando en la permisión de dar origen a nuevas normas que no se desprendan del texto constitucional ni que generen contradicciones a los principios que aquella reconoce; en todo supuesto, como se ha visto, el colegiado cumple sus misiones en perspectiva de fortalecer la Constitución y el sistema democrático a través de la conformidad de los actos estatales con los valores constitucionales. No se puede desconocer que, aunque el tribunal sea competente para fijar el contenido de la Constitución con eficacia vinculante, nunca se encuentra por encima de ella; por eso es fundamental, para el cumplimiento del cometido del tribunal y para el proceso constitucional en su integridad, la adecuada utilización de la interpretación constitucional.⁶⁰

⁵⁷ Balaguer Callejón, Francisco (coordinador). *Derecho Constitucional*, Vol. 1, 2da. Edición. Madrid: Tecnos, 2003, p. 135.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 135.

⁵⁹ García Atance, María Victoria. *Introducción a la Teoría del Estado y la Constitución*. Madrid: Sanz y Torres, 2005, pp. 97-98.

⁶⁰ Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (traducción de Pedro Cruz Villalón), 2da. Edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34.

Afirmar que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, reviste una evidencia: que no es el único; y ello no podía ser de otro modo, si se reconoce que el Estado de derecho se desenvuelve en un modelo de organización democrática, donde todos los actores de la sociedad tienen participación en la aplicación de la Constitución. Recuérdese, como bien sostiene el profesor Peter Häberle, que la norma constitucional tiene un carácter abierto y, por tanto, está sujeta a interpretación con vocación de pluralidad. Y es aquí, donde se advierte con mayor nitidez la necesidad de una legitimación apreciable, pues la interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento a determinadas órdenes, es decir, la interpretación también conoce de posibilidades y alternativas,⁶¹ debiendo considerarse, además, que cada intérprete se guía por la teoría y la práctica, donde este último aspecto a valorar no es exclusividad del intérprete oficial o profesional.

De hecho, *«el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución. Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a las que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia. Estas influencias contienen también un fragmento de legitimación e impiden una arbitrariedad de la interpretación»*.⁶² De este modo, garantizar una deseable independencia judicial únicamente será viable, porque otras funciones estatales y la difusión pluralista aportan fundamento para la ley. Entonces, uno de los límites de la interpretación, o de una elección arbitraria de un mecanismo o sentido interpretativo, se encuentra en la realidad participativa de una sociedad democrática que le otorga contenido material a la Constitución. Con esto no queremos afirmar que la objetividad o imparcialidad pueden relativizarse, sino todo lo contrario, al ser principios constitucionales requieren, para su consolidación, un efecto dinámico que involucre los valores que inspiran el sistema político y de garantía de los derechos fundamentales previstos en la *lex superior*.

En la misma orientación, no debe perderse de vista que es válido afirmar que la norma suprema, además de orden jurídico para los especialistas, tiene una eficacia primordial como guía para los no juristas, es decir, para los ciudadanos. La Constitución *«es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo (...)»*. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta». ⁶³ En tal sentido, la interpretación de la Constitución no puede agotarse en el plano estrictamente legal o de entendimiento literal de la norma, pues comprende la consideración de sus aspiraciones en el marco de su régimen político y del sistema de protección de derechos fundamentales.

Además, debe enfatizarse en la trascendencia de la interpretación y su despliegue en el campo judicial, pues en materia constitucional la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional se impone sobre la administración de justicia que corresponde al Poder Judicial, que es el poder del Estado que, por principio, tiene la garantía de exclusividad de la función jurisdiccional. La jurisprudencia constitucional es equiparable a la Constitución misma, ya que cuando la primera precisa algún

⁶¹ Häberle, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución, publicado originalmente como *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* en Revista JZ, 1975, pp. 297-305 (traducción de Xabier Arzoz Santisteban, Universidad del País Vasco), en Retos actuales del Estado constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La cita del presente texto fue extraída de la *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, Núm. 11, 2008, Universidad de Buenos Aires, p. 42.

⁶² *Ibidem*, pp. 43-44.

⁶³ Häberle, Peter. «La Constitución como cultura», en: *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n.º 6, 2002, p. 194. Traducción del texto italiano, remitido por el Prof. Häberle, de Francisco Fernández Segado, a partir de la inicial traducción de Rafael Rubio Núñez.

precepto de la segunda, los jueces y tribunales habrán de interpretar la Constitución según la jurisprudencia constitucional.⁶⁴ Este aspecto está investido en normas procesales constitucionales, como el caso peruano cuando regula el control difuso,⁶⁵ y ha sido materia de pronunciamiento por parte de tribunales constitucionales como el español, desde sus inicios: «*El Tribunal Constitucional es supremo intérprete de la Constitución, no legislador y solo cabe solicitar de él pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución*».⁶⁶ Definir que el tribunal es el supremo intérprete o que sus interpretaciones deben ser observadas por los jueces ordinarios, advierte categóricamente el carácter rector, obligatorio e incuestionable de sus conclusiones sobre lo que debe entenderse respecto de los postulados constitucionales.

En esas circunstancias, no es de sorprender una relación de conflicto natural, pero razonable, entre el ente corregido y el ente corrector. No se trata solo de específicas descompensaciones técnicas que impiden una relación fluida entre justicia constitucional y justicia ordinaria, sino que las descompensaciones son inevitables porque ambos conjuntos institucionales responden a un contenido político distinto.⁶⁷

Además, es oportuno recordar, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano,⁶⁸ que en el desarrollo de su trabajo persiste un criterio de autocontrol, lo que en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos se conoce como *self restraint* o autolimitación en la actuación de los jueces. Es precisamente su condición de supremo intérprete el que impone que, sobre sus decisiones, al menos a nivel nacional, no existe ningún otro órgano habilitado para realizar una eventual revisión, siendo que cualquier reconsideración o corrección posterior solo pueda corresponder a su propio fuero.

Es lo que ocurre con el sistema de precedentes constitucionales, donde ante la imposibilidad de evaluación externa de sus fallos, el tribunal debe autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los derechos fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución. Para tal efecto, existen mecanismos de autocontrol que se han plasmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como el principio del *stare decisis* (los magistrados deben respetar los criterios definidos en sus propias sentencias respecto de casos anteriores) y el *overruling* (cuando se deja sin efecto un específico precedente vinculante, en razón de ser sustituido por uno nuevo; para estos fines es obligatorio establecer las razones del cambio). Como puede advertirse, el autocontrol tiene fundamento, al final de cuentas, en la debida motivación que se haga en cada caso y en el marco, claro está, de ser el supremo y definitivo intérprete de la Constitución.

⁶⁴ Alonso de Antonio, José Antonio y Alonso de Antonio, Ángel Luis. *Derecho Constitucional español*, 5ta. Edición. Madrid: Universitas. 2013, p. 174.

⁶⁵ Artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano: «Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera (...). Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 5/1981, fundamento jurídico 6.

⁶⁷ Aparicio Pérez, Miguel. *La función del Derecho Constitucional: selección de obras*, Barcelona: Atelier, 2003, p. 552. El artículo original se titula «La posibilidad de relaciones conflictuales entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria (sistema político y jurisdicción)», en *Anuario de Derecho Político*, Cátedra de Derecho Político, 1984, pp. 189-205.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0024-2003-AI/TC y 3741-2004-AA/TC (acumulados).

3.2. LA EJECUCIÓN DE LOS FALLOS CONSTITUCIONALES

El Tribunal Constitucional defiende principios políticos y jurídicos que dan estructura a la norma constitucional, mientras que el Poder Judicial busca reforzar su estructura clásica. En todo caso, el conflicto no debe superar los respetables reparos de opinión, pues como se ha visto, la legitimidad de este poder de control se encuentra en la Constitución y, consecuentemente, en la vinculatoriedad superior que ella impone a través de su suprema interpretación. De ninguna manera se debería justificar alguna traba al desempeño de las labores del colegiado, pues ello implicaría un obstáculo a su propia misión constitucional de tutela de derechos y de control del poder.

La libertad para discrepar es saludable, pero no debe habilitar la ejecución de controversias institucionales que deriven en una situación de inestabilidad del propio Estado de derecho. Las interpretaciones del supremo intérprete de la Constitución siempre zanján el caso controvertido, siendo oficialmente su interpretación la más correcta de las posibles; esto es lo que debe primar, sin perjuicio, claro está, de que una particular interpretación plasmada en un voto singular o discordante de algún magistrado sea más certera y reciba mejor acogida por los especialistas,⁶⁹ lo que es coherente con el sustancial papel crítico de la doctrina para que el propio colegiado constitucional revise su jurisprudencia con cierta periodicidad.

Por ello, es lamentable que en el Perú contemos con varios casos en los cuales el Parlamento y otras entidades no solo se han mostrado renuentes a acatar las sentencias del Tribunal Constitucional, sino que han desafiado a este último públicamente, lo que, por supuesto, afecta decididamente la legitimidad del colegiado y al mismo Estado de derecho.

Recuérdese la sentencia de 2018 que dispuso la inconstitucionalidad de la denominada Ley Anti tráfuga,⁷⁰ que el Congreso, lejos de acatarla, inmediatamente reemplazó con un proyecto exonerado de debate en la Comisión de Constitución, que se convirtió en norma vigente. A ello, hay que agregar que, tras la inconstitucionalidad declarada de la Ley que prohíbe la publicidad estatal en medios privados,⁷¹ se puso en la agenda del Pleno del Parlamento el Proyecto de Ley 661, que modifica el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tiene como finalidad coartar, mediante el aumento de votos, la posibilidad del citado colegiado de emitir precedentes e interpretaciones vinculantes.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2015, que confirmó que la negociación colectiva en el sector público es un derecho constitucional,⁷² no ha sido cumplida. El Parlamento, a propuesta del Poder Ejecutivo, ha continuado aprobando todos los años la Ley de Presupuesto Público, que contiene el artículo 6, en los mismos términos en que fue declarado inconstitucional (porque prohíbe a los trabajadores del Estado negociar mejoras salariales).

⁶⁹ Alzaga Villamil, Óscar. *Derecho político español según la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 83.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0006-2017-PI/TC.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0012-2018-PI/TC.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0003-2013-PI y otros.

La situación de incumplimientos, penosamente, no es reciente. Basta recordar la sentencia que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional,⁷³ referente a la procedencia de medidas cautelares en procesos de amparo que cuestionen actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pese a la constitucionalidad declarada, el Congreso, posteriormente, modificó el citado artículo en sentido contrario a lo que había determinado el colegiado constitucional, mediante la Ley 28946, publicada el 24 diciembre de 2006. Es decir, el órgano legislativo relativizó la determinación del Tribunal Constitucional para modificar una disposición, cuya constitucionalidad había sido confirmada por la corporación con efecto normativo, esto si se repara en que la sentencia respectiva se emitió en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.

Asimismo, se han presentado algunos enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, que menudo favor le hacen al sistema de administración de justicia. Así, a través de una resolución jefatural,⁷⁴ el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) pronunció un aviso, advirtiendo que los jueces están obligados a observar los precedentes del Tribunal Constitucional, pues en caso contrario, incurrirían en responsabilidad funcional. Empero, al siguiente día, la Secretaría General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió un comunicado, mediante medios de comunicación escritos, para contradecir la mencionada resolución, la que no se reconoce, ya que «*los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la carta fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*».

Igualmente, cuando el juez Javier Villa Stein ejerció el cargo de presidente del Poder Judicial, anunció que impedirá que el Tribunal Constitucional se exceda en sus atribuciones y declare la nulidad del mandato judicial que confirmó la extensión de tiempo en prisión provisional del señor Antauro Humala, respecto del caso conocido como «Andahuaylazo». Añadió que la resolución jurisdiccional era válida y respetuosa del debido proceso, tanto así que fue ratificada por la instancia suprema, cuya presidencia ejercía. Advirtió que, si el Tribunal Constitucional decide abusar de su derecho, deberá asumir su responsabilidad.⁷⁵

Así también, llamó la atención el impase entre el entonces presidente del Poder Judicial, César San Martín Castro, y el entonces presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Álvarez Miranda, ante la controversia legal entre Telefónica del Perú y Scotiabank, que generó una sentencia del segundo órgano, anulando una decisión del primero.⁷⁶ Mediante un pronunciamiento público, el presidente del Poder Judicial acusó al Tribunal Constitucional de intromisión en sus funciones. Además, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial señaló que se estaba ante un antecedente inaceptable, pues se generaba un grave riesgo para la estabilidad del sistema de justicia y la seguridad jurídica de los

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0023-2005-PI-TC.

⁷⁴ Resolución de Jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 4 de abril de 2006.

⁷⁵ Caso Antauro: El Poder Judicial se enfrenta al TC por su posible liberación, en diario *El Comercio*, Lima, 17 de julio de 2009, p. 19.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0037-2012-PA/TC. En esta resolución, el colegiado constitucional declaró fundado el recurso de agravio constitucional presentado por Scotiabank contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y, en consecuencia, anuló la resolución de casación 3313-2009, de fecha 5 de abril de 2011, de la Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República.

ciudadanos.⁷⁷ A su vez, el Tribunal Constitucional respondió⁷⁸ que actuó conforme a las funciones que le han sido encomendadas por la Constitución y que solo ha restituido el derecho vulnerado, pues será el Poder Judicial quien definirá el tema de fondo.

En el mismo sentido, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la homologación salarial de los jueces,⁷⁹ el Tribunal Constitucional⁸⁰ calificó de «ataques y adjetivos agraviantes» las declaraciones del representante del Poder Judicial contra el presidente del tribunal, y remarcó que «les resulta irreverente, impertinente y temerario» que se haya expresado que los miembros del colegiado constitucional sean «jueces por casualidad, más aún si esto viene de quien detenta un título cuestionado que puso en tela de juicio su acceso a la Corte Suprema de Justicia». Por su parte, el presidente del Poder Judicial indicó que el comunicado del Tribunal Constitucional era «grosero, impertinente y bajo», refiriendo que la Corte Suprema no responderá con otro comunicado, pero sí planteará el tema al Pleno que preside.

De otro lado, no puede dejar de observarse que la resistencia al cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional no solo ha partido de los poderes públicos, sino también ha estado presente en el seno de otros órganos constitucionalmente autónomos. Es el caso del Jurado Nacional de Elecciones que, en un primer momento, mediante su secretario general, Juan Falconí, desconoció la obligación de cumplir las sentencias del tribunal sobre la convocatoria a referéndum respecto de la devolución de aportes al FONAVI (Fondo Nacional de Vivienda).⁸¹

Mención especial merece el enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura como consecuencia de la emisión de la sentencia 0791-2014-PA/TC. En este caso, el colegiado constitucional, ante el reiterado incumplimiento del órgano encargado de la designación de jueces y fiscales, resolvió, con ocasión de un recurso de apelación por salto, nombrar directamente como fiscal supremo al abogado Mateo Castañeda y declarar la nulidad del nombramiento de dos fiscales supremas, disponiendo que el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Ministerio Público, habilite dos nuevas vacantes a fin de no generar perjuicio injustificado a estas últimas.

Ante ello, el presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, Pablo Talavera Elguera, reafirmó en diversos medios de comunicación que la elección y nombramiento de jueces y fiscales es competencia exclusiva de la institución que preside, por lo que el Tribunal Constitucional incurrió en el delito de usurpación de funciones. En ese sentido, formuló un recurso de nulidad que inicialmente fue rechazado por haberse utilizado frases agraviantes contra el alto tribunal (como el término «uso delictivo» del Código Procesal Constitucional). A su vez, se formuló una acusación constitucional contra los magistrados que respaldaron la decisión (Carlos Mesía Ramírez, Ernesto Álvarez Miranda y Gerardo Eto Cruz).

⁷⁷ Comunicado del Poder Judicial del Perú de fecha 10 de julio de 2012.

⁷⁸ Comunicado del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 13 de julio de 2012.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 3919-2010-PC/TC.

⁸⁰ Comunicado del pleno del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 25 de setiembre de 2012.

⁸¹ Sentencias del Tribunal Constitucional peruano 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC.

La resistencia del Consejo Nacional de la Magistratura a acatar la resolución del Tribunal Constitucional fue tal que comprometió posiciones y exhortaciones de poderes del Estado, como el Judicial y el Legislativo. Incluso, el entonces presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Diego García-Sayán, instó al Tribunal Constitucional a corregir «el paso equivocado» para no afectar la institucionalidad del país. De igual modo, los expresidentes del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo y Víctor García Toma, criticaron la resolución, identificando una interferencia impropia. Pese a todo, el magistrado Ernesto Álvarez, magistrado en funciones, denunció públicamente una rebeldía por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, órgano que, precisó, no cumple las resoluciones del Tribunal Constitucional de forma sucesiva desde el 2011. Bajo tal panorama, la controversia por la emisión y eficacia de la resolución aludida convirtió al problema en insostenible.

En el escenario de dicho conflicto, el tribunal se renovó casi en su integridad (seis nuevos magistrados de siete, el 2014), siendo que los nuevos jueces, en un auténtico precedente correctivo, dejó a salvo los nombramientos anulados y sin efecto el nombramiento del abogado Castañeda.

Atendiendo a lo reseñado, es evidente que los manoseos a la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional dañan su institucionalidad. Es inaceptable que, en un Estado de derecho, las propias entidades públicas discutan la ejecutoriedad de las decisiones del colegiado. Si aún persisten estos inconvenientes, es porque no se comprende a cabalidad que el tribunal es el máximo intérprete de la Constitución y, como tal, está en la capacidad de corregir las actuaciones de todos los organismos públicos. Precisamente por esta razón, es necesario implementar medidas de reforma que incidan en la consolidación de la legitimidad de la alta corporación.

Se ha dicho que la interpretación del tribunal es la suprema pero no la única y que, estando de acuerdo o no, allí donde la Constitución reconoce al alto colegiado en su rol de guardián de la Constitución, su interpretación irradia todo el ordenamiento; no obstante, también existe una razón funcional para reconocer en tal órgano su superioridad y determinación concluyente, cual es la imperiosa necesidad de ordenar la jurisprudencia respectiva y garantizar la uniformidad, coherencia y previsibilidad de la interpretación constitucional desde una competencia especializada. Por ello, estamos de acuerdo con el profesor Manuel Aragón cuando afirma que *«el carácter vinculante de su doctrina para la jurisdicción ordinaria evita en gran medida no solo la dispersión jurisprudencial en la conformación de los principios constitucionales (que, a su vez, son los generales-fundamentales del ordenamiento), sino también los riesgos de encomendar esa conformación a órganos no adecuadamente preparados para ello»*.⁸² El Tribunal Constitucional reconoce el carácter «principalista» de la Constitución y, por tanto, la necesidad de su interpretación finalista.⁸³

A mayor abundamiento, en la misma configuración originaria del Tribunal Constitucional planteada por Kelsen, se trasluce un criterio de especialidad que guarda distancia con la acción jurisdiccional ordinaria, pues al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, se quiso evitar el riesgo de un *«gobierno de los jueces»*, peligro sentido por

⁸² Aragón, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 79.

⁸³ *Ibidem*, p. 81.

amplios sectores de la doctrina europea de la época con posiciones mayoritariamente conservadoras y no necesariamente antidemocráticas.⁸⁴

Es cierto que la condición normativa de la Constitución no impone qué tribunal deba garantizarla, y ello no está en discusión en el presente trabajo, pero si políticamente se ha definido en la norma suprema la existencia de un Tribunal Constitucional, es lógico que esté llamado a precisar de modo definitivo el contenido de la Constitución. El respectivo estatuto del colegiado (reglas constitucionales y legales de orden orgánico y procedimental) afianza su categoría de supremo intérprete, pues regula su capacidad de control a los poderes públicos y, al mismo tiempo, la inexistencia de un órgano que lo pueda controlar.

En este punto, tampoco se podría cuestionar la condición de máximo intérprete del tribunal, pues constitucionalmente se ha fijado que este es el órgano de control de la Constitución (artículo 201), que resuelve en última y definitiva instancia los procesos constitucionales que se inician en el Poder Judicial (artículo 202). Igualmente, su capacidad de autocontrol también tiene sustento normativo, por cuanto el Código Procesal Constitucional (artículo 121) establece el carácter inimpugnable de sus sentencias, pudiendo solo plantearse un pedido de aclaración (en los procesos de inconstitucionalidad) o recurso de reposición (contra decretos y autos que dicte el tribunal), sobre cuestiones que no versan sobre el fondo de lo resuelto, siendo que tales requerimientos solo los conoce el propio colegiado. Asimismo, la idea del autocontrol y supremacía se refuerza en el hecho de que el mismo dispositivo precisa que la condición de inimpugnable de las resoluciones del tribunal se aplica sin perjuicio del «derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte». Con lo que es categórico que los pronunciamientos de la corporación agotan la jurisdicción interna.

Del mismo modo, el Parlamento, a través de sus propios actos, ejerciendo su competencia legislativa de desarrollo constitucional, ha aprobado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 1) y el Código Procesal Constitucional (artículo VI), que determinan indubitablemente que la interpretación constitucional que hace el citado órgano jurisdiccional tiene carácter supremo. Con ello, queda establecido que el Poder Legislativo ha confirmado con su propia y legítima actuación la condición privilegiada del Tribunal Constitucional en el campo de la interpretación de la carta política.

Incluso, si bien es posible la acusación constitucional contra los magistrados, como el caso peruano, debe advertirse que esta no tiene incidencia sobre sus sentencias, que, por lo demás y como se ha visto, son inimpugnables. Asimismo, su interpretación de la Constitución es vinculante para la interpretación que pueda hacer el legislador sobre el mismo texto; y su capacidad para dejar sin efecto la vigencia de las leyes evidencia que, antes de su palabra, todas las valoraciones respecto de la constitucionalidad de una ley no están cerradas. Es innegable que la interpretación ejercida por el Tribunal Constitucional, dentro de sus competencias, configura parte integrante de la Constitución, al punto que sus conclusiones son de imprescindible consideración para todos los órganos del entramado estatal. A fin de cuentas, son los efectos de sus fallos, los que imponen su posición en la cúspide de la interpretación constitucional, no debiendo olvidarse que su legitimidad se funda en el encargo acordado y aprobado por el propio constituyente.

⁸⁴ Fernández Segado, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 1334.

PARTE IV

**LA INTERVENCIÓN DEL
PARLAMENTO EN LA
ELECCIÓN DE MAGISTRADOS
CONSTITUCIONALES**

Como se ha precisado, la legitimidad otorgada por el texto constitucional al alto tribunal y la naturaleza normativa y abierta de la Constitución, definen su condición de supremo intérprete de la Constitución; no obstante, también se ha señalado que su trabajo, por tener apreciables y concluyentes alcances en el mismo modelo democrático, no es sencillo, persistiendo la necesidad de contar con una legitimidad de ejercicio, que le permita efectivizar sus decisiones sin cuestionamientos de orden institucional. Es precisamente este aspecto el que puede afectar sustancialmente las características estudiadas de la magistratura constitucional, situación absolutamente negativa para la garantía de los principios del Estado constitucional de derecho que, generalmente, han sido desarrollados en la jurisprudencia constitucional y que conforman reglas con vocación de futuro.

En este contexto, es impostergable revisar el asunto capital que cuestiona la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional y, consecuentemente, su institucionalidad y la eficaz plenitud de sus resoluciones con relación a los sujetos obligados. Evidentemente, nos referimos al sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional realizada por el órgano parlamentario.

4.1. LA VALIDEZ DE LA INTERVENCIÓN PARLAMENTARIA

Si bien es pertinente afirmar que, dadas las repercusiones de lo que resuelva el Tribunal Constitucional, es necesario dotarlo de la mayor legitimidad posible, también es verdad que la elección de sus miembros hecha por el poder estatal de mayor representatividad ciudadana no es condición absoluta que avale el cumplimiento de sus decisiones, pues el protagonismo parlamentario no puede interpretarse de forma exclusiva como la intención de otorgar al tribunal una legitimación popular indirecta; antes bien, *«la legitimidad del Tribunal, en efecto, no deriva de su elección popular, sino de la función que desempeña: a custodia de la Constitución; estamos pues ante lo que podríamos considerar como una legitimación secundum quid»*.⁸⁵

Con todos los inconvenientes y cuestionamientos que genera alrededor del mundo la intervención del Parlamento en la elección de los magistrados constitucionales, que tiende a priorizar el consenso sobre el sistema de cuotas, lo cierto es que mejor que especular sobre inexistentes modelos compositivos ideales, se debe reflexionar sobre la forma de conseguir un tribunal que, conformado por las personalidades más calificadas, tenga la capacidad de cumplir con independencia plena y estricto rigor su primordial función constitucional.⁸⁶ En esta dirección, una composición adecuada

⁸⁵ Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, tomo III. Madrid: Dykinson, 2009, p. 637.

⁸⁶ Fernández Segado, Francisco. *Idem*, p. 653.

del colegiado sería aquella que tienda a fortalecer al máximo su capacidad técnica y, a la vez, reducir en lo más que se pueda la virtualidad de su politización, comprendiendo esta última no la valoración política de los problemas a los que se avocará, sino la posible «metamorfosis» de la naturaleza de sus resoluciones: las declaraciones de conocimiento jurídico a expresiones de voluntad política.⁸⁷

Ante tales consideraciones, no somos de la opinión que sea negativo *per se* la participación del Parlamento en la definición de la composición del Tribunal Constitucional. Es más, si se revisa el originario ideal planteado por Kelsen, respecto de la competencia institucional para elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, podremos advertir que el Parlamento cumplió un rol ineludible en el marco del principio de pluralidad y del necesario reforzamiento de la actividad jurisdiccional constitucional con juristas de incuestionable competencia.

*«(...) Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el Jefe de Estado o por el gobierno. Posiblemente se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente. Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Podría, asimismo, atribuirse al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes».*⁸⁸

Es decir, tal cual se concibió el modelo de elección de jueces del Tribunal Constitucional por parte de su propio creador, se previó la participación del órgano legislativo, lo que pone de manifiesto que no existe una naturaleza contradictoria entre la jurisdicción constitucional suprema y la participación del Parlamento en la definición de su composición. Si bien con el transcurrir del tiempo algunos sistemas jurídicos han incorporado elecciones multisectoriales con participación de otros poderes públicos en las diversas etapas del procedimiento de elección, lo cierto es que no se ha retirado al Legislativo, prevaleciendo aun como el principal actor en el proceso de evaluación y designación.

En efecto, si se hace una revisión de la elección de magistrados en los países donde existe Tribunal Constitucional, se tiene que en todos cumple un rol decisivo, mayoritario o, incluso exclusivo, el órgano legislativo. Para una mejor apreciación veamos la situación de algunos países de Europa, América y Asia.

⁸⁷ Ruiz Lapeña, Rosa. El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española. Barcelona: Bosch, 1982, pp. 151-152.

⁸⁸ Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, traducción al castellano de Rolando Tamayo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, pp. 57-58.

PAÍS	ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA ELECCIÓN
Austria	Designa el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.
Francia	Designa el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.
Alemania	Designa el Poder Legislativo.
Bélgica	Nombra el Rey a propuesta del Poder Legislativo.
Bulgaria	Designa el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.
Eslovaquia	Nombra el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Legislativo.
Portugal	Designa el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional (la elección se produce por parte de los jueces).
Italia	Designa el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.
España	Nombra el Rey a propuesta del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.
Rumania	Designa el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.
Perú	Designa el Poder Legislativo.
Colombia	Nombra el Senado a propuesta del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Consejo de Estado (tribunal supremo de lo contencioso administrativo).
Chile	Designa el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.
Ecuador	Designa una comisión compuesta por representantes del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
Bolivia	Elige la población por sufragio universal a propuesta de candidaturas del Poder Legislativo.
Guatemala	Elige el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y la sociedad civil organizada.
Corea del Sur	Designa el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Cuadro elaborado por el autor.

Si bien el modelo de elección de jueces del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia no tiene precedentes en América Latina, por realizarse mediante elección popular, debe decirse que la lista de postulantes no es libre a solicitud de los mismos. Las candidaturas son fijadas previamente en una lista definida por la Asamblea Legislativa Plurinacional,⁸⁹ es decir, por el Parlamento boliviano. Con ello, se aprecia que aun en sistemas muy particulares de elección, donde parece primar

⁸⁹ Artículo 19 de la Ley 027, Ley del tribunal constitucional plurinacional: «Toda persona que cumpla con los requisitos exigidos en la Constitución (...) podrá presentar su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional (...) también podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y de la sociedad civil (...) La Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de veintiocho postulantes, de los cuales la mitad serán mujeres, y remitirá la nómina de precalificados al Órgano Electoral Plurinacional».

directamente la voluntad de la población, el Congreso tiene participación elemental en la definición de los magistrados constitucionales.

Entonces, es más que evidente la tendencia por contar con la intervención del Parlamento en la elección de los jueces constitucionales, y ello es coherente con la actividad jurisdiccional suprema que cumple el tribunal; al ubicarse en la cima de la interpretación sobre los preceptos constitucionales, está en la capacidad de obligar a todos los órganos del Estado que integran el régimen político democrático en virtud de la Constitución, siendo razonable que la decisión sobre su conformación sea confiada a un poder estatal que refleje en el más alto nivel (poder del Estado) la voluntad del soberano con criterio de pluralidad.

Si bien se puede poner en cuestión una aparente contradicción entre la competencia del órgano legislativo de decidir la conformación del órgano que posteriormente lo controlará (a través del examen de constitucionalidad de las leyes), podríamos decir lo mismo también de los otros dos poderes del Estado. El Poder Ejecutivo también emite normas con rango de ley y puede ser corregido en sus actuaciones concretas (como en el caso de un pedido de información indebidamente denegado, tramitado en un proceso de hábeas data). En el caso del Poder Judicial la realidad es aún más palpable, ya que sus resoluciones pueden ser revocadas o anuladas por el Tribunal Constitucional, independientemente de la competencia material en la que se haya seguido (una sentencia de la jurisdicción civil o laboral puede ser revisada en un proceso de amparo por afectación objetiva de derechos constitucionales como el debido proceso o la debida motivación); asimismo, los procesos disciplinarios o de nombramiento o ratificación de jueces ordinarios también pueden ser objeto de control constitucional.

Más aun, la relación de control entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento es de menor continuidad con relación a la que se presenta entre el primero y los otros dos poderes; no debe olvidarse que la vigencia de una ley, no es un acto tan recurrente como las resoluciones judiciales que cotidianamente revisa la jurisdicción constitucional, lo mismo en el caso de las decisiones administrativas o la aplicación de disposiciones especializadas ejecutivas que lesionan derechos fundamentales. Esto, al fin y al cabo, es expresión del Estado de derecho en el que el Tribunal Constitucional cumple sus misiones, es decir, donde no existen zonas exentas de control constitucional.

Al respecto, es interesante acudir a la jurisprudencia constitucional peruana que advierte: «*Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder*».⁹⁰ No obstante, es importante traer a colación que esta premisa tampoco es ilimitada, pues la propia interpretación constitucional tiene límites, como el que corresponde al principio de corrección funcional que «*exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado*».⁹¹

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 7.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados).

4.2. LOS INCONVENIENTES EN LA PARTICIPACIÓN DEL PARLAMENTO

Entonces, la inconveniencia no se encuentra en la potestad parlamentaria, ya sea única o compartida, de elegir a los miembros del tribunal, sino en que las reglas del procedimiento y su aplicación resulten adecuadas para asegurar una elección idónea. Efectivamente, esta atribución debe encontrarse debidamente limitada en su aspecto procesal técnico y en la garantía de principios elementales como la transparencia, el debido proceso y los fines de la magistratura constitucional.

Refiriéndose a la selección de los magistrados en España, el profesor García Roca apunta que esta es la cuestión central de la jurisdicción constitucional, incluso antes que el desbordamiento de los amparos, ya que «*los titulares del órgano son la sal de vida de la jurisdicción*».⁹² Así, no es malo dividir la selección entre cuatro órganos constitucionales (Gobierno, Consejo General del Poder Judicial, Congreso de los Diputados y el Senado), mecanismo además inspirado en los modelos italiano (eligen el presidente de la república, el Parlamento y el Consejo Superior de la Magistratura) y alemán en parte (las dos cámaras eligen a los magistrados por mitades), existiendo además un largo mandato de nueve años; el problema no son las reglas sino su aplicación en cuanto a la designación efectiva de un jurista de reconocida competencia (tal como exige la norma constitucional), pues al colegiado debe irse con una formación adquirida. Lamentablemente, se reconoce que la selección de concretos magistrados es lo que demasiadas veces ha fallado.⁹³

Ya se ha dicho que la legitimidad del Tribunal parte de la Constitución que le da existencia y específicas competencias, sin embargo, en su posición de supremo intérprete, también es precisa una suficiente legitimidad de ejercicio que se refleje en la eficacia de sus decisiones con la autoridad de su institucionalidad. Este último aspecto tiene inmediato vínculo con el principio de imparcialidad de su función, condición que resulta de ineludible observación en el proceso de elección de los integrantes del tribunal, pues es en ese momento en el que se determinará a los actores que harán realidad la jurisdicción constitucional, es decir, es la oportunidad en la que se está en plenas condiciones de decidir sobre la designación de jueces calificados no solo técnica y profesionalmente sino, sobre todo, juristas que previsiblemente trabajarán para cumplir los fines institucionales, desprovistos de toda influencia, compromiso o relación subalterna que ponga en tela de juicio su objetividad e independencia cuando tomen sus respectivas decisiones.

Al respecto, en el campo de la doctrina jurisprudencial el principio de imparcialidad ha sido meritulado y desarrollado ampliamente en un nivel superlativo. El Tribunal Constitucional español precisa que «*la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma. Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional*» (STC 11/2000); asimismo, ha reconocido que «*La imparcialidad del tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso, constituyendo incluso la primera de ellas*» (STC 146/2006). Por su lado, el Tribunal Constitucional peruano ha definido los alcances del principio, clasificando a la imparcialidad judicial en dos acepciones: «*a) Imparcialidad subjetiva, se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; b) Imparcialidad objetiva, está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole*

⁹² García Roca, Javier. La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España. México D.F.: Porrúa, 2009, p. 86.

⁹³ *Ibidem*, p. 100.

*imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.*⁹⁴

De lo anotado, se pueden extraer dos aspectos esenciales: la imparcialidad es un valor de primer orden en la función jurisdiccional y también tiene una dimensión objetiva que impone al Estado el deber de garantizarla mediante un sistema y estructura apropiados. En este último punto es en el que descansa la necesidad de instaurar un sistema de elección de magistrados que permita advertir un razonable cumplimiento, por parte del Estado, del deber anotado. Debe atenderse que, para el funcionamiento de un auténtico proceso de control de constitucionalidad, el órgano de control no solo debe ser distinto del órgano controlado, sino que además debe ser autónomo de este y no depender del mismo, siendo *«absolutamente ingenuo pensar que, estando sujeto el controlante al controlado, aquél pueda ejercer una función de control»*.⁹⁵

Un verdadero problema que no permite el cumplimiento cabal de tal deber es la prevalencia de la partidización y no de la objetividad al momento de decidir la elección del cargo de magistrado constitucional. Parece que se olvida (convenientemente) que la superposición del colegiado jurisdiccional sobre el Parlamento solo tiene sentido si se trata de un órgano imparcial, que decida en base a fundamentos técnicos, con independencia de intereses partidistas o similares que representan, valgan verdades, el mayor riesgo de su falta de legitimidad en la garantía de hacer prevalecer los estrictos fines constitucionales.

Tal como refiere el profesor Luciano Vandelli, a propósito de la dinámica parlamentaria italiana, *«tampoco se pasan por alto los temores por las modificaciones en la composición de la Corte Constitucional, alterando sus equilibrios internos hacia una mayor politización»*.⁹⁶ De esta manera, esta tendencia hace ver que la regulación de la composición, la manera de nombramiento y su funcionamiento, generalmente comunes en los sistemas que cuentan con un Tribunal Constitucional, no son tan problemáticos como el uso que los partidos políticos pueden hacer, y hacen en ocasiones, de las respectivas normas.⁹⁷ Este contexto no guarda conformidad con la legitimidad del elevado poder del tribunal en el modelo político,⁹⁸ pues se relativiza la importancia del sistema de elección de magistrados a través de la lotización convenida entre los partidos, lo que se ha convertido en *«una filosofía política de general aplicación, a la que no escapa en verdad la composición del Tribunal Constitucional»*.⁹⁹

Cuando la elección no prioriza a juristas de la más alta trayectoria y competencia en la defensa de derechos fundamentales, ni en su independencia, sino solo en el interés partidario, el sistema

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0004-2006-PI/TC, fundamento jurídico 20.

⁹⁵ Sagüés, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 435.

⁹⁶ Vandelli, Luciano. *Trastornos de las instituciones políticas*, prólogo para españoles de Francisco Sosa Wagner. Madrid: Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007, p. 51.

⁹⁷ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (coordinador) y otros. *Elementos de Derecho Constitucional español*, 2da. edición, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 189.

⁹⁸ Alzaga Villaamil, Óscar. «Sobre la composición del Tribunal Constitucional español», en *Teoría y realidad constitucional*, Núms. 10-11, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, pp. 178-179.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 175.

se pervierte, pues en la práctica se elige a personas con perfil deficiente o a burócratas de la administración de justicia habituados a cumplir la legislación vigente antes que a juzgarla bajo el canon de los principios constitucionales. Esta situación desmerece grandemente la jurisdicción constitucional en la instancia del alto tribunal, pues este no se ha creado bajo un criterio pragmático de complementar la labor jurisdiccional ordinaria, toda vez que su existencia se debe al ejercicio de su rol protagónico en la vigencia y consolidación de la constitucionalidad del modelo democrático. El tribunal no solo declara el derecho, sino ordena, uniformiza y establece las líneas jurisprudenciales de interpretación constitucional que vinculan a toda la organización estatal en el marco del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales.

No es aceptable que se cuente con magistrados con dependencia a un favor partidario que implica fidelidad, que se tenga jueces con conciencia de ser beneficiarios de una ventaja antes que, de una responsabilidad imparcial, ajena de cualquier otro asunto que no sea el resguardo de los preceptos constitucionales. Con un órgano jurisdiccional incapaz de defender los derechos en un ámbito de libertad frente al poder; sin efectividad en el control de las leyes; con reflexiones equivalentes a las que realizan los jueces ordinarios; con una negativa imagen pública de compromiso con los partidos que definieron su designación; es más que previsible estar frente a una precariedad de la institución y, lo que es peor, sin visos de que el panorama revierta, sino todo lo contrario.

4.3. LA PRÓRROGA DE PLAZO POR FALTA DE ELECCIÓN

Es innegable que la crisis institucional y de legitimidad que ha afectado al Tribunal Constitucional en los últimos años, tiene relación con la influencia de los partidos políticos en la composición del tribunal, donde se incluye también el bloqueo de la renovación de sus miembros.¹⁰⁰ La elección de los magistrados debe regirse por una elección oportuna en estricto cumplimiento del respectivo estatuto.

El hecho de no cumplir los plazos en la formalización de los reemplazos es, sin duda, un elemento que desmerece la legitimidad del trabajo jurisdiccional de forma directa, ya que aun cuando las normas reglamentarias, generalmente, prevean una continuidad hasta la nueva designación, lo cierto es que el texto constitucional (*norma normarum*) impone expresamente un período determinado del mandato, disponiendo incluso la prohibición de reelección inmediata.

Un caso peculiar lo representa el exmagistrado constitucional peruano Juan Vergara Gotelli, quien fue investido en el cargo en diciembre de 2004¹⁰¹ y concluyó su período el 3 de junio de 2014, en tanto se hizo eficaz su reemplazo. En buena cuenta, permaneció cerca a los diez años en la función, pese a que la Constitución respectiva establece un tiempo de cinco años sin reelección inmediata.¹⁰² Es decir, en los hechos, se quebrantó el tiempo normativo del encargo y, a la vez, el impedimento

¹⁰⁰ González Beilfuss, Markus. «La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional», en *La reforma del Estado de partidos*, Garrido López y Sáenz Arroyo (coordinadores). Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 121.

¹⁰¹ Resolución Legislativa 018-2004-CR del Congreso de la República del Perú, del 15 de diciembre de 2004.

¹⁰² «Artículo 201.- El Tribunal Constitucional (...) se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (...) No hay reelección inmediata».

de cumplir un nuevo período de forma inmediata. Otro caso que es pertinente mencionar es el del magistrado Carlos Mesía Ramírez, juez que se mantuvo en el Tribunal Constitucional por casi ocho años, es decir, la prórroga que venimos discutiendo permitió que se extendieran sus funciones en más del 50% de una etapa normal.

El incumplimiento del tiempo del mandato establecido en la Constitución es tan habitual, que algunos miembros del tribunal se han desempeñado como presidentes de la institución en lapsos en los cuales ya se encontraban cumpliendo la función de modo extemporáneo (luego de los cinco años regulares). Prueba de ello, son los casos de los jueces Juan Vergara, Óscar Urviola, Ernesto Álvarez, Carlos Mesía y Marianella Ledesma.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú, en su artículo 10, precisa que los magistrados *«continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles»*. Si esta disposición es examinada simultáneamente con el artículo 201 de la carta política fundamental, que instituye un mandato de cinco años sin posibilidad de reelección continua, nos fijaremos que lo previsto por la ley orgánica es una norma de carácter predominantemente excepcional. Así, solo debería aplicarse en ciclos acentuadamente breves y no en espacios de meses o, peor aún, años, ya que se desnaturaliza, al punto de violentarse, la Constitución en su tenor manifiesto.

Un modelo de elección de magistrados donde el Poder Legislativo tiene exclusiva competencia, no es pretexto para que se origine una deliberada desidia de cumplimiento de deberes por un tiempo indeterminado. Aun cuando el Parlamento se desenvuelve en un campo político en el que los consensos no son precisamente expeditivos, también es verdad que persiste un interés superior por priorizar asuntos de alta importancia, que tienen correlato directo en la consolidación democrática y el Estado de derecho constitucional. Justamente, para superar estos inconvenientes, el mencionado artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional extendió el plazo de anuncio anticipado que se formula a la representación nacional de tres a seis meses, para que este pueda iniciar el proceso de renovación. De esta manera, el Congreso cuenta con ciento ochenta días para llevar a cabo una designación conforme a los plazos constitucionales.

El período citado es no solo suficiente sino, sobre todo, razonable para que el Congreso cumpla una norma imperativa constitucional, pues la elección de los magistrados constitucionales no es una facultad discrecional del Parlamento, es un deber que cuenta con un plazo expresamente determinado. Para estos efectos, no se podría alegar siquiera los períodos de receso parlamentario para prolongar los plazos, pues la comisión especial que elige a los jueces constitucionales puede sesionar de forma continua e independientemente de si su continuidad coincide con la legislatura ordinaria. Asimismo, las sesiones de Pleno pueden ser convocadas de forma extraordinaria o, como sucede normalmente en el caso peruano, las legislaturas son ampliadas.

A fin de cuentas, no existe a la fecha razones válidas para afirmar que en el Perú no se cuenta con las condiciones normativas necesarias para llevar a cabo una elección oportuna. En consecuencia, las causas de los retrasos tienen otra dimensión que, lamentablemente, constata lo manifestado por el profesor García Roca respecto de la habitual demora excesiva que sucede en la realidad española (de años en algunos casos), en tanto que termina produciendo *«una situación institucional*

muy grave que pone en evidencia la falta de diligencia institucional de las fuerzas políticas y la falta de capacidad de las presidencias de las Cámaras para provocar el necesario acuerdo»,¹⁰³ y de esta manera, cumplir con la regla constitucional sobre la renovación temporal específica de los miembros del órgano constitucional.

Y es que la totalidad de las demoras y la ausencia de enmienda, pese a la extensión del plazo de aviso anticipado, reflejan que el escollo principal se halla en la falta de madurez política de los congresistas y en un precario compromiso con el interés común mínimo de fortalecer los objetivos que cumple la magistratura constitucional. A fin de cuentas, cobra vigencia lo que sostiene el profesor Marc Carrillo: «El fondo de la cuestión no depende solo de la fórmula que se escoja para el nombramiento de magistrados constitucionales, sino también y, sobre todo, de una cultura institucional que nunca podrá verse reflejada en una norma escrita, que como tal, impida que esta jurisdicción quede al azar de las fluctuaciones políticas».¹⁰⁴

Tal como se aprecia en el cuadro siguiente, en la generalidad de casos de los magistrados que han cumplido funciones en el Tribunal Constitucional peruano, existió un exceso en el tiempo de mandato, generado por los retrasos en las designaciones hechas en el Congreso de la República. Los únicos magistrados que no cumplieron su período constitucional son aquellos que fallecieron antes de finalizar el mismo (con el agravante de haber interrumpido su período regular por una decisión indebida del Parlamento), existiendo en la totalidad de casos una contradicción con el tiempo de cinco años que impone el texto constitucional.

Magistrado	Fecha de designación	Fecha de cese	Tiempo en el cargo
Ricardo Nugent López Chávez	19 de junio de 1996	10 de junio de 2002	6 años
Francisco Acosta Sánchez	19 de junio de 1996	10 de junio de 2002	6 años
Manuel Aguirre Roca	19 de junio de 1996 (destituido indebidamente entre el 28 de mayo de 1997 y el 17 de noviembre de 2000)	20 de junio de 2004 (por fallecimiento)	4 años y 6 meses
Luis Díaz Valverde	19 de junio de 1996	10 de junio de 2002	6 años
José García Marcelo	19 de junio de 1996	7 de setiembre de 2001 (sentenciado)	5 años y 3 meses
Delia Revoredo Marsano	19 de junio de 1996 (destituida indebidamente entre el 28 de mayo de 1997 y el 17 de noviembre de 2000)	17 de junio de 2005 (por renuncia)	5 años y 6 meses

¹⁰³ García Roca, Javier. Op. Cit., p. 203.

¹⁰⁴ Carrillo, Marc. *La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional*, en crisis, en Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, traducción al castellano de los textos en catalán (traducción de Anna Coll), pp. 78-79.

Magistrado	Fecha de designación	Fecha de cese	Tiempo en el cargo
Guillermo Rey Terry	19 de junio de 1996 (destituído indebidamente entre el 28 de mayo de 1997 y el 17 de noviembre de 2000)	2 de mayo de 2004 (por fallecimiento)	4 años y 5 meses
Javier Alva Orlandini	31 de mayo de 2002	19 de setiembre de 2007	5 años y 4 meses
Juan Bardelli Lartirigoyen	31 de mayo de 2002	19 de setiembre de 2007	5 años y 4 meses
Víctor García Toma	31 de mayo de 2002	10 de julio de 2007	5 años y 2 meses
Magdiel Gonzales Ojeda	31 de mayo de 2002	19 de setiembre de 2007	5 años y 4 meses
César Landa Arroyo	15 de diciembre de 2004	1 de julio de 2010	5 años y 6 meses
Ricardo Beaumont Callirgos	27 de junio de 2007	23 de abril de 2013 (por renuncia)	5 años y 10 meses
Juan Vergara Gotelli	15 de diciembre de 2004	3 de junio de 2014	9 años y 6 meses
Carlos Mesía Ramírez	13 de julio de 2006	3 de junio de 2014	7 años y once meses
Fernando Calle Hayen	6 de setiembre de 2007	3 de junio de 2014	6 años y nueve meses
Gerardo Eto Cruz	6 de setiembre de 2007	3 de junio de 2014	6 años y nueve meses
Ernesto Álvarez Miranda	6 de setiembre de 2007	3 de junio de 2014	6 años y nueve meses
Óscar Urviola Hani	15 de junio 2010	4 de setiembre de 2017	7 años
Ernesto Blume Fortini	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
Eloy Espinosa-Saldaña	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
Marianella Ledesma Narváez	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
Manuel Miranda Canales	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
Carlos Ramos Núñez	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
José Luis Sardón de Taboada	22 de mayo de 2014	En funciones	Más de 6 años
Augusto Ferrero Costa	26 de agosto de 2017	En funciones	

Cuadro elaborado por el autor.

Para superar estos problemas, se han planteado diversas alternativas como otorgar competencia al mismo Tribunal Constitucional para elegir una vez vencido el plazo; aprobar una lista de magistrados suplentes; y hasta utilizar mecanismos de sorteos ante la imposibilidad del consenso político. Sin embargo, apreciamos que ninguna de ellas apunta a generar un incentivo en el Parlamento para corregir su inconducta. Es decir, todas las opciones afianzan la idea de que la norma constitucional sobre el deber del Congreso de la República se puede relativizar, cuando esta es precisamente la dificultad que se debe enfrentar.

Pretender que sea el propio colegiado constitucional el que elija a sus integrantes contradice el texto indubitable de la Constitución que establece quién es el órgano encargado de la elección. Como hemos visto con anterioridad, este sistema no es un asunto menor que se resuelva a través de un «movimiento de fichas» sino que responde a un proceso histórico y a la alta legitimidad que debe revestir la institucionalidad del tribunal. Asimismo, el planteamiento de un grupo de suplentes no tendría por qué ser malo si en dicha lista participa el Parlamento (ya en el planteamiento de Kelsen se previó un mecanismo similar), no obstante, siempre persistirá el comprensible cuestionamiento de que se deja de lado, de forma arbitraria y probablemente perjudicial para la institución jurisdiccional, a posibles nuevos y deseables candidatos que pudieron participar en una nueva elección. En el caso de una elección por sorteo, como es entendible, nos encontramos ante una inconsistencia categórica: si el objetivo es elegir a los candidatos más cualificados ¿es coherente hacer un sorteo por la sola razón de no haber acuerdo político?

Naturalmente, las posibilidades expuestas requerirían, además, una reforma constitucional que termina complicando el asunto. En todo caso, somos de la opinión que se debe poner énfasis en generar una cultura de compromiso con el cumplimiento de la norma por parte del Parlamento. Para estos fines, no solo es importante avanzar en el empoderamiento de los mecanismos de difusión y transparencia, sino que también se debe atender al principio de responsabilidad política de este poder del Estado. La Constitución peruana prevé que las acusaciones constitucionales proceden por infracción de la Constitución,¹⁰⁵ y el retraso injustificado del Parlamento configura una infracción directa a la norma fundamental.

El hecho de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevea la continuidad de los magistrados, en nada exime la responsabilidad de los parlamentarios de cumplir un mandato expreso de la Constitución. Así las cosas, y que cualquier ciudadano o grupo está habilitado para interponer una denuncia constitucional, es conveniente promover la utilización de esta herramienta que ya está vigente y que en el caso de la omisión de la falta de designación, debería proceder sin mayor trámite de fondo, pues las responsabilidades son además de objetivas (verificación del vencimiento del plazo), identificables (ya sea que se trate de los integrantes de la comisión especial encargada de la elección, de los miembros del Consejo Directivo que define la agenda del Pleno, del presidente del Congreso de realizar la convocatoria respectiva, entre otros).

¹⁰⁵ «Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: (...) a los representantes a Congreso (...) por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas».

Creemos que una elección realizada en el seno del Poder Legislativo inevitablemente involucrará la participación decisiva de los grupos parlamentarios, y ello no está en discusión, pues sería cuestionar la propia regulación constitucional que decreta este mecanismo. Como se ha señalado antes, la intervención del Parlamento en la selección de jueces constitucionales no es contraproducente ni es una alternativa descalificada; la preocupación radica en que, en el uso de dicha atribución, como consecuencia de falencias en el sistema, se ataque el principio de neutralidad que debe garantizarse en el desarrollo de la labor de los nuevos magistrados.

En ese entendido, la participación de los partidos es objetable en el extremo de llevar a cabo una decisión con base en los intereses del grupo y no en función de una evaluación objetiva que concluya en una elección de los mejores candidatos, léase de los juristas más destacados, cuya trayectoria avale su compromiso con el ejercicio de una labor imparcial y altamente técnica en la defensa del contenido de la Constitución. Es inadmisibles que la renovación del Tribunal Constitucional se haya convertido en una permanente manipulación partidista; es imperioso que el colegiado ostente una neutralidad categórica, de manera que sus fallos no generen tacha alguna de parcialidad.

4.4. EL PERÍODO DEL MANDATO

Como se ha descrito en el apartado anterior, lamentablemente, las prórrogas en el cargo de magistrado, parece que responden más a la falta de acuerdo político que a un riguroso o largo procedimiento de decisión ecuaníme, en el que la discusión central sea quién o quiénes son los mejores candidatos que cumplirán cabalmente y sin presiones el alto encargo de la magistratura constitucional. Ahora bien, lo más indignante puede reflejarse también en que la demora sobrepase la dificultad del consenso partidista y sea producto de una nefasta manipulación dolosa de retrasar los tiempos para, de esta manera, tener influencia en la correlación de mayorías parlamentarias. También se puede proceder así, con el fin de generar esperas que sumen más plazas vacantes y ello permita un reparto de cuotas donde participen más bancadas.

Con todo, los retrasos en la elección son parte de la realidad y suceden en sistemas diversos de elección, como los casos de España e Italia, que tienen períodos jurisdiccionales de mandato mayores que el caso peruano y, sin embargo, son objeto de críticas por no elegir oportunamente a los magistrados, según manda la carta política fundamental. Así, se llega a afirmar, con acierto, que estas demoras terminan *«por afectar a la legitimidad del órgano, y que en ocasiones en las que el retraso exceda los límites de lo razonable, se pueda incluso concluir que se esté vulnerando el derecho al juez predeterminado por la ley»*.¹⁰⁶

Sin perjuicio de lo indicado, debemos ser objetivos y reconocer que, aun cuando se identifiquen falencias de aplicación en otros modelos, siempre se está en mejor posición de enfrentar la ejecución de prórrogas irracionales si se cuenta con un período razonable de mandato que no resulte corto por la naturaleza de la función, y menos que sea el pretexto ideal para prolongar indefinidamente el encargo.

¹⁰⁶ Baamonde Gómez, Laura. La magistratura constitucional en España e Italia, Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico, tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 131.

El caso peruano, como se ha desarrollado, tiene casos exagerados de prórrogas, pero mantiene un período muy corto de mandato de sus magistrados. Según el artículo 201 de la Constitución vigente, los integrantes del Tribunal Constitucional cumplen un período de cinco años, no pudiendo reelegirse de modo inmediato. Evidentemente, es un tiempo de mandato apreciablemente reducido, que no tiene mayor justificación, menos si se observa que dicho lapso en el Perú es el que corresponde a los cargos de naturaleza política por excelencia (distinta, y hasta contraria, a la función jurisdiccional), como son el de presidente de la república y de parlamentario. Es más, en ambos casos, coincidentemente, tampoco opera la reelección inmediata.¹⁰⁷

Por el contrario, si damos una mirada al período regular que cumplen los jueces y fiscales del país, en todos los niveles, tenemos que el artículo 154.2 de la Constitución establece que estos, luego de nombrados, pasan por un proceso de ratificación cada siete años. Es decir, las principales instituciones que integran el sistema de justicia prevén un período mínimo ordinario de ejercicio del cargo de siete años, tiempo superior al caso de los miembros del Tribunal Constitucional, pese a que esta institución, en materia constitucional, fija la línea jurisprudencial que, incluso, por mandato del artículo VI del Código Procesal Constitucional, deben cumplir los jueces del Poder Judicial.

Los magistrados constitucionales cumplen una labor jurisdiccional no solo de solución de asuntos entre particulares, sino, sobre todo, de pedagogía con vocación de permanencia a través de sus precedentes constitucionales y decisiones con efectos generales. Esta consideración hace posible una evolución razonable y progresiva de la jurisprudencia constitucional, la que no debería ser pasible de experimentar cambios bruscos, como consecuencia de modificaciones significativas en la integración de la corporación.

Es oportuno anotar que la Constitución Política del Perú de 1979 impuso que los magistrados del tribunal de garantías constitucionales ejercían el cargo por seis años. Además, se previó una renovación parcial por tercios cada dos años y se permitió la reelección.¹⁰⁸

Existen sistemas jurídicos, como el de Austria, que establece que los magistrados constitucionales cumplen su trabajo hasta un límite de edad (el mandato era perpetuo en la configuración inicial de Kelsen). Por su lado, Alemania regula un plazo de doce años para que los magistrados de su tribunal cumplan la función, en tanto que el artículo 159 de la Constitución española apunta que «*Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un periodo de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres*». Similar tiempo al español está vigente en países como Italia y Francia.

A mayor abundamiento, a continuación, presentamos un cuadro comparativo entre algunos de los países que cuentan con tribunales constitucionales (bajo un modelo de control constitucional concentrado), donde se apreciará que el Perú está en notoria desventaja en el ámbito del período de mandato, incluso con relación a los demás países de Sudamérica.

¹⁰⁷ Artículos 90-A y 112 de la Constitución peruana de 1993.

¹⁰⁸ Artículo 296 de la Constitución peruana de 1979.

PAÍS	TIEMPO DE MANDATO
Perú	5 años
Guatemala	5 años
Bolivia	6 años
Colombia	8 años
Chile	9 años
Ecuador	9 años
República Dominicana	9 años
Rumania	9 años
Austria	Hasta cumplir 70 años
Bélgica	Vitalicio
Alemania	12 años
Rusia	12 años
Eslovaquia	12 años
República Checa	10 años
Bulgaria	9 años
España	9 años
Francia	9 años
Portugal	9 años
Italia	9 años
Polonia	9 años
Croacia	8 años

Cuadro de elaboración propia del autor.

Es evidente que el Perú requiere una reforma sobre este punto, pues no es coherente que tenga un período tan corto de duración y prohíba la reelección, cuando en todos los casos de las renovaciones de sus magistrados se ha utilizado la prórroga, en algunos casos, incluso, con manifiesto desacato a la norma constitucional, como se ha explicado antes.

Del mismo modo, aun cuando hemos alegado que los períodos largos no garantizan necesariamente una oportuna y objetiva elección, sí que es verdad que la duración del mandato no solo cumple el fin de limitar las prórrogas, sino también fortalecer la tarea del colegiado, cual es asegurar un ejercicio razonable en la función, de tal forma que permita institucionalizar una jurisprudencia seria y ordenada, que tenga correlato en la eficacia de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica.

PARTE V

**EL PARLAMENTO Y EL
PROCESO DE ELECCIÓN DE
JUECES CONSTITUCIONALES
EN LA EXPERIENCIA
EXTRANJERA**

Tomando en cuenta lo anotado, puede decirse que la competencia del Poder Legislativo en la composición del Tribunal Constitucional no es negativa, sino que los inconvenientes radican en el sistema integral que envuelve el proceso de elección. Si no existen reglas claras, un estricto respeto al principio de transparencia, incentivos para la generación del interés público y, sobre todo, cultura de comprender la trascendencia de la labor jurisdiccional en el campo constitucional, difícilmente una fórmula legal en la materia cumplirá sus fines.

Por ello, a continuación, revisaremos los casos de dos órganos jurisdiccionales supremos que tienen un protagonismo sobresaliente en materia de jurisprudencia constitucional y cuyos procedimientos de elección de sus miembros son marcadamente distintos. Naturalmente, ello, en el contexto de dos sistemas jurídicos constitucionales que ostentan un elevado prestigio como consecuencia de su notable aporte a la doctrina jurisprudencial en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Nos referimos al Tribunal Constitucional Federal alemán y al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuyas sentencias, históricamente, han sido replicadas por los órganos de la justicia constitucional en diferentes países alrededor del mundo. Sobre este asunto, no se debe dejar de mencionar que la referencia a la jurisprudencia comparada o la eficacia del diálogo judicial entre tribunales de países extranjeros ha contribuido y contribuye al fortalecimiento de recíprocas y perfeccionadoras soluciones a casos complejos. Además, se debe reafirmar que una jurisprudencia constitucional tan vasta, y sobre los asuntos más trascendentes de la vida cotidiana de los ciudadanos, únicamente puede ser revestida de éxito si la autoridad de los jueces es irrefutable. Solo así, la institucionalidad se fortalece y la justicia constitucional deja de ser una mera aspiración.

Seguidamente, daremos una mirada a los procesos de elección de dos modelos interesantes, que tienen importante presencia en la jurisdicción constitucional latinoamericana y, como tal, una mayor relación con la realidad peruana: Colombia y Chile. Ambos sistemas también consideran la intervención del Poder Legislativo en la designación, aunque con diferencias significativas.

5.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*), encargado del control de constitucionalidad de las leyes, está integrado por dieciséis miembros. Tiene un estatuto especial, Ley de la Corte Constitucional Federal (otorgada conforme al artículo 94 de la Ley Fundamental), que regula, entre otros aspectos, el procedimiento de la elección de los magistrados. Estos últimos son elegidos por mitades por el *Bundestag* (Parlamento de la República Federal) y por el *Bundesrat* (Cámara de los Estados federados).

El *Bundesrat* es el órgano de representación de los dieciséis estados federados de Alemania. Sus miembros no son elegidos por sufragio universal, sino nombrados por los gobiernos regionales. Tiene la particularidad de que sus delegados no votan individualmente, sino por estado; esto hace que, pese a que cada estado federado tiene más de un representante, finalmente el sentido de la votación es único por estado.¹⁰⁹ En este ámbito, como se puede comprender, la votación resulta más sencilla, siendo que se exige un mínimo de dos tercios a favor.

Caso contrario ocurre en el caso del *Bundestag*, cuyos integrantes son elegidos por todos los ciudadanos alemanes mayores de 18 años en una elección general y voluntaria, siendo que su composición es de un mínimo de 598 diputados. Por ello, en este ámbito se designa un comité electoral con una conformación proporcional a la relación de fuerzas representativas de la cámara, exigiéndose también una mayoría calificada de dos tercios. El debate respecto de los candidatos no es público, no obstante, los medios de comunicación social, ya sea por la vía informal, son proclives a conseguir información y publicar la identificación de los posibles candidatos, con sus respectivos antecedentes, lo que incluye comentarios y críticas que pueden ser de interés de la ciudadanía.

Normativamente se establecen algunas exigencias para integrar el tribunal: tener los requisitos para ser miembro de la carrera judicial (se consideran excepciones para los catedráticos universitarios); nacionalidad alemana, tener al menos 40 años y ser elegible al *Bundestag*. Asimismo, en la práctica se consideran ciertos criterios que toman en cuenta los órganos encargados de la elección: la calificación jurídica, el compromiso social, el prestigio por la producción bibliográfica (independientemente de si es en el área de Derecho Constitucional), la opinión jurídica sobre temas controversiales y las convicciones políticas.

Los magistrados tienen una duración de doce años sin reelección y no pueden desempeñar la labor después del mes en que cumplen 68 años (artículo 4.3 de la Ley de la Corte Constitucional Federal). Sin embargo, terminado su mandato, se debe seguir en el cargo hasta la elección de su sucesor, pero esto solo demora unas semanas o algunos meses (la sucesión se prepara con la debida anticipación, pues deben elegirse hasta tres meses de la expiración del predecesor correspondiente), ya que, transcurridos dos meses sin renovación, el miembro de mayor edad del comité electoral (del *Bundestag*) insta al Tribunal Constitucional a presentar propuestas (en mayor número al cargo o cargos vacantes), las que se resuelven por mayoría simple. Estas propuestas no son vinculantes.

Lo regular es que el procedimiento de selección empieza con la elaboración de unas listas por parte del Ministerio Federal de Justicia, donde se incluyen los nombres de los candidatos que cumplen con los requisitos legales. Una lista contiene a los jueces federales y la otra a los postulantes propuestos por un grupo parlamentario del *Bundestag*, por el gobierno federal o por un gobierno regional. Estas listas, según el artículo 8 de la Ley de la Corte Constitucional Federal, se ponen a disposición de los presidentes de las cámaras con al menos una semana de anticipación a la fecha de la elección. Debe puntualizarse que las listas no vinculan a las cámaras, habiendo existido varios casos en los que

¹⁰⁹ Por esta razón, es común que no todos los delegados de un estado se encuentren presentes en la votación, pues su respectivo portavoz (que es regularmente el primer ministro del Estado) puede otorgar la integridad de votos del estado correspondiente.

estas se apartaron de los nombres propuestos, lo que convierte a las listas en un requisito de orden procedimental.¹¹⁰

Es importante mencionar que un magistrado puede solicitar su relevo en cualquier momento, pero asume la pérdida de su pensión por el servicio de juez constitucional; esto guarda relación con el requisito de los candidatos a miembros del tribunal de declarar por escrito estar dispuestos a cumplir el encargo.

Entre las garantías que se regulan para desvincular la labor jurisdiccional de los miembros del tribunal con los intereses partidarios, se encuentra su inamovilidad y, con ello, la erradicación de un riesgo de destitución arbitraria. Igualmente, no tienen inmunidad y pueden ser procesados directamente. Es decir, aun cuando el cuestionamiento mayor a la elección recae en la influencia política de los consensos partidarios, lo cierto es que se ha procurado incorporar mecanismos legales para enfrentar un eventual condicionamiento e institucionalizar el ejercicio de la labor jurisdiccional con imparcialidad. Tanto es así que en los estudios o balances del trabajo del Tribunal Constitucional alemán, se resalta su aporte decisivo a la superación de los conflictos en la vida pública, su rol integrador y su esencial posición en la consolidación de la paz y el progreso.¹¹¹

Al respecto, es oportuno señalar lo manifestado por Konrad Hesse, exmagistrado constitucional, quien refirió que los consensos y concesiones entre los partidos no dejan de ser peligrosos y controvertidos en la elección de los jueces, sin embargo, el resultado del modelo es positivo, pues no se han tenido problemas graves, que impliquen la emisión de sentencias parcializadas con un determinado grupo político, reconociéndose la elevada reputación de los magistrados del tribunal. Ahora bien, si el Tribunal Constitucional alemán es un modelo que se pueda introducir en otros países, es un asunto de análisis mayor, pues *«la vigencia real de la Constitución y del Tribunal Constitucional, así como también la democracia y el Estado de Derecho (y esto tal vez es lo decisivo) tienen condiciones que la Constitución misma no puede crear (factores sociales, económicos, espirituales, historia, cultura política y el factor más importante: la tradición)»*.¹¹²

A ello, se debe agregar que la realización de los derechos fundamentales, lo que comprende su nivel de regulación, eficacia y condiciones para su desarrollo cabal en condiciones de igualdad, no ha alcanzado el mismo estándar de desarrollo en todos los sistemas jurídicos del mundo. Con todo, la jurisprudencia alemana, como referente de interpretación constitucional y modelo de doctrina jurisprudencial, siempre termina siendo inevitablemente influyente. En este contexto, cobra importancia lo manifestado por Jan Woischnik, cuando afirma que *«la jurisprudencia alemana no puede ser aplicada en una relación 1:1 en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos (...) sin conocer muy bien el contexto específico en que la sentencia fue dictada (...) no obstante, la jurisprudencia alemana con su profundidad dogmática y su riqueza de detalles puede ser en*

¹¹⁰ Hernando Masdeua, Javier. *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 216.

¹¹¹ Faller, Hans Joachim. «Cuarenta años del Tribunal Constitucional alemán» (traducción de Jaime Nicolás), en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, Núm. 34, enero – abril, 1992, p. 136.

¹¹² «La jurisdicción constitucional en Alemania: Reflexiones del profesor Konrad Hesse, ex magistrado constitucional». Entrevista del Dr. César Landa, en: *Pensamiento Constitucional*, Año V, n.º 5, Lima, 1997, pp. 209-225.

*muchas ocasiones al menos una ayuda para la interpretación de las normas constitucionales en el extranjero».*¹¹³

En consecuencia, puede afirmarse que aun cuando puede haber discusiones sobre la objetividad del proceso de elección (fundamentalmente por el riesgo de manipulación y política de reserva de los debates), estos no han significado la deslegitimación del proceso mismo y menos de la labor jurisprudencial. Ello, por cuanto existen otros elementos que generan estímulos para llevar a cabo una selección de juristas connotados con perfil idóneo para el cargo (la consideración de la calificación jurídica y el prestigio personal). En este sentido, ha sido un factor medular la alta valla de calidad de las decisiones pronunciadas, que no es más que el resultado de haber consolidado una práctica de designación de magistrados con destacada trayectoria y elevada reputación profesional. De allí que se reconozca la posición fundante de la jurisdicción constitucional germana en la forma de concebir el resguardo de la Constitución tras la Segunda Guerra Mundial, lo que puede presentarse como «*el feliz encuentro entre la tradición de una gran ciencia jurídica y la voluntad renovada de hacer efectivo el compromiso con la democracia*».¹¹⁴ El Tribunal Federal alemán, desde su creación en 1951, ha contribuido decisivamente en el fortalecimiento del orden democrático liberal y, sobretudo, en la protección de los derechos fundamentales en su jurisdicción territorial.

5.2. LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Si bien dicho país no cuenta con un órgano denominado Tribunal Constitucional, que resulte ser autónomo del Poder Judicial y aplique un sistema de control constitucional concentrado, tiene un modelo de Administración de Justicia, que garantiza la protección del principio de supremacía constitucional a través del trabajo de su máxima instancia judicial: la Suprema Corte de los Estados Unidos. No en vano el trabajo de la corte ostenta un notorio prestigio e institucionalidad, que se refleja en que resulta prácticamente impensable un rechazo por parte del mundo jurídico norteamericano a la doctrina del precedente que ha construido históricamente; que no está gobernado por sus propios precedentes, en tanto tiene la legitimidad suficiente para cambiarlos con libertad; y su doctrina judicial es reconocida como guía para los demás tribunales por motivos de certeza, estabilidad y coherencia de la jurisprudencia.¹¹⁵

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América (*Supreme Court of the United States*), que decide en última instancia los asuntos constitucionales de relevancia y es el mayor generador de jurisprudencia, se compone de nueve jueces nombrados por el presidente con el consentimiento del Senado. Esta elección no está exenta de cuestionamientos por los intereses políticos en juego, sin embargo, se ha institucionalizado que los candidatos son regularmente los más calificados juristas provenientes de las universidades más prestigiosas.

¹¹³ Prólogo a la obra de Schwabe, Jürgen (compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (traducción de Marcela Anzola, Konrad-Adenauer-Stiftung), Montevideo, 2003, p. XVII.

¹¹⁴ Revenga Sánchez, Miguel. «El Tribunal Constitucional alemán y los dilemas del constitucionalismo de los derechos», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 94, enero-abril 2012, p. 445.

¹¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro, La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. y Argentina, en Centro de Estudios Constitucionales de Chile, n.º 1, Año 4, Santiago de Chile, 2006, pp. 20-21.

Asimismo, generada la vacante, la propuesta de nombramiento por parte del presidente no es inmediata, pudiendo recibir propuestas de los senadores, cuyos votos, a fin de cuentas, son necesarios. En este proceso tiene protagonismo la *Office of Policy Development* (OPD), que es parte del Departamento de Justicia, ya que tiene a su cargo la selección de los postulantes (recibe información; investiga sobre la actividad financiera, competencia académica y profesional, solvencia moral, y realiza consultas a los órganos pertinentes sobre los candidatos). En esta etapa, es costumbre arraigada realizar la consulta respectiva al presidente de la Suprema Corte antes de la formulación de la proposición.

Una vez designado el candidato, el presidente remite la propuesta al Senado y en este se produce el denominado *advice and consent*. En este fuero es el *Senate Judiciary Committee*, conformado por dieciocho miembros, el que realiza la evaluación del perfil del candidato. Aquí se solicita la opinión de los senadores del Estado sobre el aspirante propuesto, pasando luego a la etapa de los *hearings*, que corresponde a la audiencia de confirmación, que es pública y con participación de los medios de comunicación. El rol de preguntas es amplio y trasciende, incluso, al campo estrictamente profesional. Cabe destacar que el procedimiento del Senado, con el transcurrir del tiempo, ha ganado notoria publicidad, realizándose audiencias televisadas con extensa cobertura mediática. Esto ha permitido el establecimiento de una estimable y permanente atención por parte de la opinión pública y personajes del escenario político, produciéndose discusiones abiertas sobre la materia, sobre todo, respecto de las cualidades y trayectoria de los aspirantes a la alta magistratura.

Dichas discusiones tienen un amplio alcance, pero comparten un punto en común: si el candidato elegido garantizará un trabajo deseable. Por ello, se discuten asuntos como el desempeño del candidato mientras ejerció el servicio público, la línea jurisprudencial y temática que apoyó si le tocó ser juez con anterioridad, sus vínculos con el poder político o el gobierno, las características de su perfil y posibles conflictos de intereses si se desenvolvió en el campo profesional privado. Como puede advertirse el nivel de interés e investigación que se suscita es coherente con el alto encargo que tendrán los candidatos, situación que contribuye en gran parte a la elevada legitimidad de la Suprema Corte, pese a que sus integrantes son designados por el Poder Ejecutivo.

Debe anotarse que se alcanza a todo candidato un detallado cuestionario sobre sus datos personales y antecedentes profesionales y patrimoniales. Las respuestas se ingresan a los registros públicos y están a disposición de los medios y de la ciudadanía en general, salvo aquella información que pueda afectar el derecho a la intimidad. También se pueden plantear preguntas adicionales que parten de recomendaciones de la prensa o de ciudadanos que han analizado los datos difundidos. Igualmente, se invita a la *American Bar Association* (colegio de abogados) a que evalúe las aptitudes profesionales del candidato (integridad, idoneidad profesional y temperamento judicial).¹¹⁶

Terminada la audiencia, se procede a la votación, cuya aprobación requiere el voto conforme de al menos diez senadores integrantes del Comité. Si se alcanza el mínimo requerido, la propuesta se remite al Pleno del Senado. En el Senado, posterior al debate, se exige el voto de la mayoría de la cámara. Producido esto último (el *consent* del Parlamento), el presidente firma el nombramiento y

¹¹⁶ Smith, Tefft y otros. El desafío de seleccionar a los mejores: La selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia. Washington: Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 3-4.

este se formaliza. Naturalmente, existe un número considerable de casos en los que el Parlamento rechazó propuestas y no se llegó a oficializar la designación.

Si bien el cargo de juez de la Corte Suprema es indefinido o vitalicio, lo que busca fortalecer su independencia, se puede renunciar o ser destituido mediante el proceso de *impeachment*, no habiendo sido separado ninguno de sus integrantes desde su creación (1789) hasta la fecha.

La legitimidad de la corte tiene expresión, asimismo, en su competencia discrecional para definir qué casos conocerá (*writ of certiorari*), lo que le ha permitido emitir resoluciones en los campos de mayor repercusión social. Además, debe observarse su facultad para dejar sin efecto pronunciamientos jurisdicciones de rango inferior y estudiar peticiones urgentes, como el caso de una ejecución.

En resumen, la normalidad con que la Suprema Corte ejecuta sus significativas decisiones se debe, en gran parte, a que el escenario para tales fines dota al principio de legitimidad de un alto valor: por un lado, la ciudadanía tiene interés en validar a los nuevos magistrados y, por otro lado, la participación de los demás poderes estatales ha institucionalizado (cautelando su propio prestigio) el deber de fortalecer la autonomía del colegiado jurisdiccional.

El mérito más notorio del proceso de elección judicial norteamericano es la institucionalización de la transparencia, pues esta ha permitido su apreciable desarrollo y prestigio mundial. El conocimiento general y el escrutinio público de los candidatos hace que los órganos que intervienen en la selección tengan incentivos para designar a magistrados idóneos, pues de su decisión depende su propia reputación y legitimidad frente a la opinión pública. El fomento de la cultura de la transparencia y la garantía de la libertad de información y de prensa sobre la importancia de contar con jueces imparciales son aspectos que, en todos los casos, debieran priorizarse.

Aun cuando el procedimiento de selección de magistrados trasluce la conformación de un poder judicial marcado por la política y la lucha de intereses, el riesgo de politización de los jueces elegidos no se percibe como un problema que deslegitime sus funciones¹¹⁷ y esto, en gran parte, responde a que el nombramiento de los jueces supremos es un asunto que despierta el mayor interés social y político que, incluso, desborda las fronteras de los Estados Unidos de América.

5.3. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Creada en la Constitución de 1991, es una institución judicial con autonomía que cumple la función de resguardar la plenitud y supremacía de la Constitución.¹¹⁸ Sus miembros son elegidos por el Senado de la República a partir de tres ternas presentadas cada una por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El cargo dura ocho años y se prohíbe la reelección.

¹¹⁷ Serra Cristóbal, Rosario. El Federalismo Judicial Estadounidense, en Estudios de Deusto, Vol. 65/1, enero-junio, Universidad de Deusto, 2017, pp. 319-320.

¹¹⁸ Artículos 239 a 245 de la Constitución Política de Colombia.

De acuerdo con el artículo 239 de la Constitución colombiana, la corte tendrá el número impar de miembros que determine la ley, siendo que, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), el colegiado está conformado por nueve jueces.

Desde el inicio de su funcionamiento hasta la actualidad, los fallos de la corte configuran la principal fuente para el ejercicio de la labor jurisdiccional, lo que ha repercutido en una notoria presencia ascendente del constitucionalismo (desarrollo de principios, así como derechos y deberes constitucionales) en el acontecer cotidiano de la sociedad colombiana. Sobre el particular, es oportuno citar al profesor Julio César Ortiz, quien reconoce el sobresaliente valor doctrinario y el reconocimiento social de la Corte Constitucional de Colombia, llamando la atención el innegable vigor que han adoptado sus decisiones en materia de tutela de derechos, lo que *«presupone el acierto del constituyente en la configuración de los más altos grados de legitimidad y de autoridad con los que se ha rodeado a dicho tribunal y a sus jueces desde la carta política y sus desarrollos estatutarios»*.¹¹⁹

En este entendido, es necesario mirar la forma de la elección de sus integrantes, que tiende a concederle un mayor grado de compromiso social y de responsabilidad política, pues el Parlamento hace la respectiva consulta al presidente de la República (elegido por voto popular); existiendo un equilibrio mediante la intervención de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, lo que convierte al modelo en una fórmula jurídico-política.¹²⁰

Como la elección desconcentra la intervención de los poderes públicos, el proceso se desarrolla en procedimientos diferentes, según la entidad en la que se lleva a cabo.

Para dichos efectos, en Colombia, con la finalidad de superar los cuestionamientos a una elección parcializada, se aprobó el 2015 el Decreto 537, que regula el procedimiento para la integración de las ternas que está obligado a presentar el presidente de la república, el que está conformado por las siguientes etapas:

- Calidades de los ternados: las ternas que presente el presidente deben ser integradas, cada una de ellas, por ciudadanos que cumplan las exigencias de ley, debiendo incluirse al menos a una mujer. Los candidatos deben asegurar, entre otros, probidad, independencia, idoneidad y solvencia académica y profesional.
- Convocatoria pública: dos meses antes de vencer el período del cargo de magistrado que haya sido postulado por el presidente, se invitará públicamente a los candidatos para que en diez días postulen ante el ministro de la Presidencia. El presidente puede incorporar en el listado a otros ciudadanos.

¹¹⁹ Ortiz Gutiérrez, Julio César. El estatuto del juez constitucional de Colombia. El régimen jurídico de la Corte constitucional y de sus magistrados, en *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa*. FIX ZAMUDIO, Héctor y ASTUDILLO, César (coordinadores), Libro homenaje al doctor Jorge Carpio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2012, p. 382.

¹²⁰ Nieto Deaza, Julia. «Naturaleza de la Corte Constitucional Colombiana», en *Vía Iuris*, Núm. 5, julio-diciembre 2008, p. 29.

- Lista definitiva: la lista definitiva se publica en el portal virtual de la Presidencia de la República, precisándose si postuló o fue incluido por el presidente. También se publican los criterios de selección para la evaluación de las hojas de vida, así como la política de manejo de posibles conflictos de intereses.
- Se implementa un canal para que los ciudadanos emitan juicios sobre los candidatos por escrito en diez días (con sustento debido), difundiéndose el mismo mediante los medios de comunicación. En este plazo la secretaría puede pedir opinión a organizaciones ciudadanas o sociales sobre los aspirantes. Vencido el plazo, el ministro de la Presidencia remite al presidente las observaciones.
- Entrevista: recibidas las observaciones, el presidente puede realizar entrevistas a los postulantes, debiéndose garantizar equidad y transparencia. Una vez que el presidente elabore la terna, la publicitará mediante los medios de comunicación, para luego presentarla al Senado.

Como puede advertirse, al menos legislativamente, existe una clara finalidad de imponer una elección imparcial, en el marco de los principios de pluralidad y participación. La convocatoria pública siempre será una alternativa legítima, pero, además, en el presente caso existe un elemento adicional que es positivo, cual es la integración de por lo menos una mujer en la terna. Independientemente de los criterios de meritocracia, es una realidad que la participación de las mujeres en las decisiones más importantes y de trascendencia social y jurisprudencial no debe ser relativizada, menos en contextos como el latinoamericano, donde la transformación de la legislación y el rol del juez comprenden elementos fundamentales en el cambio hacia una sociedad igualitaria e inclusiva.

Aun cuando la convocatoria pública constituye la regla, persiste una posibilidad que termina siendo cuestionable, que es la facultad del presidente de incluir candidatos adicionales que no se presentaron ante el anuncio. Al respecto, podemos señalar que esto no es necesariamente contraproducente con una selección idónea, pues debe recordarse que los magistrados constitucionales deben ser juristas de reconocida trayectoria, los que muchas veces, comprensiblemente, no están dispuestos a acudir por iniciativa propia a convocatorias públicas y seguir un procedimiento que tienda a afectar su prestigio. Si bien esto puede ser relativo, existe y no se puede desconocer lo propio; precisamente, por esta razón, en su oportunidad, el Perú previó la designación por invitación, que se dejó sin efecto el 2020.

En todo supuesto, e incluso si parece reiterativo, cualquier duda sobre un proceder sin objetividad e imparcialidad, se encuentra en desventaja de ser enfrentado si se institucionalizan técnicamente los criterios de evaluación y se priorizan los más amplios mecanismos de transparencia. El caso colombiano, pese a tener un decreto especializado sobre el procedimiento, no ha previsto en el mismo los criterios específicos que se utilizarán en la evaluación, aun cuando es un dispositivo de carácter reglamentario que debiera prever todo aquello que imposibilite distorsionar el objeto y finalidad de la norma.

En cuanto a la selección realizada por la Corte Suprema de Justicia, la encargada es la Sala Plena, quien decide, por mayoría calificada (dos tercios) entre los candidatos presentados por las salas

de casación o por los magistrados individualmente. Las deliberaciones son secretas y no existe una norma especial en este fuero, por lo que el procedimiento se realiza tomando en cuenta el Reglamento Interno General. Luego de votada y elegida la terna, se remite al Senado de la República.

Sobre el Consejo de Estado (máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y órgano consultivo del Gobierno), tampoco existe una norma especializada que fije un procedimiento específico en este ámbito. Atendiendo al respectivo Reglamento Interno, la labor de selección recae en la Sala Plena y sigue un trámite similar al de la Corte Suprema de Justicia, como el requisito de la votación favorable de dos tercios.

El Senado de la República, que recibe las nominaciones, elige a los integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento sigue las reglas del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992), cuyo artículo 136, referido a las elecciones en general que se producen en el ámbito parlamentario, señala que, postulados los candidatos, el presidente designa una comisión escrutadora. Abierta la votación, cada congresista vota en secreto. Luego, la comisión escrutadora cuenta los votos y entrega el resultado a la Presidencia. Declarado electo el candidato, será invitado por el presidente para tomarle el juramento de rigor.

Entonces, en la etapa parlamentaria no existe mayor regulación sobre el examen de valor que definirá la elección, lo que, por supuesto, es motivo para los cuestionamientos a una designación política antes que idónea. Empero, debe recordarse que el Parlamento es una última instancia en este proceso, existiendo un primer filtro en los órganos encargados de presentar las ternas. De todos modos, no existe fundamento válido para afirmar que el Poder Legislativo está en plena capacidad de evaluar, de acuerdo a su autonomía, las candidaturas presentadas y no actuar como una sola mesa de partes; esto, finalmente, definirá su responsabilidad en la decisión sobre la composición de la Corte Constitucional.

Evidentemente, los contextos son distintos y ante una eventual mayoría parlamentaria del partido de gobierno, el asunto se torna más complejo, pues se corre el riesgo de trasgredir el modelo de pesos y contrapesos entre los poderes y, con ello, afectarse la imparcialidad del corporativo constitucional. Sin embargo, esta posibilidad es inevitable y de aquí la necesaria observación a la alternativa de consolidar la institucionalidad de la administración pública en una atmósfera de transparencia, pues así se generarán incentivos para que los poderes interioricen un ánimo de prudencia o autocontrol en sus actos y decisiones. Esto, como venimos sosteniendo, se desarrolla mejor en el campo de un procedimiento con reglas claras, previsibles y que procuren una elección con criterios de meritocracia y solvencia en el perfil del seleccionado.

Así las cosas, queda claro que el sistema colombiano tiene avances significativos, como son los casos del estatuto especial de elección que rige en la Presidencia de la República y la consideración de la participación femenina en las ternas. No obstante, el hecho de no tener en las demás etapas del procedimiento una normatividad previsible y clara, hace que la percepción pública no sea la deseable, y ello afecta la legitimidad de la corte. Si a esto sumamos que algunas deliberaciones se hacen sin publicidad, seguramente entenderemos mejor los cuestionamientos al tipo de elección.

5.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

La Constitución Política de Chile de 1925 (artículo 86), mediante una modificación en 1970, instituyó, por primera vez en este territorio, el control de la constitucionalidad de la ley por un órgano (Corte Suprema) distinto al Congreso Nacional, mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, cuya sentencia tenía características limitadas, como tener efectos *inter partes* y no comprender a la inconstitucionalidad por la forma.

Considerando la insuficiencia del citado recurso para garantizar la supremacía constitucional y el contexto internacional de creciente presencia de la jurisdicción constitucional plena, el sector académico chileno promovió la creación de un Tribunal Constitucional, con referencia en el Tribunal de Austria de 1920. Este se introdujo al ordenamiento jurídico mediante una reforma constitucional (Ley 17.284) en 1970. Estaba conformado por cinco jueces (tres elegidos por el presidente de la república con acuerdo del Senado y dos elegidos por la Corte Suprema entre sus miembros). El colegiado se instaló y cumplió sus funciones solo hasta 1973,¹²¹ año en el que fue disuelto por el gobierno militar de Augusto Pinochet.

El Tribunal Constitucional fue reincorporado al sistema jurídico chileno en la Constitución de 1980, como órgano constitucionalmente autónomo. Debía estar compuesto por siete ministros elegidos por la Corte Suprema (3), el presidente de la república (1), el Consejo de Seguridad Nacional (2) y el Senado (1). La duración del cargo se fijó en ocho años con renovación parcial cada cuatro años.

El 2005 se introdujeron importantes modificaciones constitucionales¹²² que alcanzaron al Tribunal Constitucional. Se amplió a diez el número de magistrados: tres designados por el presidente de la república; cuatro por el Senado (dos por libre elección y dos a propuesta de la Cámara de Diputados, con votación favorable de dos tercios en ambos casos) y; tres por la Corte Suprema. Se amplió el periodo del mandato a nueve años con renovación parcial cada tres años y sin posibilidad de reelección. También se extendieron sus competencias de control constitucional para efectos de instituir una verdadera jurisdicción plena: declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*, declarar la inconstitucionalidad de los autos de los demás tribunales de justicia, se amplió el control preventivo de constitucionalidad de un tratado sobre asuntos que corresponden a ley orgánica constitucional, se definió el carácter normativo de sus sentencias de inconstitucionalidad, entre otras.

Así las cosas, el modelo de elección vigente reparte la elección en los tres poderes del Estado. En cuanto al procedimiento que se sigue en cada caso, debe resaltarse el que corresponde a la Corte Suprema, que realiza el proceso de elección de ministros bajo la regulación de un auto acordado.¹²³ Se establece una convocatoria pública de méritos de candidatos que cumplen los requisitos constitucionales, los que serán evaluados y votados por el Pleno de la corte.

¹²¹ Decreto Ley 119, Santiago, 5 de noviembre de 1973. Su artículo 1 dispuso: «Disuélvese el Tribunal Constitucional, cesando en sus funciones sus actuales miembros, a contar de esta fecha». Este decreto fue publicado en el Diario Oficial de Chile el 10 de noviembre de 1973.

¹²² Ley 20.050, publicada en el *Diario Oficial de Chile* el 26 de agosto de 2005.

¹²³ Auto Acordado S/N, publicado el 24 de marzo de 2006: Auto Acordado que regula el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema de Justicia.

El concurso público de antecedentes se realiza por el término de quince días en el diario oficial. Si no se presentan candidatos, el plazo se prorroga por términos iguales y sucesivos. Destaca el hecho de que se busca la mayor difusión, pues, además, durante dos días, se publican avisos en dos diarios de circulación nacional, se informa a los medios de comunicación, se publica en el portal de internet del Poder Judicial y los antecedentes se encuentran a disposición de la ciudadanía en la Secretaría de la institución.

Los postulantes deben acreditar, a la par de sus títulos y experiencia académica, cualquier otro antecedente pertinente para evaluar sus méritos y el cumplimiento del requisito de haber sobresalido en la actividad profesional, universitaria o pública. Vencido el plazo de convocatoria o su prórroga, se individualizan a todos los postulantes y se declara cerrado el concurso.

Luego, el secretario del tribunal revisa los antecedentes y certifica qué postulantes están aptos, lo que se notifica a todos los aspirantes para que, en el plazo de cinco días, puedan objetar lo propio. Terminado este tiempo, el presidente de la corte convoca al Pleno a una audiencia para resolver las objeciones, así como para llevar a cabo el nombramiento. La elección es secreta y se requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que concurran a la sesión. Finalmente, el presidente de la corte dictará el decreto respectivo.

Es decir, a nivel judicial, se ha previsto un procedimiento especial, cuya regulación se caracteriza por procurar la máxima pluralidad y publicidad en el proceso de convocatoria de candidatos. Si bien existen requisitos que parten del texto constitucional como exigencias mínimas a los candidatos, es verdad que, terminada la etapa de convocatoria, no se han reglamentado mayores límites a la potestad de los miembros de la Corte Suprema, pues no se conocen los criterios de evaluación ni los puntajes que determinarán las ubicaciones de los concursantes.

En cuanto a la participación del Poder Ejecutivo y el Senado no se conoce algún estatuto especial que determine las reglas del procedimiento de modo específico, más allá de sus reglamentos generales. El caso del presidente de la república llama la atención, pues este no requiere mayor consenso ni límites a la hora de ponderar entre los candidatos que cumplen los requisitos constitucionales y de ley. Por ello, no es anormal que en este ámbito se produzcan críticas al sistema, como lo manifestado por el profesor Lautaro Ríos, quien refiere que *«El presidente de la República, teniendo la oportunidad de nombrar a un tercio del Tribunal, tendría que ser muy poco sagaz para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos»*.¹²⁴ En el mismo sentido, la profesora Catalina Salem señala que *«Cuando el presidente de la República no cuenta con un contrapeso en el ejercicio de su atribución de designación de miembros del TC –o de cualquier órgano–, esa falta de control, como es sabido, puede devenir en una desviación de poder (...) Nuestra Constitución falla en este punto, imponiendo un exíguo límite a la discrecionalidad del Jefe de Estado, constituido por los requisitos de elegibilidad (...)»*.¹²⁵

¹²⁴ Ríos Álvarez, Lautaro. «El nuevo Tribunal Constitucional chileno», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 11, Madrid, 2007, pp. 263-264.

¹²⁵ Salem Gesell, Catalina. «Integración del Tribunal Constitucional: un análisis crítico al sistema de designación actual», en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, Núm. 11, octubre de 2017, p. 76.

Sobre la competencia del Poder Legislativo, si bien existe un control entre el Senado y la Cámara de Diputados en el caso de los candidatos propuestos por la última, lo cierto es que tampoco median condiciones limitantes para lograr una elección objetiva. Esto se agrava en el caso de los miembros elegidos por el Senado en su solo fuero, donde la elección es libre. Es decir, no se conoce, con criterio de previsibilidad e imparcialidad, cuáles son los elementos de evaluación o el baremo concreto que definirá la designación. Creemos que haber establecido un número alto de votos es positivo si lo que se busca es legitimar al máximo nivel la designación, sin embargo, este aspecto no es suficiente, pues el cuoteo político es un constante riesgo en este tipo de elección y, claro está, tiende a descalificar la imparcialidad de institución jurisdiccional.

Un asunto que guarda una justificada atención es lo concerniente a la posibilidad de tener magistrados suplentes. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Chile prevé que este nominará, previo concurso de méritos, magistrados suplentes (nombrados por el presidente de la república con acuerdo del Senado) que cumplen de forma transitoria la función ante posibles casos, por ejemplo, de inhabilitación o impedimentos por diversos motivos. Según el artículo 15 del citado cuerpo normativo su actuación se cumple cuando no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Los suplentes concurrirán a integrar el Pleno o las salas en orden de precedencia que se determine por sorteo público.

Entonces, en paralelo al sistema desconcentrado de poderes públicos con competencia para elegir a los jueces constitucionales, la legislación ha instaurado un régimen de cooperación entre órganos para los mismos fines. De esta manera, se atribuye al colegiado constitucional tener la iniciativa que, luego, será ratificada por el presidente y el Senado. En buena cuenta, mediante ley, se ha fijado una atribución que, en principio, corresponde a una habilitación constitucional. Es que, independientemente de si se tiene la condición de suplente o titular, lo real es que la función es una sola y el efecto práctico es idéntico: se ejerce la función jurisdiccional. En este sentido, frente a una imposibilidad de ejercicio del cargo antes de culminado el mandato por parte de cualquier ministro, tiene una solución que está contemplada en la Constitución, cual es seguir el procedimiento de designación regular. Instaurar un régimen de suplentes, además, con prioridad en base al sorteo, creemos no solo desnaturaliza el texto constitucional, sino que lo hace perder vigencia en este extremo. Por ello, estamos conformes con la posición del profesor Humberto Noguera, cuando sostiene: *«Parte de la doctrina chilena, entre los cuales me cuento, considera que dichos abogados integrantes del Tribunal Constitucional son inconstitucionales ya que la Constitución no los contempla como magistrados suplentes y tampoco habilita al legislador orgánico constitucional para establecer magistrados suplentes»*.¹²⁶

En resumen, apreciamos el empoderamiento categórico que la reforma constitucional de 2005 otorgó al Tribunal Constitucional chileno, así como su justo posicionamiento en la jurisprudencia constitucional latinoamericana. No obstante, y sin perjuicio de haber contado con notables ministros, la regulación del procedimiento de elección de los magistrados constitucionales adolece de algunas deficiencias que afectan negativamente la alta legitimidad con que debe contar la suprema justicia

¹²⁶ Noguera Alcalá, Humberto. «El estatuto de los jueces constitucionales en Chile, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*», Núm. 14, Madrid, 2010, p. 288.

constitucional. No debe perderse de vista que la autoridad de un juez constitucional, implica tener la confianza de la integridad de los sujetos y órganos a los que impondrá sus resoluciones.

5.5. LA INTERVENCIÓN PARLAMENTARIA EN OTROS PAÍSES

Repasando los diferentes países que cuentan con un tribunal constitucional, advertimos que existen diversas modalidades en lo que atañe a los órganos encargados de la selección de sus magistrados. No obstante, el factor recurrente es que, en todos, el Congreso cumple un rol protagónico e indispensable.

Así, existen algunos sistemas donde el Parlamento tiene competencia exclusiva en la elección. En Croacia la elección de magistrados constitucionales depende solamente del Parlamento (artículo 122 de la Constitución de Croacia). En Polonia los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por la Cámara de Diputados por mayoría absoluta (artículo 194 de la Constitución).

También existen ordenamientos jurídicos, donde el Parlamento debe dar su consentimiento para que el nombramiento sea eficaz, similar a lo que ocurre con la Suprema Corte de los Estados Unidos. Los jueces del Tribunal Constitucional de la República Checa son nombrados por el presidente de la república con el consentimiento del Senado (artículo 84 de la Constitución de la República Checa). Parecido es el caso de Rusia, cuya Corte Constitucional se compone de 19 jueces nombrados por el Consejo de la Federación (Senado) a propuesta del presidente de la Federación Rusa (artículo 128 de su Constitución).

Hay casos donde la competencia del Parlamento en la elección de magistrados es compartida con otros poderes públicos. Conforme al artículo 147 de la Constitución austriaca, su Tribunal Constitucional tiene catorce miembros y seis suplentes. Todos son nombrados en base a propuestas formuladas por el Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente, seis miembros, tres miembros suplentes), el Consejo Nacional (tres miembros, dos miembros suplentes) y el Consejo Federal (tres miembros, un miembro suplente). La Corte Constitucional de Italia está conformada por quince jueces nombrados en un tercio por el presidente de la república, en otro tercio por el Parlamento y un tercio final por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (artículo 135 de la Constitución italiana). El Consejo Constitucional de Francia,¹²⁷ que ejerce control *a priori* y *a posteriori*¹²⁸ de las leyes, está integrado por nueve miembros: tres de la Asamblea Nacional, tres del Senado y tres del presidente de la república (artículo 56 de la Constitución francesa). En Guatemala son designados multisectorialmente. Un magistrado por la Corte Suprema, otro por el Congreso, otro por el presidente de la república, otro por una universidad y otro por el Colegio de Abogados (artículo 269 de la Constitución de Guatemala).

¹²⁷ La competencia jurisdiccional del Consejo Constitucional se divide en dos ámbitos: 1. Contencioso normativo (actúa como juez de la constitucionalidad de las leyes) y 2. Contencioso electoral y referendario. También tiene competencia consultiva respecto del Gobierno. Es decir, a diferencia de otros colegiados tiene algunas particularidades que lo distinguen notoriamente.

¹²⁸ A partir del 1 de marzo de 2010, el Consejo Constitucional, por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, tiene competencia para controlar si una disposición legislativa vigente violenta los derechos y libertades reconocidas en la Constitución.

En dicho grupo de colegiados debe ser considerado también el Tribunal Constitucional de República Dominicana. Si bien el artículo 179 de su Constitución señala que el Consejo Nacional de la Magistratura designa a los jueces del Tribunal Constitucional, es preciso conocer quiénes integran dicho órgano. El artículo 178 constitucional, precisa que el consejo está compuesto por el presidente de la república, el presidente del Senado, un senador, el presidente de la Cámara de Diputados, un diputado, el presidente de la Suprema Corte de Justicia, un magistrado de la misma corte y el procurador general de la república. Es decir, si bien no existen cuotas precisas sobre el número de magistrados a elegir, que corresponda a cada representante de las entidades descritas, lo cierto es que todas participan con criterio de consenso.

En otras realidades, el Parlamento realiza la elección, pero se requiere el nombramiento posterior del Gobierno. En Bélgica, la Corte Constitucional está conformada por jueces nombrados de por vida por el Rey de una lista de candidatos, nominados alternativamente por la Cámara de Representantes y el Senado (artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Bélgica). En Eslovaquia, el presidente de la república nombra a los jueces de la Corte Constitucional a petición del Consejo Nacional (Parlamento), órgano que presenta el doble de número de postulantes que serán nombrados (artículo 134 de la Constitución eslovaca).

Existe la experiencia, donde, además del Parlamento, el propio Tribunal Constitucional tiene una cuota en la designación. De conformidad con el artículo 222 de la Constitución de Portugal, el Tribunal Constitucional está compuesto por trece jueces, siendo diez designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por estos. Es decir, el mismo tribunal tiene competencia para elegir tres miembros.

Además, existe el caso en el que el monarca nombra sobre la base de una elección compartida entre los poderes del Estado. En España, los tres poderes públicos participan en la elección de jueces constitucionales. Según el artículo 159 de la Constitución española, los doce magistrados son nombrados por el rey a propuesta del Congreso (4); del Senado (4), que elige entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; del Gobierno (2) y del Consejo General del Poder Judicial (2).

También se presenta el supuesto en el que se conforma una comisión multisectorial de representación de los poderes estatales para realizar un concurso público. En Ecuador, la designación de magistrados de la Corte Constitucional está a cargo de una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por las tres funciones: el Legislativo, Ejecutivo, y Transparencia y Control Social (artículo 434 de la Constitución de Ecuador). Se precisa que la selección se realiza mediante concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

De otro lado, podemos identificar un modelo de elección popular, pero con el filtro previo de candidatos seleccionados por el Parlamento. Según el artículo 199 de la Constitución de Bolivia, los magistrados de su tribunal son elegidos por sufragio universal. Sin embargo, el artículo 19 de la Ley 027, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, precisa que las postulaciones se hacen ante la Asamblea Legislativa Plurinacional, la que, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, definirá una preselección de candidatos, cuya lista se remite al Órgano Electoral Plurinacional.

Finalmente, en aquellos países que no tienen formalmente un Tribunal Constitucional, pero sus máximos colegiados del Poder Judicial cumplen una función equivalente, también el Parlamento ejerce la atribución de participar en la elección de sus respectivos magistrados. Ciertamente, en Argentina los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son nombrados por el presidente de la Nación, con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública (artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional). Para nombrar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México, el presidente de la república somete una terna a consideración del Senado, el que, previa comparecencia de los candidatos, hace la designación con el voto a favor de dos tercios de sus integrantes presentes (artículo 96 de la Constitución mexicana). En Brasil, compete al presidente de la república nombrar, después de la aprobación del Senado Federal, a los ministros del Supremo Tribunal Federal (artículo 84 de la Constitución de Brasil). De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución de Uruguay, los cinco miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus integrantes.

5.6. LA PRESENCIA DEL PARLAMENTO EN LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS

Como hemos podido comprobar, en todos los sistemas de elección de miembros del Tribunal Constitucional el Poder Legislativo cumple un rol central. Esto responde, sin duda alguna, a la alta legitimidad que requiere el citado colegiado, para cumplir su función ordenadora en el régimen democrático y de órgano de cierre en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, merece la pena hacer un análisis de los cuatro países que hemos desarrollado con detalle: Alemania, Estados Unidos de América, Chile y Colombia.

De acuerdo con lo reseñado, podemos afirmar que, aun cuando los casos descritos corresponden a realidades distintas, existen dos puntos comunes en los procesos de elección de magistrados constitucionales. Por un lado, se aprecia la participación del Parlamento, ya sea eligiendo directamente (Alemania), prestando su consentimiento (Estados Unidos), eligiendo entre ternas presentadas por otros órganos (Colombia) o teniendo una cuota directa de elección (Chile); y por el otro, los cuestionamientos a una eventual designación con tinte político y no necesariamente objetivo.

Entonces, reafirmamos que la competencia parlamentaria en este campo es coherente con la finalidad de reforzar la legitimidad del tribunal dada, como hemos dicho antes, por la Constitución. No obstante, también hay que decir que la intervención parlamentaria y cómo no, la de cualquier órgano político, es pasible de generar, casi como regla, toda clase de cuestionamientos, claro está, en unas realidades con más intensidad que en otras, dependiendo, seguramente, del grado de consolidación institucional lograda.

Los casos de Estados Unidos y Alemania, aun cuando resultan modelos emblemáticos, tampoco están exentos de estos cuestionamientos, sin embargo, la institucionalidad alcanzada por sus sistemas jurídicos y políticos hace que, de algún modo, los cuestionamientos no incidan en la legitimidad de sus decisiones futuras ni en su consecuente ejecución. Los casos de Colombia y Chile, que son tribunales que están construyendo un prestigio notable, en los últimos tiempos se ven reprobados por los intereses políticos en juego. Si bien en ambos casos existen mecanismos de

transparencia y acceso a la información pública sobre los candidatos, así como requisitos mínimos para ocupar el cargo de magistrado, no se ha implementado un sistema de calificación previsible y técnico que permita tener la garantía de que la decisión final sea consecuencia de un examen objetivo e imparcial.

Creemos que los problemas de institucionalidad en América Latina, si bien no son iguales en todos los países, existen, y estos se agravan cuando tienen incidencia en los órganos que conforman el sistema de administración de justicia. En el caso de los tribunales constitucionales, el asunto cobra mayor importancia por las funciones que este cumple, por tanto, las políticas y la regulación para su fortalecimiento no deberían subestimar el modelo de elección de sus magistrados. Los dos países mencionados van por buen camino en el trabajo jurisprudencial y, por lo mismo, no deberían afectar su institucionalidad por causa de falta de controles o vacíos legislativos de los que se aprovechan los actores con atribuciones de designación para concretar intereses personales o partidarios.

Además, los magistrados del corporativo constitucional, en todo supuesto, se deben caracterizar por corresponder a juristas de notable reconocimiento, lo que recae en lo que conocemos como profesionales de reconocida competencia; concepto este último que abarca una amplia trayectoria y las más altas condiciones de independencia, lo que implica la incompatibilidad de su función con cualquier otra actividad y el aseguramiento del máximo prestigio institucional. De aquí que sea coherente la exigencia de una mayoría cualificada en el caso del Parlamento, situación que refleja que los jueces constitucionales deben estar dotados del máximo consenso respecto a su reconocida competencia jurídica y solvencia para el desempeño de tan alta responsabilidad.

Aun cuando sea entendible alegar que lo señalado se desvanece en un sistema de elección donde el Poder Legislativo, y con ello la partidización de cuotas, tiene presencia, debemos decir, a propósito de lo explicado, que no siempre sucede así. En Estados Unidos de América designa el presidente de la Federación, pero su propuesta es controlada por el Parlamento, que evalúa acuciosamente la idoneidad del postulante en un sistema que ha institucionalizado la transparencia en el trámite del proceso. En Alemania, el nombramiento se produce en el Parlamento, sin embargo, se cuenta con una lista de candidatos mayor al número de plazas a cubrir; en todo caso, debe apreciarse que, en este país, independientemente del sobresaliente trabajo jurisprudencial, no dejan de producirse críticas a la intervención de los partidos, lo que hace ver la necesidad de su limitación a partir del objetivo mayor, que es garantizar la máxima institucionalidad y reputación del tribunal.

En este ámbito debe recordarse que la democracia en la realidad contemporánea convive necesariamente con la presencia esencial de los partidos en el Parlamento, pero ello, de ningún modo, debe obstaculizar el debate congresal respecto de la priorización del perfil deseable de los candidatos a miembros del Tribunal Constitucional. En todo supuesto, la representación integral parlamentaria no debería ser violentada por convenio negociado y oculto que privilegie cualquier rédito de grupo antes que la idoneidad del próximo magistrado.

Como hemos visto antes, la intervención del Parlamento en el proceso de elección de los jueces constitucionales no es mala *per se*, pero también es una realidad que, en tanto poder político, no se encuentra descontaminado de intereses partidarios que pueden ser contrarios al objetivo de una designación deseable. En este último aspecto cobra indispensable necesidad la consolidación

de un proceso no solo transparente, sino también caracterizado, ya sea por exigencia legal o por institucionalización cultural, por el requerimiento decisivo de un perfil de magistrado con altas cualidades profesionales, académicas y de valores sólidos democráticos, reflejados en su alto reconocimiento social, todo ello, en el marco de un examen probadamente imparcial.



PARTE VI

EL PARLAMENTO Y LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Los procesos de elección de miembros del Tribunal Constitucional del Perú, desarrollados en el seno de la representación parlamentaria, han tenido diferentes características que es preciso revisar, en tanto no se agotan en asuntos procesales, sino que comprenden aspectos que tienen relación con el contexto particular en el que se desenvuelve el modelo correspondiente y la propia cultura jurídica.

Sin embargo, antes de desarrollar cada uno de los procesos de elección llevados a cabo, es preciso hacer una referencia al antecesor del Tribunal Constitucional, pues si bien su labor no tuvo el efecto deseable, es apreciable su incorporación como institución que fundó el control constitucional concentrado en el país. Además, su modelo de elección de magistrados previó la participación de los tres poderes públicos y contó con otras características que bien se podrían rescatar para una propuesta de reforma al actual sistema.

6.1. EL MODELO DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Al fin del gobierno militar y *de facto* más largo de la historia republicana del Perú (doce años), se convocó a una asamblea constituyente (1977) con el único fin de aprobar una nueva carta política. Como consecuencia de ello, la nueva Constitución se aprobó el 12 de julio de 1979 y cobró vigencia el 28 de julio de 1980 a la par del retorno al régimen democrático.

Como refiere el profesor Domingo García Belaunde, en el campo doctrinario ya se había planteado la necesidad de incorporar la jurisdicción constitucional, sin embargo, cumplió un rol fundamental el asambleísta Javier Valle-Riestra, quien planteó inicialmente y defendió la propuesta, a nivel legislativo, de introducir por primera vez en el Perú un tribunal de garantías constitucionales, tomando como referencia el caso de la Constitución española de 1978.¹²⁹ Así lo confirma también el profesor Enrique Bernalles, quien apunta:

*«(...) en ese texto también germinaba en una u otra forma la institucionalidad democrática que la Carta de 1993 recoge (...). La Defensoría del Pueblo, El Tribunal de Garantías Constitucionales (...) tienen por algún influjo o razón coincidente, formas similares en el texto español de 1978».*¹³⁰

Lo cierto es que formalmente la Constitución peruana de 1979 innovó en dos aspectos esenciales para fortalecer la normativa constitucional: otorgó rango constitucional al control difuso de

¹²⁹ García Belaunde, Domingo. «Influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)», en *Revista de Derecho Político*, Núm. 16, Universidad Católica del Perú, Lima, 1982-1983 p. 203.

¹³⁰ Bernalles Ballesteros, Enrique. «La Constitución española de 1978 y la peruana de 1979: dos procesos históricos con similitudes y divergencias», en *La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Madrid: Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 695.

constitucionalidad (artículo 236) y estableció el control concentrado de constitucionalidad mediante un tribunal autónomo (artículo 296 y siguientes). Se determinó que el tribunal de garantías constitucionales era el órgano de control de la Constitución, estando compuesto por nueve magistrados elegidos por los tres poderes del Estado: tres por el Congreso, tres por el Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia. Los magistrados eran elegidos por seis años con renovación por tercios cada dos años y con posibilidad de reelección; asimismo, debían cumplir los requisitos que se exigían para ser vocal de la Corte Suprema (peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cincuenta años y haber sido juez de la Corte Suprema o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en disciplina jurídica por al menos veinte años). Un asunto que vale la pena destacar es que se les exigía contar con *«probada ejecutoria democrática y de defensa de derechos humanos»*.

El tribunal de garantías constitucionales contó con una Ley Orgánica, la Ley 23385, del 3 de mayo de 1982, que estableció algunos lineamientos muy generales sobre el proceso de elección de los magistrados. El artículo 10 dispuso lo siguiente:

«(...) el Poder Ejecutivo designa a los magistrados que le corresponden mediante resolución suprema, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. El Congreso, mediante resolución legislativa. La Corte Suprema, en acuerdo de Sala Plena. Cada Poder del Estado extiende el nombramiento de los miembros del Tribunal que ha designado. Prestan el juramento ante el presidente del Tribunal».

Por lo demás, el artículo 11 precisó que antes de los tres meses previos a la expiración de los nombramientos, el presidente del tribunal requiere a los presidentes de los poderes para que inicien el procedimiento de designación de los nuevos jueces constitucionales. Además, se señala que *«Los magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles»*.

Entonces, teníamos una regulación prácticamente nula sobre el procedimiento que debían seguir los organismos competentes para elegir a los magistrados constitucionales. Solo se precisó el tipo normativo de designación y los requisitos que debían cumplir los candidatos sin elementos de evaluación. Ello, pese a que las normas de carácter reglamentario deberían estar caracterizadas por normar con detalle las condiciones, procedimientos, plazos, entre otros que, precisamente la norma general, en este caso la Constitución, no contemplaba. Con este mecanismo, el tribunal de garantías se instaló el 19 de noviembre de 1982. Durante su vigencia, hasta el 5 de abril de 1992, fueron elegidos y cumplieron funciones un total de veinte magistrados.¹³¹

Es curioso que el 9 de setiembre de 1982 se aprobó la Ley 23459, que estableció en su artículo 1 que *«El Congreso de la República designará a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales que le corresponde de acuerdo con el Artículo 296 de la Constitución Política del Perú en el plazo de 30 días naturales a partir de la promulgación de la presente ley»*. Es decir, pese a haber existido la posibilidad cierta de regular un procedimiento particular y detallado sobre la elección que se llevaría a cabo en

¹³¹ Manuel Aguirre Roca, Carlos Basombrío Porras, Héctor Centurión Vallejo, Alfredo Corso Masías, Héctor Díaz Valdivia, Jaime Diez Canseco Yáñez, Alberto Eguren Bresani, Efraín Espinal Cruzado, Jorge León Seminario, Florencio Mixán Mass, René Núñez del Prado Cruz, Luis Osorio Villacorta, Mario Peláez Bazán, Alfonso Rodríguez Domínguez, Oswaldo Rodríguez Mantilla, Pelayo Samanamud Rubín, Nicanor Silva Salgado, Luis Valenzuela Astete, Jaime Vargas Vargas y Jorge Vásquez Salas.

el fuero parlamentario, se optó por una norma redundante e innecesaria, pues aprobar una ley para establecer un plazo de cumplimiento sobre una norma constitucional vigente es un despropósito.

Este sistema de elección, que tampoco contó con mayores limitaciones normativas respecto de los puntajes y criterios de evaluación, tuvo la correspondencia con un tribunal sin mayor trascendencia, que estuvo directamente apartado de la finalidad esencial que supuso la creación del sistema concentrado de control de constitucionalidad en el Perú. No se consolidó ni se sembró objetivamente la semilla para el fortalecimiento progresivo de la presencia fundamental y vinculante de la jurisprudencia constitucional en nuestro territorio. En los diez años de funcionamiento, el tribunal emitió quince fallos sobre acciones de inconstitucionalidad, noventa y nueve referidos a hábeas corpus y cuatrocientos ochenta y cinco con respecto a amparos.

Fueron diez años de funcionamiento que no marcaron, en absoluto, la pauta de un trabajo transformador que en los sucesivos años y hasta la actualidad hayan influenciado en la institucionalidad de la justicia constitucional. Más allá de recordarse al tribunal de garantías constitucionales por el hecho de haber sido destituido ilegítimamente por el autogolpe de Estado de 1992, su trabajo no comprende una efectiva fuente jurisprudencial que sea referente en la propia jurisdicción constitucional.

Esta situación ha sido materia de estudio por parte de la doctrina peruana, la que, por unanimidad, reconoce la intrascendencia de la labor desempeñada por el antecesor del actual Tribunal Constitucional. El profesor Ernesto Blume, lamentando que el avance del reconocimiento del control constitucional no haya sido consecuente con una praxis paralela, señala que el tribunal de garantías constitucionales

*«(...) contó con el ingrediente adicional de una suerte de falta de real toma de conciencia del rol que les competía por parte de algunos de sus miembros, sumada a una marcada ausencia de especialización, en lo que hace al control de la constitucionalidad en los procesos de inconstitucionalidad que conoció, el balance de su función jurisdiccional arroja un resultado pobre y poco trascendente».*¹³²

En la misma línea de ideas, el profesor Francisco Eguiguren reconoce que las limitaciones a la labor del tribunal, recogidas en la Constitución de 1979 y en la correspondiente ley orgánica del colegiado, incidieron en el bajo perfil de su trabajo. Así, asevera que

*«No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en la creación del tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados. Sustentan esta afirmación, por lo demás, ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducido número de acciones de inconstitucionalidad que resolvió, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en materia de acciones de hábeas corpus y amparo».*¹³³

¹³² Blume Fortini, Ernesto. «Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales (con énfasis en el control concentrado de la constitucionalidad)», en *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, tomo I, Lima, 2014, pp. 276-279.

¹³³ Eguiguren Praeli, Francisco. «La jurisdicción constitucional en el Perú: Algunas propuestas para la reforma constitucional», en *Homenaje a Jorge Avendaño*, Vol. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 461-462.

Igualmente, el profesor Samuel Abad Yupanqui refiere que «*Si bien fue mayor el número de recursos de casación interpuestos en materia de hábeas corpus y amparo, cualitativamente las decisiones adoptadas no fueron plenamente satisfactorias. Aunque se dictaron algunos fallos importantes, esta función casatoria no alcanzó un notable desarrollo*».¹³⁴

Ciertamente, si bien se emitió un número superior de sentencias en el campo de los procesos de tutela de derechos fundamentales con relación a los procesos orgánicos, debe decirse que las mismas no configuran fallos que hayan desarrollado el contenido de los derechos, de tal manera que constituyan decisiones que se han prolongado con el tiempo y que, por tanto, sean citados por el propio colegiado constitucional para fortalecer su doctrina jurisprudencial. En los hechos, las sentencias emitidas por el tribunal de garantías constitucionales, a la luz de la labor jurisprudencial posterior del Tribunal Constitucional, corresponden a una etapa marcadamente diferente, que se ve reflejado no solo en la identificación de un accionar sin brillos cualitativos, también, en un órgano con poca presencia social.

Para muestra de lo antes mencionado, basta ver el siguiente cuadro, que reproduce un comparativo del número de sentencias que emitió con relación al periodo inmediato similar que le tocó cumplir a su sucesor. De este modo, también se podrá apreciar que en los últimos tiempos se emiten por año más resoluciones, que las que el tribunal de garantías constitucionales emitió durante diez años en total.

Proceso	Tribunal de garantías constitucionales	Tribunal Constitucional				
	1982-1992	1996-2006	2016<?>	2017<?>	2018<?>	2020<?>
Amparo	485	23,290	3,736	3,778	4,807	3,386
Hábeas Corpus	99	3,650	828	907	1,162	1,373
Inconstitucionalidad	15	205	19	15	33	66

Cuadro elaborado por el autor.

Por su lado, el profesor César Landa Arroyo, afirma que «*La designación de los nueve magistrados, tres por el Poder Legislativo, tres por el Poder Ejecutivo y tres por el Poder Judicial, generó una dependencia de origen de la cual muchos de los magistrados no se llegaron a desligar, lo que llevó a una tímida actuación del TGC*».¹³⁵ Llama la atención que en el periodo 1982 a 1990 resolvió nueve acciones de inconstitucionalidad, estimando solo una; sin embargo, ante la falta de renovación de los magistrados por parte de los poderes políticos, coincidió que de las restantes seis acciones de inconstitucionalidad (presentadas por la oposición parlamentaria) contra las normas del

¹³⁴ Abad Yupanqui, Samuel, «La justicia constitucional en Perú», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 305. El autor también refiere que el contexto en el que se desempeñó el tribunal no le permitió hacer un trabajo eficiente, sobresaliendo las siguientes causas: reducido número de sujetos habilitados para interponer una acción de inconstitucionalidad, ubicación de su sede en Arequipa y no en Lima, exigencia de un determinado número de votos para emitir sentencia y limitados efectos de las sentencias que requerían la intervención del Parlamento para expulsar una norma inconstitucional del sistema jurídico.

¹³⁵ Landa Arroyo, César. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, Núm. 2, Lima, 1995, p. 84.

gobierno, cuatro se declararon fundadas. Asimismo, destaca que, ante las violaciones de derechos fundamentales en la realidad peruana, el tribunal tuvo un rol tímido y opaco, lo que también se repitió en su función de fiscalización constitucional a los actos de las autoridades. Finalmente, se sostiene que la modesta presencia del tribunal es entendible ante «*el desconocimiento o poco valor que le asignaron los justiciables a las acciones de garantía constitucionales, dada la crisis del Estado de Derecho y la falta de una cultura de la libertad*»,¹³⁶

Con relación a lo anterior, se debe agregar, como lo ha respaldado el Tribunal Constitucional vigente, que la forma de la designación de su antecesor y el contexto en el que tuvo presencia, favorecieron a los magistrados nombrados por el Poder Judicial, quienes duraron más tiempo que el resto, siendo que «*Este factor de dependencia frente al Poder Judicial afectó la independencia del TGC, de manera que resultaba difícil que dichos jueces pudieran cuestionar las resoluciones provenientes de la Corte Suprema. En no pocos casos, los magistrados preferían no efectuar el control de casación para no malquistarse con el colegiado supremo*».¹³⁷

Así las cosas, debemos decir que el inicial tribunal de garantías constitucionales perdió la oportunidad de constituirse en el principal referente del control constitucional en el Perú. La evaluación de su labor desplegada en diez años no termina siendo distinguida como positiva ni negativa, sino, peor aun, como intrascendente, al punto que el estudio de la jurisprudencia del tribunal con vocación de estabilidad y proyección empieza a partir del nacimiento del Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la Constitución peruana de 1993. A esto abona que la crítica y el balance de nuestro primer tribunal no se resume en el contexto y las condiciones de su reconocimiento constitucional y legal sino, sobre todo, en los resultados de su ejercicio jurisdiccional como garante de los derechos y corrector de los excesos del poder. Precisamente, en lo que corresponde a este extremo, el tribunal de garantías constitucionales no superó la prueba.

Luego de lo expuesto, queda afirmar que, aun cuando la presente investigación se enfoca en el Tribunal Constitucional vigente, era necesario dar una mirada a su único antecedente en el Perú. A partir de esto, podemos confirmar que, hoy más que nunca, es urgente fortalecer la institucionalidad de la corporación, pues esta no es más una institución intrascendente, cuya labor no cuenta con una repercusión notable en el interés público. Es todo lo contrario, en la actualidad la jurisdicción constitucional sí tiene un protagonismo sustancial en el régimen democrático y en la vida jurídica y social del país, por tanto, la revisión de sus procedimientos, como es la elección de sus miembros, debe ser un asunto de indispensable y permanente atención.

6.2. LA INJERENCIA POLÍTICA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Desde su instalación en 1996, el Tribunal Constitucional ha tenido indudables complicaciones al momento de operar la elección o renovación de sus miembros, tanto es así que los respectivos procesos han estado revestidos de cuestionamientos fundados. Se ha presentado renunciaciones a candidaturas, nulidades de las decisiones del Pleno, pedidos judiciales de incorporación, denuncias

¹³⁶ *Ibidem*, p. 82.

¹³⁷ Estudio liminar, *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales: procesos de inconstitucionalidad*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018, p. 34.

de falta de transparencia y objetividad, y una serie de irregularidades adicionales, que, incluso, culminaron con una disolución del Parlamento, a propósito del planteamiento de una cuestión de confianza sobre un proyecto de ley que buscó modificar las reglas de la elección de magistrados constitucionales. El problema es que la afectación a la jurisdicción constitucional no se acaba con la elección, sino que empieza con esta, al extremo que una designación con preponderancia política partidaria, tendrá cabida a lo largo del mandato.

Ciertamente, la injerencia política en el accionar de los magistrados ha tenido presencia tal, que hace apremiante reflexionar sobre la idoneidad de sus miembros y la garantía de la autonomía en su labor jurisdiccional. Un caso grave es el que protagonizó el exmagistrado José García Marcelo, quien fue sentenciado por la justicia ordinaria a prisión efectiva por el delito de asociación ilícita para delinquir, en tanto se comprobó que recibía dinero del poder de turno para abusar de su cargo;¹³⁸ también fue condenado por cohecho pasivo impropio, siempre por direccionar su actuación en el tribunal a los fines indebidos del gobierno.¹³⁹ A su vez, el Congreso determinó la suspensión del alto funcionario, mediante la Resolución Legislativa n.º 009-2001-CR, del 18 de junio de 2005, donde se reafirmó la gravedad de los delitos denunciados, así como la necesidad de ejercer una sanción ejemplar.

Además, se tiene el emblemático caso de los magistrados destituidos en el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, quien en 1990 fue elegido presidente por cinco años sin reelección inmediata, conforme a la Constitución de 1979. En 1993, luego de un autogolpe de Estado, se aprobó la nueva Constitución que permitía la reelección inmediata para un periodo adicional; y, en 1996, el Parlamento (con mayoría fujimorista) promulgó la Ley 26657, de interpretación auténtica del artículo referido al mandato y reelección presidencial, que señaló que para el cómputo de los periodos presidenciales no se considera aquellos iniciados antes de la vigencia de la nueva Constitución, con lo que Fujimori estaría habilitado para postular una tercera vez.

Dicha situación generó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelta con la inaplicabilidad de la norma para el caso concreto.¹⁴⁰ La sentencia tuvo tres votos a favor de los magistrados Revoredo Marsano, Aguirre Roca y Rey Terry, y cuatro abstenciones;¹⁴¹ hecho que fue la «justificación» para el inicio de un juicio político en el Congreso que terminó con la destitución de los citados jueces.¹⁴² Este caso fue sometido al fuero de la Corte Interamericana

¹³⁸ Sentencia del 4 de setiembre de 2003, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente 21-2001.

¹³⁹ Sentencia del 30 de noviembre de 2005, Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente 02-2004-A.V.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 002-96-I/TC. En este fallo se afirmó que no es aceptable, por vulnerar el principio de razonabilidad de la norma, que una interpretación legal pretenda alterar la ubicación temporal de los hechos, pues estos no se interpretan sino se prueban, siendo objetivamente comprobable que el presidente fue electo, primero en 1990, y reelecto, después, en 1995. Consideró que había ostensible incompatibilidad entre la ley impugnada y la Constitución, decidiendo aplicar el control difuso (derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces), porque en el Pleno no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del control concentrado.

¹⁴¹ El artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional disponía que se requieren seis votos conformes para resolver las demandas de inconstitucionalidad.

¹⁴² Resoluciones Legislativas 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, de 28 de mayo de 1997.

de Derechos Humanos, quien emitió sentencia el 31 de enero de 2001, declarando que el Estado peruano violó los derechos de los magistrados en el proceso de destitución. Asimismo, consideró que la resolución legislativa¹⁴³ del Congreso del Perú que restituyó a los magistrados en sus funciones (que se emitió luego de caído el régimen del gobierno fujimorista) es una reparación moral.

En una entrevista la exmagistrada Delia Revoredo, preguntada por la valoración de los hechos expuestos, indicó que los cuatro magistrados (que no votaron como ella) retiraron sus votos de la sentencia por temor a las represalias de enfrentarse con el poder político. Refirió que les increpó del porqué de su decisión de dar marcha atrás y que obtuvo como respuesta lo siguiente: «*Han venido a buscarnos, tenemos miedo y no queremos firmar la propuesta*»¹⁴⁴. Revoredo concluye en que entendió la posición de sus colegas, pero no la perdonó, porque los principios deben estar por encima del bienestar personal. En todo supuesto, el relato anotado trasluce la trascendencia de la labor del tribunal en el control del poder y la importancia de garantizar plena libertad en el ejercicio de su desempeño interpretativo.

Pese a que se podría pensar que se aprendió la lección, en los últimos tiempos se ha producido un caso similar. El 2017, los magistrados Manuel Miranda Canales, Marianella Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera fueron materia de una acusación constitucional formulada por once miembros de la Marina de Guerra en situación de retiro. Se sustentó en que se cambió, en una resolución subsanatoria, el sentido de uno de los votos (del exmagistrado Juan Vergara Gotelli) con relación a una sentencia de 2013,¹⁴⁵ donde se había declarado que en la intervención contra el motín del penal El Frontón (1986) no se configuraron delitos de lesa humanidad. Así, con el nuevo pronunciamiento se dejaba al juez penal la libertad de pronunciarse respecto de si lo acontecido en este caso constituía crímenes de lesa humanidad.

Como el asunto estaba directamente vinculado con una eventual responsabilidad penal del líder de un partido con representación parlamentaria, la denuncia constitucional fue priorizada y aprobada mediante informe acusatorio por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Parlamento en diciembre de 2017, quedando expedito el mismo para ser ratificado en la Comisión Permanente. Ante esta situación, se interpuso una medida provisional para tutelar la estabilidad de los magistrados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que resolvió «(...) *requerir al Estado del Perú que, para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial, archive el procedimiento de acusación constitucional actualmente seguido ante el Congreso de la República contra los magistrados* (...)».¹⁴⁶

No es materia del presente trabajo analizar el fondo del asunto, pero sí advertir que nos encontrábamos ante una decisión del alto tribunal, cuya legitimidad fue respaldada por el órgano supranacional, cuya competencia fue ratificada por el Estado peruano y, sin embargo, la mayoría parlamentaria

¹⁴³ Resolución legislativa 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000.

¹⁴⁴ «Delia Revoredo: A mi esposo le dijeron que me controle, yo le pregunté ¿Lo vas a hacer?», en diario *Perú* 21, sección Política, Lima, 31 de enero de 2021.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 01969-2011-PHC/TC.

¹⁴⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de febrero de 2018, medidas provisionales respecto del Perú, caso Durand y Ugarte vs. Perú.

desconoció este hecho, ya que, pese el pronunciamiento de la corte, con fecha posterior, agendó el asunto en la sesión convocada para el 11 de julio de 2018 en una clara afrenta a la decisión de la jurisdicción interamericana. Incluso, previamente, ya el Tribunal Constitucional había emitido un pronunciamiento oficial el 13 de febrero de 2018, resaltando lo siguiente:

- «1. El Estado peruano firmó y ratificó, en forma libre y soberana, el 27 de julio de 1977 y el 12 de julio de 1978, respectivamente, la Convención Americana de Derechos Humanos; y desde el 21 de enero de 1981, aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. El artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que las decisiones de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento para los Estados en los casos en que son parte.
3. Con fecha 9 de febrero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió ordenar al Estado peruano el archivo de un procedimiento de acusación constitucional seguido contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.
4. Invocamos, muy respetuosamente, a las autoridades respectivas a cumplir esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

Si bien el asunto quedó pendiente de seguir su trámite y no se impulsó más, queda el negativo precedente de que la mayoría parlamentaria no respetó la autoridad del Tribunal Constitucional y desconoció, en una actitud temeraria y contraria al Estado de derecho, la decisión de la jurisdicción supranacional que la respaldó. Es evidente que se pretendió abusar del poder político para amenazar la continuidad regular del colegiado constitucional, situación que, por supuesto, afecta considerablemente la institucionalidad del propio sistema de justicia.

Por otro lado, llamó la atención que, en su oportunidad, el manejo del Tribunal Constitucional estuvo altamente cuestionado, incluso entre sus propios miembros. En julio de 2008, el entonces magistrado César Landa renunció a la Presidencia del colegiado por razones personales; sin embargo, en su momento, denunció lo siguiente:

*«a partir del 2008 se vienen produciendo algunos fallos en los que la nueva mayoría de jueces constitucionales no refleja el orden ético constitucional establecido en la norma suprema, lo cual es sujeto de críticas, debido a la falta de consistencia en la argumentación constitucional en causas que han favorecido a intereses políticos, económicos y militares».*¹⁴⁷

En este período la presidencia estuvo a cargo del magistrado Mesía Ramírez, de conocida filiación al partido de gobierno (aprista), quien en una entrevista radial llegó a afirmar que *«se debe apoyar al gobierno en todo lo que pueda significar la gobernabilidad»*,¹⁴⁸ lo que reflejaba una

¹⁴⁷ Landa Arroyo, César. *Estatuto del juez constitucional en el Perú*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 594. Cita las sentencias recaídas en los expedientes 6201-2007-HC (caso Wolfenson); 8495-2006-PA (caso Ramiro de Valdivia); 2210-2007-PA (caso Transportes Flores); 3173-2008-PHC (caso caso «El Frontón»); 4525-2007-HC (caso Requena Pasapera), y entre otros, 4197-2008-AA (caso Ríos Castillo).

¹⁴⁸ Entrevista en *Idee Radio*, de fecha 24 de noviembre de 2008.

preocupante realidad contradictoria con el principio de imparcialidad que debe identificar a la función jurisdiccional en todos sus niveles. Igualmente, en este tiempo fueron conocidos diversos conflictos entre los jueces constitucionales, ya sea por manejos de gestión económica como por temas de administración con incidencia en la tutela de urgencia de los procesos constitucionales. El magistrado Ricardo Beaumont Callirgos, por ejemplo, increpó al presidente Mesía Ramírez,¹⁴⁹ una ausencia de dirección, pues durante treinta días no hubo reuniones de sala, pleno administrativo, pleno jurisdiccional, ni audiencia alguna; hecho que expresaría una ausencia de compromiso con el trámite de los numerosos expedientes pendientes de resolución que, a su vez, generaron suspicacia sobre posibles direccionamientos para dilatar los procesos.

Un caso particular es el que generó la expedición de la sentencia 02053-2013-AA/TC en el 2016. Se trató de una demanda de dos universidades privadas para que se les inaplique una norma y, de esa manera, se les reconozca un beneficio tributario. El tribunal falló, en mayoría, a favor de las demandantes, sin embargo, la magistrada Marianella Ledesma emitió un voto singular en contra, que vale la pena reproducir en la parte pertinente:

«Con indignación, voto en contra de la posición en mayoría del TC, porque considero con certeza, y sin ningún margen de duda, que se ha otorgado un millonario beneficio (...) sin que exista una ley tributaria que así lo autorice. El Tribunal Constitucional (bajo una posición mayoritaria) consagra de este modo la «muerte» del legislador tributario, al haberse convertido en un legislador.

Estoy convencida de que cuando juramos desempeñamos como jueces constitucionales, lo hicimos bajo una clara convicción de respetar el equilibrio de poderes, el mismo que pasa por no avasallar las competencias ni las funciones de otros poderes del Estado. Bajo ese norte, no encuentro justificación, en el caso concreto, para que el juez constitucional desplace la labor del legislador e incluso asuma, con desafío al propio sistema jurídico, una posición contraria a la Constitución y la ley (...).

Este caso no termina en las paredes del TC, sino que serán la opinión pública, la sociedad y el ámbito académico los que darán el mejor veredicto de lo que puede contener este caso (...).».

Más allá de la dureza, pero, ante todo, firmeza, de la jueza Ledesma, es razonable pensar que el voto particular constituía también una denuncia pública de posibles intereses indebidos que se presentan en las posiciones de los magistrados. Este voto, que fue materia de diversas precisiones por parte de los demás magistrados y constantes discusiones en la opinión pública, generó la interposición de un pedido de vacancia en el cargo por parte del magistrado Ernesto Blume. En efecto, en aplicación del artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (causales de vacancia) se alegó que la magistrada Ledesma habría violado la reserva propia de la función, pues supuestamente filtró su voto singular a los medios de comunicación antes de que se produzca la publicación formal (lo que nunca se demostró). Asimismo, se sostuvo que dicha jueza utilizó un voto singular para denigrar la buena imagen y honor de los demás integrantes del Tribunal Constitucional que votaron distinto a ella.

¹⁴⁹ Carta al presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía Ramírez, de fecha 28 de octubre de 2008.

Finalmente, y considerando que el caso se volvió mediático, el pedido de vacancia fue retirado, quedando en el aire si resulta justo que se pueda solicitar una vacancia con tanta libertad y que esta pueda ser resuelta por el Pleno del tribunal, incluyendo al propio solicitante. Si el colegiado es elegido por una mayoría calificada del Parlamento que precisa la Constitución (87 congresistas), no es coherente que se pueda dejar sin efecto dicha decisión, aun por una causa sobrevenida, por parte de seis magistrados en base a una ley orgánica que, además, no precisa un expreso y específico procedimiento sobre la materia.

En resumen, los inconvenientes que se han presentado, evidencian la frágil condición en la que se puede encontrar el alto tribunal si no existe un adecuado sistema que garantice el ejercicio imparcial de jueces constitucionales. En ese sentido, no es casualidad que se hayan implementado algunos mecanismos para superar los problemas de una selección deslegitimada. En efecto, la mecánica del procedimiento realizado en el Poder Legislativo, a propósito de las experiencias negativas de los procesos por convocatoria, experimentó un cambio significativo al legalizar la posibilidad de una elección por invitación.¹⁵⁰ Asimismo, se amplió el tiempo de comunicación del tribunal al Congreso para el inicio del proceso de renovación parcial del primero a fin de efectivizar una designación oportuna.¹⁵¹

No obstante, no se concretó un proceso conforme a la normativa sobre la materia, sino todo lo contrario, se ha presentado una desidia casi institucional por parte del Parlamento, el que ha generado, incluso, un caso de renuncia de uno de los miembros en funciones con mandato vencido, que propició una serie de controversias nada convenientes para el fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, el 2013 el magistrado Ricardo Beaumont Callirgos presentó al órgano legislativo su carta de renuncia irrevocable, dado que el período para el cual había sido electo ya había concluido. Cuando el Congreso trasladó la renuncia al Tribunal Constitucional, este concluyó en no aceptar la dimisión, llegándose a otorgar un plazo para que se reincorpore en sus funciones, caso contrario, se aplicarían las sanciones que prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (incumplimiento de las funciones). Finalmente, el citado jurista no regresó al Tribunal Constitucional, cuyo Pleno tuvo que ceder frente a su posición inicial, declarando formalmente su vacancia,¹⁵² lo que naturalmente, desmerece la autoridad de un órgano de tan alta investidura. Debe mencionarse que en el 2005 se

¹⁵⁰ La alternativa de la elección por invitación se aprobó en junio de 2012, mediante la dación de la Ley 29882, que modificó la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Asimismo, la Ley 29926, publicada el 30 de octubre de 2012, modificó la norma citada, retirando la disposición del número máximo de cinco magistrados a elegir (esto, por cuanto para dicho período se debían elegir seis). Debe recordarse que la elección por invitación no es novedosa en Perú, pues la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la consideró en los siguientes términos: «*Cuando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20% de los Congresistas, podrá 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*». Esta normativa, que fue excluida de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2004, fue estimada en su momento por el Congreso, para hacer más sencilla la primera elección de jueces del Tribunal Constitucional en 1996.

¹⁵¹ Con el artículo único de la Ley 28943, publicada el 22 diciembre 2006, se amplió de tres a seis meses el aviso anticipado para la elección de nuevos miembros del Tribunal Constitucional.

¹⁵² Al inicio del impase, el colegiado constitucional previó tres escenarios que debía evaluar el Pleno: la vacancia del cargo, la suspensión del magistrado y la formulación de una acusación constitucional. Se optó por la primera medida, mediante la Resolución Administrativa 066-2013-P/TC del 3 de mayo de 2013, descartándose la mencionada acusación.

suscitó un caso similar, cuando la magistrada Delia Revoredo Marsano presentó su renuncia estando en exceso de tiempo en funciones,¹⁵³ la que fue aceptada sin mayor problema, considerando que la ley orgánica respectiva consideraba la causal de renuncia para la vacancia del cargo.

6.3. EL ESTATUTO DEL PROCESO DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES APLICADO HASTA EL 2020

Bajo la vigencia de la Constitución de 1993, que fue la que estableció el Tribunal Constitucional como tal, se han llevado a cabo once procesos de elección. En efecto, desde 1996 a la fecha, el órgano encargado de la elección (Congreso de la República) ha establecido diversas comisiones especiales con la función de convocar a los aspirantes, desarrollar el proceso de deliberación y, finalmente, presentar una lista de candidatos al Pleno del Parlamento. Asimismo, ha utilizado en las últimas elecciones el mecanismo de designación por invitación.

Pese a existir una normativa sobre la materia, debe decirse que la falta de idoneidad de la misma ha determinado, en gran parte, la persistencia de inconvenientes en los procedimientos de calificación. Las reglas formales eran generales y no abordaban las condiciones del proceso con detalle deseable, como debería suceder con una norma de desarrollo reglamentario. Pese a que se puede considerar que una regulación resumida tiende a ser eficaz, debe decirse que esto no es adecuado en el campo de las reglas que fijan procedimientos, donde, más bien, se debe procurar cubrir todos los posibles vacíos y garantizar disposiciones previsibles que se apliquen en circunstancias de igualdad. La modalidad de régimen legal debe ser coherente con el ámbito de aplicación normativa. Una norma procedimental, que fija requisitos, plazos, etapas y límites competenciales, no debería tender a consagrar amplios márgenes de discrecionalidad, menos si se trata de una elección, cuyos efectos inciden en el propio control del ejercicio parlamentario. La discreción se puede volver manipulación y esto sí es contradictorio del encargo que el constituyente ha dado al Congreso respecto de la definición de los magistrados del tribunal. No se puede dejar de observar que, en el caso del Parlamento, la situación se torna aún más especial, precisamente, por su condición de ente manifestamente político, lo que involucra un mayor riesgo de prevalencia de intereses partidarios en desmedro de una evaluación técnica.

Las reglas acerca del proceso de elección de miembros del supremo intérprete de la Constitución, aplicadas hasta la última elección, no fueron adecuadas. La Constitución en su artículo 201 define que el Congreso los elige de modo exclusivo y, en cuanto a los requisitos, remite lo propio al artículo 147 que define las condiciones para acceder al cargo de juez de la Corte Suprema de la República (peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haberse desempeñado como magistrado de la Corte Superior o fiscal superior por diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica por un lapso mínimo de quince años).

Además, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301), en sus artículos 8 a 12, se encargaba de definir algunos alcances sobre el desarrollo del proceso de elección de magistrados constitucionales. De esta manera, el artículo 8 establecía que el Pleno del Congreso debe designar

¹⁵³ Renuncia presentada el 17 de junio de 2005 y aceptada con Resolución Administrativa n.° 047-2005-P/TC.

a una comisión especial conformada por no menos de cinco y no más de nueve parlamentarios, debiendo tomarse en cuenta para estos efectos el principio de proporcionalidad respecto de las bancadas existentes. Este grupo de trabajo tenía la misión de recoger las propuestas y escoger a los postulantes que estarían listos para ser identificados como aptos para ser elegidos. Esta comisión debía publicar en el Diario Oficial *El Peruano* la respectiva convocatoria, si se optaba por esta alternativa. En todo supuesto, se debía publicar la relación de los candidatos con la finalidad de que la ciudadanía pueda interponer tachas, las que debían contar con el acervo probatorio pertinente. Resueltas las tachas y culminado el proceso deliberativo, la comisión declaraba a los candidatos que se encontraban aptos, los que debían ser votados por el Pleno del Congreso. De conformidad con el artículo 201 de la Constitución, se exige la votación aprobatoria de una mayoría calificada de dos tercios del número legal de congresistas.

Si bien los siguientes artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (a partir del artículo 9) establecen los requisitos e impedimentos para ser magistrado (los que también reproduce el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa 95-2004-P/TC), no existía mayor especificación sobre el procedimiento de designación, esto es, los criterios de evaluación que deberán observar los miembros de la comisión especial del Congreso, la determinación de si la votación es individual o por ternas, o incluso, la regulación de exigencias mínimas para los congresistas que decidirán qué candidatos serán votados ante el Pleno.

En el mismo sentido, no se encuentra mayor desarrollo en el Reglamento del Congreso de la República, cuyos artículos 6 (función de designación), 64 (el proceso de elección de miembros del Tribunal Constitucional es considerado procedimiento especial parlamentario) y 93 (reconoce que los reglamentos especiales de elección de funcionarios que señala la Constitución forman parte del Reglamento del Congreso) solo hacen solo una referencia general a la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional como potestad del Poder Legislativo.

Asimismo, debe observarse el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución 031-95-CCD y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 26 de abril de 1995. Esta norma fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, que fue resultado del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, estando en funciones entre 1993 y 1995, en una realidad notoriamente distinta a la vigente. El artículo 10 de este reglamento (disposiciones finales y transitorias), concordante con el artículo 93 citado en el párrafo anterior, se definió como parte del Reglamento Interno del Congreso, y hasta la elección frustrada, que culminó el 2020, mantuvo su vigencia.

El reglamento anotado estableció las etapas procedimentales del trabajo parlamentario para definir a los nuevos miembros del tribunal, mediante la modalidad de convocatoria pública. Se exige que la propuesta del candidato se dirija al presidente de la comisión especial y se realice por escrito, debiendo contar con la anuencia del aspirante. El plazo para formular la propuesta es de diez días calendario siguientes a la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial *El Peruano*. Agotado este plazo, la comisión especial publica (luego de tres días) la relación de los candidatos propuestos con el objetivo de que se puedan presentar tachas. Las tachas deben contar con prueba instrumental y formularse por escrito en un plazo máximo de 10 días de publicada la relación. La comisión resuelve las tachas en única instancia en un tiempo de cinco días adicionales. La comisión tiene quince

días para definir a los candidatos aptos (conformidad de dos tercios de miembros de la comisión), que serán propuestos al Pleno del Congreso, a través de un informe que resume el proceso llevado a cabo.

Tal como estaba elaborado el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, se aprecia una secuela de plazos y formalidades que no abordan alcances de tipo cualitativo. No se prevé límites sustantivos al trabajo que desempeñarán los integrantes de la comisión especial. Un asunto que nos debe llamar la atención es que, incluso, se describen criterios ampliamente discrecionales, que pueden lindar con la arbitrariedad. Ello se puede ver cuando se regula que la condición de aptos de los candidatos está en función del «juicio» de los parlamentarios comisionados. No se establece algún elemento que nos permita identificar qué se debe entender por «juicio», pues si lo que se quiere instituir es una evaluación razonada, mínimamente se debieron definir algunas garantías para el cumplimiento de tal objetivo. Al mencionar un concepto tan amplio, como relativo, sin especificación alguna, lo único que se promueve es que las decisiones que se tomen no tengan la necesidad de estar debidamente motivadas. No discutimos que el escenario parlamentario sea político y que las determinaciones se definan a través de los votos luego de un proceso deliberativo, pero también es verdad que esta situación calza perfectamente en el espacio del Pleno del Congreso, más no en una comisión especial de evaluación, cuya naturaleza debería enmarcarse en el aseguramiento de filtros de objetividad, trabajo técnico e imparcialidad. De no ser así, no tendría competencias de investigación, peritaje y de resolución de cuestionamientos a las candidaturas.

Este escenario, como se comprobará, definió la ausencia de herramientas uniformes en los procesos valorativos de examen de los postulantes, repitiéndose, por un lado, procesos desiguales con escasa predictibilidad y, por otro lado, un uso inapropiado de prácticas parlamentarias que afectan el principio de proscripción del abuso del derecho.

La comisión especial encargada de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional no tiene una directiva interna de los requisitos que deben cumplir sus miembros, siendo que sus integrantes son designados por el Pleno del Congreso, a propuesta de la Junta de Portavoces, sin mayor limitación que la de la representación partidaria (criterio de proporcionalidad de los grupos políticos). El rol de los comisionados consiste en adoptar acuerdos relativos al proceso de selección de postulantes, resolución de tachas contra los postulantes, elaborar la tabla de calificación curricular, determinación del puntaje mínimo para pasar a la entrevista personal, realizar las entrevistas personales y la deliberación sobre los candidatos que deben ser propuestos al Pleno del Congreso.

En la práctica, todos los criterios de evaluación de candidatos no se encontraban definidos en normativa alguna, sino que la comisión los fijaba en una de sus sesiones por acuerdo de la mayoría. Lo peor es que no necesariamente se publicitaba ni se llegaba a conocer los criterios de calificación, situación que se intensificó con el empleo de la modalidad de designación por invitación.

A ello, debe sumarse el hecho de que los miembros de la comisión evaluadora no siempre se encuentran en verdadera capacidad moral y académica para calificar a juristas de reconocida trayectoria que se han presentado como candidatos. Con una comisión evaluadora integrada por miembros sin mayor calificación jurídica y democrática, no se garantiza un resultado deseable. Ante

la libertad que tienen los miembros de la comisión, es conveniente establecer algún tipo de límite, de tal manera que dicha libertad no se convierta en arbitrariedad; para estos fines, un aspecto de importancia lo integra la consideración del perfil de la persona en lo que corresponde a su trayectoria jurídica y democrática, aspectos que pueden ser comprobados.

6.4. LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Teniendo como referencia lo descrito hasta este punto, a continuación, revisaremos y analizaremos los procesos de elección de miembros del Tribunal Constitucional llevados a cabo en el Perú, bajo la vigencia de la Constitución de 1993, que es, precisamente, la norma que establece el colegiado con dicha denominación. Esto nos permitirá identificar las causas por las cuales hasta la última elección no se ha podido robustecer un proceso lo suficientemente legítimo, que permita consolidar la institucionalidad del tribunal.

6.4.1. El frustrado proceso de elección de 1995

Pese a que el Tribunal Constitucional fue reconocido en la Constitución de 1993, fue hasta 1995 en que recién se gestó el camino para lograr su instalación. De manera que, con un Congreso unicameral, se dispuso la conformación de la comisión especial que se encargaría de elegir a los primeros jueces constitucionales.

El citado grupo de trabajo estuvo compuesto por nueve (9) congresistas, estando presidido por Carlos Torres y Torres Lara, representante de la bancada oficialista (Alianza Fujimorista Cambio 90 - Nueva Mayoría). La composición de la comisión especial fue designada por los grupos parlamentarios sin criterio de especialización. Únicamente se siguió un criterio de decisión política, al punto que, pese a que la evaluación se haría sobre la competencia de juristas, la comisión tenía miembros sin formación jurídica. Así, cuatro de los nueve miembros ostentaban profesiones y oficios de otra naturaleza. Era el caso de Víctor Joy Way, Juan Guillermo Carpio, Julio Castro Gómez y Fernando Olivera Vega.

Luego de realizarse la respectiva convocatoria pública, se presentaron cuarenta (40) postulantes. Vencida esta primera etapa, la comisión especial procedió a requerir información a instituciones públicas y privadas sobre los aspirantes. El objetivo era contar con datos útiles para evaluar el cumplimiento del perfil deseable de magistrados. Se pidió lo propio a la Corte Suprema de Justicia de la República y esta informó que la totalidad de candidatos no registraba antecedentes ni procesos penales, así como detalló el período en que algunos postulantes ejercieron la carrera judicial. Por su lado, el Colegio de Abogados de Lima alcanzó información sobre el estado de habilitación para ejercer la profesión por parte de los candidatos; mientras que el Ministerio Público refirió que no existían medidas disciplinarias contra los candidatos que se habían desempeñado previamente como fiscales. Finalmente, la Cámara de Comercio del Perú debía comunicar el historial crediticio de los aspirantes, siendo que reportó letras protestadas correspondientes a cuatro candidatos.

Asimismo, la comisión especial recibió un total de ocho tachas contra algunos postulantes. Luego de realizar la revisión respectiva, desestimó todas las tachas. En consecuencia, el proceso se encontraba saneado para definir a los candidatos aptos.

La votación en la comisión se realizó en forma personal y secreta por medio de balotas blancas y negras. Los tres candidatos más votados fueron: Aguirre Roca, Beaumont Callirgos y Díaz Valverde. Debe precisarse que, en esta primera etapa de votación, estuvo ausente el parlamentario Olivera Vega, pues contaba con licencia oficial. Luego, se efectuó una segunda votación entre los postulantes que obtuvieron como mínimo 4 balotas blancas (quedando, adicionalmente a los más votados: Quispe Correa, Zolezzi Moller, Romero Díez Canseco y Pezúa Vivanco). Con tales resultados, se pasó a una «votación complementaria», quedando la lista final conformada por los siguientes miembros, según el orden de la votación mayor: Aguirre Roca, Díaz Valverde, Beaumont Callirgos, Pezúa Vivanco, Zolezzi Moller y Romero Díez Canseco. Resalta que el proceso de evaluación fue prácticamente discrecional, pues no existe acervo documentario que demuestre que hayan existido otros criterios que no sean las votaciones secretas.

Si bien la elección final de los citados miembros llegó a concluirse por parte de la comisión especial con la votación realizada el 26 de junio de 1995, no logró materializarse en virtud de la renuncia de los miembros de la comisión, pertenecientes a los partidos de oposición, el 28 de junio del mismo año.

No siendo posible concluir con el trámite de la labor encomendada, el presidente de la comisión especial solicitó al presidente del Congreso disponer la recomposición de los miembros de dicho grupo de trabajo.

6.4.2. El proceso de elección de 1996

Frustrada la propuesta descrita en el punto anterior, el Pleno del Congreso aprobó la conformación de una nueva comisión especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional. La comisión especial estuvo conformada por nueve miembros y se mantuvo al mismo presidente (Carlos Torres y Torres Lara, del partido de Gobierno). No todos los miembros de la comisión especial tenían formación jurídica, pues de los nueve miembros, tres no eran abogados: Víctor Joy Way Rojas, Samuel Matsuda Nishimura y Fernando Olivera Vega. Este último se integró a la comisión especial, simultáneamente con los legisladores Aldo Estrada Choque y Xavier Barrón Cebreros, como resultado de las vacancias originadas a propuesta de los coordinadores de los grupos parlamentarios Unión por el Perú, Frente Independiente Moralizador y Partido Popular Cristiano-Renovación.

En esta oportunidad, la comisión especial recibió la solicitud de cuarenta y uno (41) postulantes. Debe anotarse que la integridad de los aspirantes considerados aptos por la comisión especial de 1995 (Aguirre Roca, Díaz Valverde, Beaumont Callirgos, Pezúa Vivanco, Zolezzi Moller y Romero Díez Canseco), comunicaron a este grupo de trabajo la

intención de conservar sus candidaturas, razón por la que fueron incorporados al nuevo trámite de elección.

En esta ocasión, la comisión especial declaró improcedentes dos tachas y estimó solo una, que era la planteada contra el postulante Horacio López Trigos, tacha que fue resuelta de conformidad con el artículo 11 de la Ley 26435, que era la anterior ley orgánica del colegiado constitucional.

La comisión especial convocó y realizó una etapa de audiencias públicas. Así, se llevaron a cabo entrevistas a los candidatos en una única sesión, la que fue desarrollada en el hemiciclo del Congreso de la República, el 22 de marzo de 1996. Esta ronda de entrevistas permitió indagar, fundamentalmente, sobre precisiones a los antecedentes de los candidatos, consignados en sus respectivas hojas de vida. No obstante, no obra evidencia respecto de la utilización de criterios que tomaron en cuenta los congresistas para definir el peso de lo respondido al momento de tomar la decisión de calificar a los postulantes.

Lo mismo ocurrió en el caso de la evaluación curricular, pues si se revisa el informe final de la comisión especial, este señala que se ejecutó un examen de las hojas de vida de los aspirantes, pero no existe prueba documental respecto de puntajes concretos ni de las razones objetivas que, eventualmente, los respaldarían.

Debe precisarse que las entrevistas se desarrollaron luego de la evaluación curricular, etapa esta última que definió a los veintiséis postulantes habilitados para ser entrevistados. Además, de acuerdo con el informe final de la comisión especial, se empleó la misma práctica desarrollada en el proceso anterior, cual era requerir información sobre las referencias de los candidatos a instituciones diversas. En este sentido, se recibió información alcanzada por el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, el Colegio de Abogados de Lima y la Cámara de Comercio de Lima.

Alegando la existencia de un «amplio consenso», el presidente de la comisión especial propuso que se vote primariamente a los aspirantes Aguirre Roca, García Marcelo y Zolezzi Moller, los que contaron con siete votos cada uno. Después, se procedió a votar a los demás candidatos y se tomó en cuenta a los que consiguieron seis votos. De este modo, la relación final quedó compuesta por Aguirre Roca, García Marcelo, Zolezzi Moller, Acosta Sánchez, Antonioli Vásquez, Beaumont Callirgos, Belaunde Moreyra, Díaz Valverde, Pezúa Vivanco, Revoredo Marsano, Romero Díez Canseco y Seminario Dapello.

Con tal resultado, la comisión especial presentó la propuesta para que sea considerada en la agenda del Pleno del Congreso. Lo propio ocurrió en las sesiones del 10 y 18 de abril de 1996. En la primera sesión se realizó únicamente la votación del candidato Antonioli Vásquez, quien a pesar de contar con alta aceptación (76 votos a favor), no obtuvo el mínimo requerido de votos, conforme a ley. Llevadas a cabo las demás votaciones, se obtuvo como resultado que ningún aspirante alcanzó la votación calificada para ser nombrado miembro del Tribunal Constitucional.

Teniendo presente que el proceso de elección no se había concretado por falta de acuerdo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Parlamento, por mayoría, aprobó realizar una precisión respecto del artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Se concluyó que, en la segunda votación de aspirantes que no alcanzaron el mínimo de número de votos, se ejecute una votación individual mediante cédulas, siendo competencia del Pleno congresal definir si la votación debía tener carácter nominal o secreto. De este modo, el 16 de mayo de 1996, el Pleno del Congreso votó a los once candidatos, no llegándose a elegir al total de magistrados que se requería, pues solo dos postulantes lograron alcanzar la aprobación parlamentaria exigida, ellos fueron Manuel Aguirre Roca (103 votos) y Francisco Acosta Sánchez (95 votos).

La dificultad para definir a la integridad de miembros de la corporación hizo mella en el Parlamento, sobre todo, porque se evidenciaba su falta de compromiso para llevar adelante el restablecimiento de la justicia constitucional en el Perú. A esto, contribuyó el hecho de que los candidatos Antonioli, Zolezzi y Belaunde declinaron sus postulaciones, seguramente, porque se sintieron maltratados. Así las cosas, era necesario adoptar alguna alternativa eficaz para superar el impase, por lo que se procedió a optar por un cambio en la regulación, que flexibilice la toma de decisión en el fuero parlamentario. Entonces, se aprobó una iniciativa legislativa que adicionó a la entonces Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 26435) un artículo único que, a la letra, señalaba:

*«Cuando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20% de los Congresistas, podrá 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».*¹⁵⁴

Es decir, se abría la puerta para la modalidad de elección por invitación, aunque con un criterio de estricta complementariedad.

A raíz de lo mencionado, con fecha 15 de junio de 1996, el presidente del grupo de trabajo encargado de elegir a los jueces constitucionales, entregó a la presidenta del Poder Legislativo un documento, bajo el nombre de Propuesta presentada por un importante grupo multipartidario de congresistas, invitando a cinco candidatos para cubrir los puestos vacantes en el Tribunal Constitucional. Los favorecidos con este acuerdo eran los aspirantes Ricardo Nugent López-Chávez, Guillermo Rey Terry, José García Marcelo, Luis Díaz Velarde y Delia Revoredo Marsano.

En la citada propuesta, se hizo mención que, luego de haber hecho las coordinaciones pertinentes, la totalidad de juristas considerados había dado conformidad a la invitación. Como era de esperarse, el Pleno del Congreso dio luz verde a la lista presentada por el presidente de la comisión especial, alcanzado la votación requerida de acuerdo a ley.

¹⁵⁴ Artículo Único de la Ley 26622 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 14 de junio de 1996.

Esta decisión se oficializó mediante la publicación de la Resolución Legislativa 001-96-CR, del 20 de junio de 1996, donde se designaron a los siete magistrados en conjunto, quienes se convirtieron en los primeros miembros del Tribunal Constitucional, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1993.

6.4.3. El proceso de elección de 2002

Vencido el mandato de los miembros del tribunal, el Congreso decidió iniciar el respectivo proceso de renovación. Esta vez, solo se debía elegir a cuatro jueces, pues habían sido restituidos en sus cargos, luego de ser irregularmente suspendidos entre mayo de 1997 y noviembre de 2000, los magistrados Revoredo Marsano, Aguirre Roca y Rey Terry. Entonces, el reemplazo se debía producir solo respecto de los magistrados Nugent López-Chávez, Díaz Velarde, Acosta Sánchez y García Marcelo. Este último ya había sido cesado en setiembre de 2001, en razón de las graves denuncias penales, que terminaron con su condena efectiva, tal como se ha relatado anteriormente.

En tales condiciones, el Pleno parlamentario aprobó la fórmula de integrantes de la comisión especial evaluadora que, a su vez, fue elaborada por los directivos portavoces de los grupos parlamentarios existentes. Este grupo de trabajo estaba compuesto únicamente por cinco congresistas. Su presidente, Marcial Ayaipoma, al igual que en los casos anteriores, era militante del grupo político oficialista (Perú Posible), mientras que, de los cinco miembros, dos no ostentaban preparación profesional jurídica (Marcial Ayaipoma Alvarado y Rafael Valencia-Dongo Cárdenas).

En esta oportunidad, la comisión especial contó con un plan de trabajo, aprobado por el pleno de sus integrantes de forma unánime. Destacó, asimismo, que en el aviso de convocatoria pública se haya consignado los requisitos de postulación previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como la necesidad de contar con conocida reputación de integridad e independencia. Aun cuando este último requisito no estaba contenido literalmente en la ley orgánica entonces vigente, se desprendía de la misma función a ejercer y de la consideración de interposición de tachas que, en sentido razonable, implicaba que los elegidos debían reflejar una conducta intachable.

Se presentaron al proceso de elección de nuevos magistrados constitucionales sesenta y cuatro (64) candidaturas. En esta ocasión la comisión especial desestimó las cuatro tachas que se formularon. Asimismo, se pronunció sobre una denuncia contra el aspirante Javier Alva Orlandini, la que fue rechazada, en virtud de que no existe incompatibilidad objetiva entre la postulación y el desempeño profesional legal a un ciudadano o tercero.

Este proceso contó con porcentajes definidos. El resultado del examen del currículo del postulante contó con un valor de 50% con relación al puntaje integral. Si bien se identificaron criterios de evaluación, estos fueron incorporados sin contar con puntajes delimitados o diferenciados para cada caso. Así, se consideró grados y títulos académicos, experiencia en la magistratura, ejercicio de la cátedra universitaria, trayectoria en defensa

de la democracia y los derechos humanos, publicaciones, participación en conferencias y reconocimientos.

Por su lado, también se previó una valoración personal, basada en entrevistas, que alcanzó un 30% respecto del puntaje final. Llamó la atención que se definieron criterios, como personalidad, facilidad de expresión y precisión en las respuestas. Este aspecto, creemos, es positivo, por cuanto, generalmente, la evaluación personal responde a elementos altamente subjetivos que no tienen mayores límites que la discreción de los evaluadores. Así, la consideración de criterios, que pueden ser corroborados, abona a la institucionalización de un examen imparcial. No obstante, este aspecto no llegó a ser del todo deseable, pues a los criterios citados no se les atribuyó puntajes específicos.

Adicionalmente, medió una evaluación relacionada a la independencia de los candidatos y si la postulación respectiva fue iniciativa de terceros o contó con el respaldo de alguna entidad o institución, claro está, de prestigio o vinculada con la defensa de los derechos fundamentales. Esta consideración, que contó con un valor de 20% sobre el puntaje total, abrió la posibilidad de otorgar participación directa a la sociedad civil en el proceso de elección de magistrados constitucionales, pues no solo permitió a este sector presentar propuestas de candidatos, sino, además, contar con una ventaja cierta al momento de realizar el examen correspondiente. Con todo, somos de la opinión que este mecanismo debe ser meritulado con el debido cuidado, pues en un contexto en el que las instituciones de la sociedad civil funcionan con responsabilidad comprobada, seguramente, la medida tendrá el efecto esperado, cual es que el aspirante tenga una valía añadida en razón de contar con la garantía de la trayectoria y prestigio de una entidad determinada. Sin embargo, si la situación no es tal, y más bien proliferan organizaciones reconocidas por ley, que no necesariamente cuentan con prestigio o incluso pueden aprovechar su condición para presentar propuestas sin rigurosidad, la situación puede ser perjudicial para la finalidad de lograr la elección de magistrados adecuados.

Realizadas todas las entrevistas personales, se llevó a cabo una preselección gradual. De esta manera, conforme avanzaban las sesiones del proceso de elección de 2002, el número de candidatos se fue reduciendo. Así, en la deliberación del 6 de marzo se definió a veinte postulantes; en la deliberación del 14 de marzo se definió a doce postulantes; y en la deliberación del 26 de marzo, se llegó a concluir una relación de ocho postulantes, entre quienes se debería elegir a los jueces que ocuparían las cuatro plazas vacantes. Esta lista consignó a los siguientes candidatos: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Beaumont Callirgos, García Toma, Gonzales Ojeda, Paz de la Barra, Rodríguez Domínguez y Zegarra Russo.

Definida la relación de aspirantes con los nombres citados, y en cumplimiento del artículo 57.b del Reglamento del Congreso, el Pleno parlamentario ejecutó la votación correspondiente, de forma pública y nominal. El resultado de la votación permitió elegir a los cuatro nuevos miembros del colegio jurisdiccional que acompañarían a los tres magistrados que fueron restituidos, ellos fueron: Javier Alva Orlandini (con 97 votos a

favor), Juan Bardelli Lartirigoyen (con 96 votos a favor), Víctor García Toma (con 92 votos a favor) y Magdiel Gonzales Ojeda (con 103 votos a favor).

6.4.4. El proceso de elección de 2004 y 2005

Con 86 votos favorables y ninguno en contra, el Pleno parlamentario aprobó la conformación de la comisión especial que se encargaría de definir la elección de los jueces constitucionales que debían suceder a Delia Revoredo Marsano, Guillermo Rey Terry y Manuel Aguirre Roca. La primera culminaría su mandato el 8 de diciembre de 2004 (en su caso, se utilizó la comunicación previa al Congreso, mediante oficio 224-2004-PI/TC del 2 de setiembre de 2004), mientras que los otros dos fallecieron en el ejercicio del cargo (2 de mayo de 2004 y 20 de junio de 2004, respectivamente). Como ya se había hecho antes, el asentimiento del Pleno del Congreso fue sobre la decisión que, anticipadamente, habían concertado los voceros de los partidos políticos con representación en el Parlamento.

Esta vez, el grupo de trabajo parlamentario estuvo compuesto por ocho integrantes, bajo la Presidencia de Henry Pease García, reconocido académico que, si bien no contaba con formación jurídica, tenía notable trayectoria profesional y política. Coincidentemente, el presidente era parte de la bancada gobiernista (Perú Posible). Debe anotarse que, en esta oportunidad, la mitad de los componentes de la comisión especial no era del gremio de abogados: Henry Pease García, César Acuña Peralta, Héctor Chávez Chuchón y Luis Guerrero Figueroa. En todo supuesto, debemos señalar que el caso de Pease García amerita una mirada especial, dado que por su condición de sociólogo y doctor en ciencia política, estaba calificado para evaluar a juristas que se encargarían de defender la Constitución que, en su esencia, es una norma política. Si bien consideramos que la formación jurídica es importante para valorar con conocimiento de causa a eventuales funcionarios que aplicarán el derecho en la máxima instancia, también es razonable observar que la naturaleza política de la carta fundamental que operarán los magistrados constitucionales, puede ser objetivamente apreciada por los profesionales de la ciencia política.

Una vez instalada, y a propuesta de su presidente, la comisión especial sancionó un nuevo plan de trabajo, que sería su guía procedimental para llevar a cabo la labor de selección. A diferencia del proceso anterior, en la convocatoria pública no se detallaron los requisitos, especificándose únicamente que los mismos se hallaban en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El anuncio concitó el interés de cincuenta (50) aspirantes en total.

La comisión requirió información respecto de los antecedentes de los postulantes a las siguientes instituciones: Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia informó que ningún candidato contaba con procesos en trámite ni sentencias por delitos dolosos), Colegio de Abogados de Lima (entidad que informó sobre el estado y la antigüedad de la colegiatura de los aspirantes, no registrándose problemas sobre el particular), Ministerio del Interior (este organismo informó que ningún postulante contaba con antecedentes policiales) e Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

Propiedad Intelectual - INDECOPi (se informó que, hecha la verificación de declaración de insolvencia o quiebra, ningún postulante estaba incluido en el respectivo registro).

Por otro lado, se avanzó positivamente en el aspecto de la evaluación curricular, pues, además de contar con un puntaje máximo determinado (35 puntos), se clasificaron los criterios que comprendían dicho concepto con calificaciones concretas. Así, al criterio grados y títulos correspondía 10 puntos, al criterio experiencia docente correspondía 8 puntos, al criterio trayectoria profesional correspondía seis puntos, al criterio autoría en publicaciones especializadas correspondía cinco puntos, al criterio participación en conferencias correspondía cuatro puntos y al criterio condecoraciones correspondía dos puntos.

El valor de las entrevistas no contó con criterios definidos, quedando la evaluación a la voluntad discrecional de los miembros de la comisión especial. Es decir, lejos de avanzar en lo que se había conseguido en la elección anterior (criterios para la evaluación personal), se privilegió una situación que podría propiciar subjetividades en la calificación. Lo más grave es que el examen curricular tuvo un peso de 65 puntos, situación más que contradictoria si se considera que en la elección anterior el valor de este elemento era de 30%.

La comisión especial desestimó las dieciséis tachas que se formularon contra algunos candidatos. Asimismo, terminadas las entrevistas, los congresistas de este grupo tuvieron hasta siete días para alcanzar sus respectivas valoraciones, las que servirían para la definición del *ranking* de postulantes en función de los puntajes obtenidos. Esta situación, evidentemente, fue un mal precedente, pues si las calificaciones son objetivas en función de lo que se escucha, se debió llenar el acta correspondiente y entregar lo propio una vez culminada la entrevista. Permitir que transcurran varios días para hacer llegar el resultado de la evaluación, solo genera suspicacias de negociación posterior que descalifican un examen transparente, más aún si el puntaje de la evaluación personal contaba con un desproporcionado peso definitorio.

Pese a lo descrito, igualmente la comisión especial terminó actuando sin respetar el resultado de la calificación obtenida al momento de concluir la lista que presentó al Pleno parlamentario. En efecto, los tres primeros puestos de la lista que contenía los puntajes de los aspirantes (Landa Arroyo: 93.50, Mesía Ramírez: 81.50 y Falconí Picardo: 73.16) no coincidió con el bloque de candidatos que la comisión especial propuso al Pleno del Congreso, alegándose que la decisión final respondió a un «proceso deliberativo» de «consenso». Así, la comisión especial terminó presentando dos ternas, previendo que en caso la primera no obtenga la votación favorable exigida, se pase a votar la segunda. De este modo, mediante oficio 013-2004-CE-TC/CR-HPG del 14 de diciembre de 2004, se formularon las propuestas siguientes:

- Terna primera, conformada por Landa Arroyo, Vergara Gotelli (quien había ocupado el puesto 8 en el ranking ponderado) y Alarcón Quintana (quien había ocupado el puesto 4 en el ranking ponderado).

- Terna segunda: Mesía Ramírez, Falconí Picardo y Ríos Castillo (quien había ocupado el puesto 13 en el *ranking* ponderado).

Bajo tales condiciones, el Pleno del Congreso fue convocado para el 16 de diciembre de 2004 (27° Sesión Ordinaria del Pleno parlamentario), fecha en que debía someter a votación la proposición de la comisión especial. En esta reunión, el legislador Guerrero Figueroa, quien fue parte de la comisión especial y no consignó su firma en el informe final que contenía las ternas apuntadas, solicitó al presidente del Congreso una cuestión previa para que la votación de la elección de miembros del Tribunal Constitucional se realice respecto del *ranking* ponderado. Refirió «*Considero que esa propuesta debe ser sometida a votación, en mérito a que es lo legítimo, lo correcto y, definitivamente, lo más adecuado para dar una muestra al país de la voluntad que existe aquí para resolver esta situación*».¹⁵⁵ Esta petición fue desestimada por la mayoría del Pleno.

Rechazada la cuestión previa, se pasó a votar la primera terna planteada por la comisión especial. La votación se realizó de manera secreta y mediante cédulas, alcanzando la mayoría calificada favorable César Landa Arroyo (con 83 votos a favor) y Juan Vergara Gotelli (con 84 votos a favor); en tanto, Luis Alarcón Quintana no contó con el apoyo exigido, pues su candidatura solo consiguió 57 votos a favor. En consecuencia, solo fueron elegidos dos nuevos magistrados, publicándose la respectiva Resolución Legislativa del Congreso (018-2004-CR), el 21 de diciembre de 2004.

Seis meses después, el 15 de junio de 2005, el Pleno del Congreso de la República (9° A-1 sesión ordinaria) sometió a una segunda votación la candidatura de Alarcón Quintana, quien tampoco alcanzó la votación requerida (solo 53 votos a favor). Luego, el presidente del Congreso, Antero Flores-Aráoz, dispuso que se someta a votación la siguiente terna. No obstante, y a pedido del congresista Pease García, el Pleno aprobó postergar la votación hasta llegar a nuevos consensos. En esta oportunidad, Pease justificó su requerimiento en los siguientes términos:

«De acuerdo a ley, propusimos una terna, pero es evidente que no estamos en condiciones de seguir avanzando en la elección del magistrado faltante (...), como lo estamos haciendo ahora, siguiendo esa lista, porque lo único que va a ocurrir es que con ello solo vamos a maltratar a otros tres ciudadanos ilustres. Yo pediría que se postergue esta votación, por una o dos semanas. No soy miembro de la Junta de Portavoces ni de los órganos directivos, pero lo que creo es que al interior de esas instancias se tienen que crear las condiciones de diálogo».¹⁵⁶

Tal como se puede leer, el presidente de la comisión especial, de una forma «elegante» aceptó que la decisión sobre la terna de magistrados, antes de que en el seno del grupo de trabajo que integra, se decida en la Junta de Portavoces.

¹⁵⁵ *Diario de los Debates del Congreso de la República*, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, tomo V, Lima, p. 4054.

¹⁵⁶ *Diario de los Debates del Congreso de la República*, Segunda Legislatura Ordinaria de 2004, tomo IV, Lima, p. 2688.

El 23 de junio de 2005, el Pleno del Parlamento (9° E-1 sesión ordinaria) sometió a votación la segunda terna presentada por la comisión especial, siendo que ninguno de los candidatos alcanzó la votación mínima. Así, el 13 de julio de 2006 (20° B sesión ordinaria) se realizó la cuarta votación a dicha terna, con el criterio de votación individual y en el orden propuesto, por lo que Mesía Ramírez fue el primero en ser considerado, alcanzando una aprobación de 81 votos y designado entonces, nuevo miembro del Tribunal Constitucional. Llamó la atención que la elección se realizó de manera pública y mediante tablero electrónico.

6.4.5. El proceso de elección de 2007: la nulidad por el caso Ríos Castillo y la nueva votación

El proceso de elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional para reemplazar a Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y Víctor García Toma, se inició con la comunicación cursada por el presidente de este órgano a la presidenta del Congreso el 8 de enero de 2007 (oficio 005-2007-P/TC). Así, en sesión del 19 de enero del mismo año, el Pleno del Congreso, a propuesta de los portavoces de los grupos parlamentarios, aprobó la conformación de la comisión especial encargada de recibir propuestas y seleccionar a los candidatos (con 89 votos a favor, ningún voto en contra y 3 abstenciones).

Al igual que en los casos precedentes, la comisión especial estuvo presidida por un legislador que era miembro de la bancada gobiernista. Esta vez se trataba de Aurelio Pastor Valdivieso, del Partido Aprista. Los integrantes de la comisión fueron en total siete congresistas, de los cuales la mayoría contaba con la profesión de abogado. Únicamente el parlamentario Eduardo Espinoza Ramos no tenía formación jurídica (era matemático de carrera). Es decir, era la primera vez que, prácticamente, el conjunto de miembros de la comisión especial tenía especialización en asuntos jurídicos.

Habiendo sido instalada el 24 de enero de 2007, la comisión especial decretó un nuevo plan de trabajo; esto permite apreciar que, dada la generalidad y falta de precisión del estatuto de elección de miembros del Tribunal Constitucional, el grupo de trabajo parlamentario empezaba a instituir que cada proceso de selección debía tener particulares reglas, sobre todo, para efectos de determinar los puntajes y criterios de evaluación, condiciones sustanciales desde nuestro modo de ver.

Al igual que en el proceso anterior, tampoco se especificó en la convocatoria pública las exigencias legales para aspirar a ser magistrado constitucional, mencionándose solamente que lo propio se encontraba en la ley de organización y funciones del colegiado jurisdiccional. En este sentido, postularon setenta y dos (72) personas. Iniciada la etapa de tachas, se presentaron estas contra cinco candidatos, llegándose a excluir a dos postulantes por estar impedidos, de acuerdo a ley.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Artículo 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301): «1. Los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que hayan sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria; 2. Los abogados que han sido inhabilitados

Sin la suficiente transparencia, que debe enmarcar un proceso de elección que reviste un apreciable interés público, la comisión especial aprobó que las entrevistas a los aspirantes debían ser reservadas. La «justificación» que se propaló fue que se hacía para resguardar el derecho a la intimidad del candidato, nada más inconsistente, pues la repercusión de la selección (hacer posible la jurisdicción constitucional suprema) es, incuestionablemente, un asunto de prevalencia sobre cualquier interés privado. Peor aún, si los postulantes conocían los requisitos, impedimentos y la necesidad de contar con una conducta intachable para ser parte del Tribunal Constitucional, era previsible que se encontrarían sometidos no solo al escrutinio de una comisión parlamentaria, sino de la ciudadanía en su conjunto. Creemos, en todo supuesto, que este aspecto fue un retroceso y una manera poco auspiciosa de empezar un proceso de elección transparente y objetivo.

Siguiendo el proceso, la comisión especial publicó una lista de veinte candidatos, quienes habrían sido los primeros seleccionados, luego de haberse realizado una primera evaluación. De este modo, continuando con una práctica común, se requirió información a instituciones públicas y privadas sobre los postulantes: Corte Suprema de Justicia, Colegio de Abogados, Ministerio del Interior e Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. La información remitida no arrojó complicaciones para que los aspirantes continúen el proceso evaluador.

La apreciación objetiva, que correspondió al examen del currículo de los postulantes, comprendió un valor de hasta cuarenta puntos. Para este aspecto se consideraron los siguientes criterios: grados y títulos (puntaje máximo de 10), experiencia como profesor universitario (puntaje máximo de 10), tiempo de desempeño profesional (puntaje máximo de 8), publicaciones (puntaje máximo de 6), participación en conferencias (puntaje máximo de 4) y reconocimientos o condecoraciones (puntaje máximo de 2).

Por su lado, las entrevistas personales tuvieron un valor máximo de sesenta puntos, no consignándose criterios de valoración para otorgar el puntaje. Claramente, este fue un asunto que resultaría cuestionable, pues, como ya había ocurrido antes, se dejaba la decisión a la más absoluta discrecionalidad de los miembros de la comisión especial, lo que se agravaba con el hecho de que se acordó que las entrevistas serían reservadas.

En esas condiciones, el 13 de junio de 2007 (oficio 130-2007-CEESPMTC-CR), el presidente de la comisión especial presentó su informe final para que sea sometido a consideración del Pleno del Congreso. Este documento contenía la lista de candidatos sobre los cuales hubo acuerdo en la comisión especial para que sean votados en el recinto de la representación nacional. Ellos fueron: Luis Alarcón Quintana, Gerardo Eto Cruz, Vladimir Paz de la Barra y Javier Ríos Castillo.

por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República; 3. Los que han sido condenados o que se encuentran siendo procesados por delito doloso; 4. Los que han sido declarados en estado de insolvencia o de quiebra; y, 5. Los que han ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto».

Dicha selección fue consecuencia de una labor de evaluación que, desde el inicio, como se ha dicho, adoleció de cuestionamientos. Ya para esta etapa se habían denunciado diversas irregularidades, como la nula publicidad de las hojas de vida de los postulantes, el acuerdo inaudito de que las entrevistas no sean públicas, así como la falta de argumentación con relación a los criterios empleados para definir las ternas y excluir a los demás candidatos, entre otros.

Pese a que existía una estimable corriente de opinión sobre la falta de idoneidad del proceso de elección, en la sesión del 13 de junio de 2007, la propuesta de candidatos antes mencionada fue sometida a votación y sancionada por el Pleno parlamentario sin mayor debate, llegando a obtener 84 votos a favor, 20 en contra y tres abstenciones. De hecho, cuando el presidente de la comisión especial hizo uso de la palabra para dar cuenta del trabajado desarrollado, la presidenta del Congreso lo interrumpió, alegando: «Señor congresista, le pido brevedad, porque ese informe de alguna u otra manera lo conocemos todos. Quisiéramos que concluya, para que los señores congresistas puedan proceder a la votación (...)».¹⁵⁸ No hubo debate y era evidente que, desde la Mesa Directiva del Parlamento, había premura por no abrir el debate y pasar directamente a la votación, lo que efectivamente ocurrió. De esta manera, se concluyó la elección, declarándose a los elegidos como nuevos magistrados de la corporación constitucional.

Luego de realizada la elección, y como era de esperarse, los cuestionamientos no cesaron, ocurriendo un hecho de singular atención. Al día siguiente de la votación del Pleno del Congreso, se publicó¹⁵⁹ una foto del electo Javier Ríos, tomada con posterioridad a su designación, en una mesa de un restaurante con dos funcionarios de anteriores gobiernos, acusados de corrupción.¹⁶⁰ Esta publicación generó tal revuelo en la opinión pública, que el candidato elegido, en un primer momento, comunicó al Congreso su disposición por declinar a su designación, mediante carta del 14 de junio de 2007. Preciso que el encuentro difundido en la prensa se trató de una celada y que no tenía cercanía ni amistad con sus acompañantes en la mesa, siendo enfático en afirmar que ello no constituía delito ni acción indebida alguna. La renuncia del señor Ríos Castillo fue aprobada por el Pleno del Congreso el 14 de junio de 2007, con 63 votos a favor, ninguno en contra y 1 abstención. Mención aparte es que, el 19 de julio de 2007, el citado candidato cursó una nueva carta al Congreso, señalando que se desistía de su solicitud y que, por tanto, se cumpla con la ejecución de su nombramiento.

El 20 de junio de 2007 se votó la reconsideración de la votación de designación de magistrados del Tribunal Constitucional, realizada el 13 de junio de 2007, quedando el resultado como sigue: 97 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones. La iniciativa, que fue del congresista Javier Velásquez Quesquén, tuvo fundamento en el artículo 58

¹⁵⁸ Diario de los Debates del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2006, tomo III, Lima, pp. 1791-1792.

¹⁵⁹ Revista *Caretas*, n.° 1980, Lima, 14 de junio de 2007.

¹⁶⁰ En el almuerzo participaron, entre otros, Agustín Mantilla, exministro del Interior que recibió dinero indebido del condenado Vladimiro Montesinos, exasesor presidencial del régimen fujimorista; y Óscar López Meneses, procesado por sus vínculos con Montesinos.

del Reglamento del Congreso,¹⁶¹ quedando pendiente, en consecuencia, una próxima votación.

Posteriormente, la Junta de Portavoces del Congreso, en su sesión del 18 de junio de 2007 (acta de la 56° sesión), acordó dejar sin efecto la votación de la elección de miembros del Tribunal Constitucional, y establecer que el proceso de selección regresaba al estado en el que se determinaron los dieciséis candidatos finalistas por la comisión especial.

Se debe precisar que la elección y casi inmediata anulación de la designación de Javier Ríos Castillo tuvo tantos antecedentes como consecuencias nada felices, que contribuyeron a que su caso represente un precedente negativo en la ejecución de los procesos de elección de magistrados. En efecto, en la etapa previa a la elección realizada por el Pleno del Congreso, el citado candidato fue objeto de múltiples señalamientos, lo que motivó que durante la deliberación, el candidato remitiera una carta de aclaración al presidente de la comisión especial (3 de mayo de 2007), detallando que la información publicada en Internet, respecto de encontrarse involucrado en procesos penales en giro, era incorrecta, pues las causas iniciadas en su contra, por la Universidad Ricardo Palma, fueron archivadas sin encontrarle responsabilidad.

Asimismo, como se indicó antes, luego de efectuada su elección, el propio Ríos Castillo desistió a su renuncia, indicando que debe darse cumplimiento a su designación realizada por el órgano legislativo. Ante la falta de providencia a este pedido por parte del Congreso, inició un proceso de amparo donde se dispuso, mediante una medida cautelar, que se ejecute su elección. Así, el 7 de abril de 2010, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima ordenó su reposición, refiriendo que el Congreso aceptó la renuncia sin tener competencia para ello, *«sin considerar que no existía tal renuncia sino la declinación de su cargo»* y que no se realizó una debida investigación de los hechos. Se concluyó declarando fundado su pedido e inaplicable su renuncia, ordenando al Congreso su inmediata reposición. Ante la natural conmoción pública generada por esta decisión judicial, el mismo juez, autor de la resolución, corrigió lo propio y determinó la suspensión de sus efectos.

Debe recordarse que la pretensión de Ríos Castillo, en última instancia, llegó al fuero del Tribunal Constitucional, órgano que, en mayo de 2012, resolvió la causa recaída en el expediente 0265-2012-PA/TC, fallando por la improcedencia de la demanda de amparo planteada por Ríos Castillo. Es decir, se desestimó su requerimiento de dar ejecución a su nombramiento por parte del Poder Legislativo. El colegiado constitucional consideró que el proceso en el fuero parlamentario en el 2007 se encontraba concluido, habiéndose designado, incluso, a tres magistrados oportunamente, razón por la que el agravio alegado por el recurrente se había tornado en irreparable.

¹⁶¹ «Artículo 58.- Cualquier congresista puede solicitar que se rectifique la votación (...) Las reconsideraciones se presentan por escrito luego de las votaciones y su aprobación requiere el voto de más de la mitad del número legal de Congresistas».

Es conveniente puntualizar que dicha situación propició un enfrentamiento entre el Poder Judicial y el Congreso de la República, pues sin conocer la corrección que realizó el juez que dispuso la orden cautelar, el entonces presidente del Poder Judicial, Javier Villa Stein, exigió al Poder Legislativo cumplir la sentencia y reponer a Ríos Castillo en los términos siguientes: *«El señor Ríos fue nombrado miembro del TC aquí en el Congreso. No lo nombró el Poder Judicial. Cuando un nombramiento vulnera los derechos fundamentales, le corresponde ser valorado por el Poder Judicial (...). La medida cautelar tiene que ser respetada y cumplida de inmediato»*.¹⁶²

Volviendo a la decisión del Parlamento de anular la elección en la que Ríos Castillo alcanzó un cupo y, como producto de ello, retornar a la etapa previa de su designación con la lista de dieciséis aspirantes, el 27 de junio de 2007, el Pleno del Parlamento fue convocado para efectuar una nueva votación. En esta oportunidad solo el candidato Ricardo Beaumont Callirgos obtuvo la votación exigida por ley, siendo elegido nuevo miembro del Tribunal Constitucional. No obstante, persistía la necesidad de elegir a los magistrados faltantes.

Así las cosas, el proceso de elección sufrió un nuevo revés: dos de los juristas con mayor prestigio, que eran parte del proceso de elección, decidieron declinar a sus postulaciones. En efecto, Carlos Ramos Núñez y Ernesto Blume Fortini (quienes habían ocupado el segundo y tercer lugar, respectivamente, en la calificación final hecha por la comisión especial), en una comunicación a la Presidencia del Parlamento de fecha 4 de julio de 2007, hicieron pública su renuncia, dejando expresamente sentado que fueron maltratados, en virtud de que el Congreso llevó a cabo un proceso inapropiado, no existiendo garantías de que la situación se corrija. Por la pertinencia del contenido de la carta mencionada, a continuación, reproducimos gran parte de ella que, por lo demás, resume sin tapujos las condiciones poco claras del proceso:

«El Congreso, sin publicar previamente los resultados de la evaluación curricular y de la entrevista, y sin conocer oficialmente el puntaje obtenido, optó por nombrar violando la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su Reglamento. El sistema de cuotas partidarias provocó la polémica lista de cuatro magistrados, que fuera desbaratada después por un escándalo público. Extrañamente, después del escándalo, se propaló una lista en la que los 17 candidatos finalistas figuraban con el mismo calificativo aritmético de 65.

La nueva votación realizada por la comisión especial, luego de anulada la elección por el Pleno, tuvo un criterio político partidista con inocultable secretismo y verticalidad, no hubo, salvo excepciones, un voto de conciencia, como se exige para esta clase de sufragio (...). No por un capricho personal, menos por una consigna.

¹⁶² En diario *La República*, Lima, 18 de febrero de 2010, p. 6.

En el actual modelo de elección el esfuerzo personal, la trayectoria profesional y la ejecutoria cívica, así como la probidad e idoneidad, no tienen ningún valor (...) con absoluta mezquindad, se arguye erradamente que se trata de una elección política y, por lo tanto, que ello obliga a un pacto político previo (...) al cual se denomina irónicamente concertación (...), de suerte que las bancadas mayoritarias tengan su candidato, en una inaceptable toma y daca. Yo apoyo a tu candidato si tú apoyas al mío, en un marco insólito de desconfianza mutua, ¡hacemos lo que queremos! No nos interesan las calidades ni los méritos personales ni lo que manda la Constitución en su auténtico sentido (...) Si queremos -se piensa- castigamos el mérito y premiamos la conveniencia, obligando a los candidatos a solicitarles apoyo, en acto que hiere la dignidad.

Con este modo de actuar, el Congreso contradice la política de Estado de institucionalizar la meritocracia en la función pública. De acuerdo con el Derecho Comparado, se debería prever en la elección del Congreso, mecanismos de idoneidad. Así, si la elección es finalmente política, correspondería poner a todos los postulantes a consideración del Pleno, sin necesidad de formar una comisión de méritos.

*No existe auténtica voluntad de cambiar los criterios de elección, por lo que no seremos parte de una repartija política, ya tomada de antemano. La naturaleza de un Tribunal Constitucional no guarda correspondencia con una elección de sus magistrados, donde prima el voto por consigna».*¹⁶³

Así también, no debemos dejar de mencionar que, previamente, postulante Quintanilla Loaiza denunció irregularidades de manera formal. El 12 de junio de 2007, en un escrito formulado a la Presidencia del órgano legislativo, anotó que en el proceso llevado a cabo persistía una «clara falta de transparencia» por parte del grupo de trabajo encargado de la selección de postulantes, pues no se facilitaba medios e información útiles, como videos y transcripciones de las sesiones donde se desarrollaban las entrevistas, definición y publicidad de los criterios de depuración de postulantes, sesiones públicas, entre otros. Este candidato, asimismo, recomendó el impulso de acciones y herramientas «más democráticas» con la finalidad de que el Parlamento recobre la credibilidad y respeto de la ciudadanía.

De acuerdo con el informe preliminar de la comisión especial, presentada el 13 de agosto de 2007, e independientemente de las renunciaciones de Blume Fortini y Ramos Núñez, se precisó que la labor de la comisión culminó con la propuesta al Pleno de los dieciséis candidatos referidos.

Pese a las conclusiones de la comisión especial, el 6 de septiembre de 2007 y a propuesta del presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento (Javier Velásquez), el pleno del Congreso votó cuatro ternas de candidatos. Se aprobó (con 92 votos a favor, sin votos

¹⁶³ Carta suscrita por los candidatos Carlos Ramos Núñez y Ernesto Blume Fortini, de fecha 4 de julio de 2007.

en contra ni abstenciones) la primera terna conformada por los postulantes Eto Cruz, Álvarez Miranda y Calle Hayen, declarándose elegidos como nuevos magistrados.

6.4.6. El proceso de elección de 2009 y 2010

El 26 de junio de 2009 el presidente del Tribunal Constitucional comunicó al presidente del Congreso de la República (oficio 42-2009-P/TC) la necesidad de la nueva elección de magistrados del Tribunal Constitucional, en virtud del fin del periodo (27 de diciembre de 2009) de dos de ellos: César Landa Arroyo y Juan Vergara Gotelli. La propuesta de los miembros de la comisión especial fue aprobada por el Pleno del Parlamento en su sesión del 22 de octubre de 2009, en función del acuerdo partidario previo de los directivos portavoces (se aprobó con 89 votos a favor, ningún voto en contra y tres abstenciones).

La comisión especial estuvo conformada por nueve miembros y su presidente también era representante del partido de Gobierno (Humberto Falla Lamadrid, congresista del Partido Aprista). No todos los miembros de la comisión tenían formación jurídica; de los nueve, cuatro no eran abogados.¹⁶⁴ Luego de instalada, la comisión aprobó su propio plan de trabajo y cronograma de actividades. Debe resaltarse que, en esta ocasión, se acordó la participación de la Asociación Civil Transparencia como veedora del proceso de elección; esta institución de la sociedad civil, que se fundó en 1994, exteriorizaba experiencia y prestigio en el ámbito del trabajo por el fortalecimiento de la democracia y la representación política en el país, por lo que su inclusión era positiva.

La convocatoria pública, al igual que en los procesos anteriores, no detalló los requerimientos legales para poder acceder al cargo de magistrado constitucional, remitiendo lo propio a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Llegaron a postular cincuenta y dos (52) abogados, aunque, de forma posterior, el número decreció a cuarenta y nueve (49), pues se produjeron tres renunciaciones. En este proceso fueron quince candidatos los que contaron con tachas presentadas en su contra (21 en total). De ellas, fueron estimadas ocho.

El 10 de febrero de 2010 la comisión especial, en su cuarta sesión ordinaria, dio conformidad a la solicitud del Instituto de Defensa Legal (IDL) para que pueda ser incluido como veedor en el proceso, lo que sumaba a la fiscalización ciudadana deseable del trabajo a desarrollar, pues el IDL, fundada en 1983, gozaba de reconocimiento estimable en el ámbito de la promoción y defensa de la democracia y los derechos humanos.

En esa misma sesión se aprobó el requerimiento del Consejo de la Prensa Peruana para que las entrevistas a los postulantes sean públicas. Si bien este acuerdo fue correcto, el mismo fue deslucido por el acuerdo subsecuente de la sesión del 18 de febrero de 2010, donde se aprobó que las entrevistas a los aspirantes que superen la fase de evaluación curricular no se transmitieran en vivo por señal de televisión.

¹⁶⁴ Con oficio 179-2009-2010-DP-D/CR, del director general parlamentario dirigido al presidente del Parlamento, el legislador José Urquiza Maggía fue sustituido por el legislador Fredy Otárola Peñaranda. Además, el 17 de diciembre de 2009, el Pleno del Congreso aprobó reemplazar al legislador Juvenal Ordoñez Salazar por el legislador Víctor Mayorga Miranda.

La comisión especial acordó publicar la lista de los diez candidatos con mayor puntaje en la evaluación, luego de que culminara la fase de las entrevistas. Empero, debe decirse que previamente a las entrevistas, ya habían sido señalados aptos diez postulantes.

Asimismo, y en la línea de lo hecho en los procesos anteriores, la comisión especial solicitó información a entidades públicas y privadas sobre los candidatos. Además del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior, INDECOPI, Colegio de Abogados de Lima y la Cámara de Comercio de Lima, esta vez se pidió data al propio Congreso de la República, a la Presidencia del Consejo de Ministros, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y al Colegio de Abogados del Callao.

La valoración curricular contó con un tope de cuarenta puntos, habiéndose fijado algunos criterios, en concordancia con los casos precedentes; ellos fueron: formación académica consistente en grados, títulos y estudios (hasta 15 puntos), capacitación y similares (hasta 5 puntos), experiencia profesional (hasta 15 puntos), autoría en publicaciones y distinciones obtenidas (hasta cinco puntos). Un asunto novedoso fue que se fijó en veintiocho (28) la calificación mínima que debían obtener los aspirantes en la etapa de examen objetivo (curricular) para poder continuar en carrera.

Por su parte, las entrevistas a los postulantes alcanzaron un puntaje máximo de 60 puntos, no mediando criterios sobre este particular que hayan sido incorporados en el respectivo plan de trabajo. Lamentablemente, una vez más, se imponían las condiciones para que se desarrolle una selección ampliamente subjetiva, que termine priorizando una decisión política, donde la trayectoria y la competencia, por ejemplo, no eran asuntos definitorios. Esto se reflejó en que los parlamentarios miembros de la comisión especial, según da cuenta el informe final, alcanzaron los puntajes que asignaron a cada postulante sin precisar razones ni consideraciones, pese a que aquellos oscilaron entre los números 0 y 60.

La comisión especial aprobó, de manera unánime, que debía presentar al Pleno parlamentario dos listas de candidatos para que sean votadas de forma alternativa. El resultado final, que comprendió la suma de los puntajes de la evaluación curricular y las entrevistas, arrojó el siguiente dictamen de mérito: 1) Ramos Núñez, 2) Miranda Canales, 3) Urviola Hani, 4) Chanamé Orbe, 5) Osorio Arrascue, 6) Seijas Rengifo, 7) López Santos, 8) Lamadrid Ibañez, 9) Ramírez Erazo y 10) Quintanilla Loaiza. Debemos indicar que, luego de la publicación de esta relación, el Colegio de Abogados de Lima hizo llegar a la comisión especial el oficio 065-2010-DEP/CAL del 5 de marzo de 2010, donde precisa que el candidato Ramírez Erazo registraba una sanción por el Consejo de Ética, consistente en una medida disciplinaria de suspensión de tres meses que, en su oportunidad, le imposibilitó ejercer la profesión. Señaló, además, que esta sanción fue confirmada por el Tribunal de Honor. Empero, este dato no impidió que la comisión especial continuara considerando al referido aspirante en el proceso de selección.

Al final, la comisión especial decidió, por unanimidad, proponer al Pleno la terna de los tres primeros puestos, estimando la solicitud de la Junta de Portavoces de incluir al tercer aspirante de la lista. Sobre este punto, hay que apuntar que, al inicio, la comisión especial estuvo de acuerdo en presentar al Pleno del Congreso solo a los dos postulantes mejor evaluados, por ser los únicos que contaron con la votación unánime de los integrantes del grupo de trabajo (se había acordado que los candidatos a presentar debían contar con la votación mínima de dos tercios a favor del número de miembros de la comisión especial). De hecho, el presidente de la comisión especial llegó a presentar a los dos postulantes (oficio 136-2009-2010-CEESCTC-CR, de fecha 8 de marzo de 2010) a la Presidencia del Parlamento. Inclusive, en su momento, la comisión especial no aprobó la petición de reconsideración a la votación formulada por los congresistas Rolando Sousa y Víctor Andrés García Belaunde respecto del postulante que había logrado ubicarse en el tercer puesto (Urviola Hani).¹⁶⁵

El 21 de abril de 2010, el Pleno del Congreso votó uno a uno los tres candidatos propuestos, concluyendo el resultado en que ninguno alcanzó el mínimo de votos, requerido de acuerdo a ley, por lo que la elección quedaba aplazada. Al día siguiente, el candidato Manuel Miranda Canales, mediante carta y sin detallar razones, renunció a su postulación, lo que fue debidamente comunicado al Pleno del Congreso el mismo día.¹⁶⁶

Ante la falta de acuerdo, con fecha 20 de mayo de 2005, se sometió a reconsideración la votación de los dos candidatos que obtuvieron más votos a favor: Ramos Núñez (75) y Urviola Hani (57). La reconsideración fue aprobada, procediéndose a la votación del primer candidato (Ramos Núñez) el 3 de junio de 2010, donde solo alcanzó 77 votos a favor, por lo que nuevamente se frustró su designación. Posteriormente, el 10 de junio de 2010 se votó la candidatura de Urviola Hani, quien sí alcanzó la votación exigida, por lo que fue declarado electo magistrado del Tribunal Constitucional, procediéndose a la publicación respectiva de su nombramiento en el Diario Oficial *El Peruano*, el 16 de junio de 2010.

Debe señalarse que, estando pendiente una nueva votación del postulante Ramos Núñez, como consecuencia de la reconsideración solicitada por el congresista Fredy Otárola Peñaranda, el citado candidato presentó su renuncia con fecha 14 de junio de 2010, explicando que, pese al trabajo técnico de la comisión, no existe el respaldo político del Parlamento para su designación meritória, siendo que ocupó el primer puesto con una diferencia muy significativa frente a los otros competidores, por lo que consideró que existía un veto político en su contra y que ha optado por realizar actividades académicas en el extranjero.

¹⁶⁵ Este pedido fue presentado el 8 de marzo de 2010, durante la sesión extraordinaria n.º 3 de la comisión especial encargada de la elección de nuevos miembros del Tribunal Constitucional.

¹⁶⁶ La declinación personal de la candidatura de Miranda Canales fue comunicada al presidente de la comisión especial, a través del oficio 157-2009-2010-CESCTC-CR, de fecha 22 de abril de 2010.

6.4.7. El proceso de elección de 2013: difusión de audios y nulidad del nombramiento

En abril de 2013, el Pleno del Congreso de la República aprobó la moción 6485, por la que se conformó la comisión especial encargada de seleccionar a los candidatos a defensor del pueblo, magistrados del Tribunal Constitucional y miembros del directorio del Banco Central de Reserva. Se aprobó que la comisión esté integrada por siete miembros representantes de los grupos parlamentarios.

La comisión se instaló el 30 de abril de 2013 bajo la coordinación del congresista Víctor Andrés García Belaunde. En esta sesión, a diferencia de los procesos anteriores, no se eligió a un presidente entre los miembros del grupo de trabajo, sino que se aprobó, por unanimidad, designar como presidente honorario al presidente del Congreso de la República, Víctor Isla Rojas, miembro del partido de Gobierno. Esta designación fue ratificada por el Pleno del Congreso de la República en su sesión del 2 de mayo de 2013. Tal como obra en el informe pertinente,¹⁶⁷ se alegó que la decisión de elegir a un presidente honorario respondió a «coordinaciones previas» a la misma instalación de la comisión especial. Los miembros de la comisión fueron José Urquiza Maggía (licenciado en cooperativismo), Héctor Becerril (químico farmacéutico),¹⁶⁸ Mariano Portugal Catacora (abogado), Luis Galarreta Velarde (abogado), Víctor Andrés García Belaunde (abogado), Michael Urtecho Medina (ingeniero químico) y Javier Velásquez Quesquén (abogado). Es decir, tres de los siete parlamentarios no contaban con formación jurídica.

Asimismo, en el seno de la comisión, y con base en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se acordó respetar el acuerdo previo de la Junta de Portavoces del Parlamento, en el sentido de adoptar la modalidad de selección por invitación (convocatoria especial). En aplicación de dicho acuerdo, la comisión invitó a profesionales que, a su criterio, contaban con las condiciones necesarias para asumir las altas funciones de la magistratura constitucional. Luego de la invitación, la comisión se reunió nueve veces, entre abril y julio de 2013, para desarrollar el encargo de selección, debatiendo y evaluando las propuestas.

La comisión concluyó su labor, aprobando la siguiente lista de seis candidatos: César Cayo Galindo, Francisco Eguiguren Praeli, Víctor Mayorga Miranda, Víctor Sousa Huanambal, José Luis Sardón y Ernesto Blume Fortini. Como el procedimiento fue la elección por invitación, la metodología de trabajo no siguió las pautas que, hasta entonces, habían sido recurrentes (convocatoria pública, notificación a entidades, evaluación curricular y personal en función de puntajes, entre otros), prevaleciendo un acuerdo político manifiesto durante el desarrollo del proceso.

¹⁶⁷ El informe final de la comisión parlamentaria seleccionadora, que contiene la lista de candidatos propuesta al Pleno, es de fecha 4 de julio de 2013.

¹⁶⁸ El 20 de junio de 2013, el Pleno del Congreso acordó el reemplazo del congresista Alejandro Aguinaga por el congresista Héctor Becerril, ambos del grupo parlamentario Fuerza Popular.

Culminado el trabajo de la comisión especial con la presentación de la lista de candidatos anteriormente citados, el 17 de julio de 2013, en sesión del Pleno del Congreso, se sometió a votación la designación de magistrados. Con un quórum de 97 congresistas, 95 votaron a favor (ninguno en contra y dos abstenciones), lo que equivale a afirmar que el acuerdo sobre la elección de los seis miembros fue casi unánime. La decisión del nombramiento de los nuevos magistrados se formalizó mediante la Resolución Legislativa 004-2012-2013-CR.

Llamó la atención que el Congreso de la República haya llevado a cabo la votación, pese a que el día anterior, a través de los medios de comunicación, se difundiera un audio que dio cuenta de tres sesiones de la comisión evaluadora de junio de 2013, donde los miembros, sin evidenciar consideraciones o fundamentos, seleccionaron a los postulantes a magistrados del Tribunal Constitucional, en función de aparentes conveniencias de orden partidario. Es pertinente señalar que la «distribución» de puestos también fue respecto del defensor del pueblo y los integrantes del directorio del Banco Central de Reserva, situación que permitió un total de diez altos cargos a decidir.

La negociación expresada en los audios difundidos fue tan impropia (se habló de reparto de cupos en un contexto de informalidad y utilidad partidaria sin recaer en la alta importancia de los cargos), que lógicamente generó un amplio malestar en la ciudadanía. Para tener un alcance objetivo del contenido de las conversaciones y su gravedad, a continuación, transcribimos la parte pertinente:

«**Víctor García:** Mira, ¿nos quedamos con los 94 votos y ganamos? Nos quedamos tranquilos, acá no pasa nada, ya tengo el acuerdo, con 94 votos elegimos a todos, y el fujimorismo se queda fuera. **Luis Galarreta:** ¿Y sigue siendo presidente (ininteligible)? **Víctor Isla, presidente del Congreso:** Esa es otra propuesta. **García:** Esa es otra propuesta y muy buena ah. Y si Aguinaga la acepta, ¿Tú qué dices? Sí, va a pasar, 94 (votos) son todas las bancadas que están acá presentes (...) **José Urquiza:** presidente, de una vez, la limosina me espera. **Víctor Isla:** ¿Sabes si Javier está de acuerdo? **Héctor Becerril:** De ahí prácticamente va sumando: 4, 3, 7, 9 y es más 9.8. Ese 0.8 es finalmente entre Acción Popular y Frente Amplio tiene 10, Solidaridad tiene 8, eso habría que insistir. **García:** Ahora, Alianza por el Gran Cambio son 12 miembros, entonces uno, uno. Nosotros somos 10 miembros. **Becerril:** Ahí habría ya 9.8. **García:** La cifra repartidora, nosotros estamos acá en el Pleno ya (risas). **Becerril:** Gana Perú 4.0, Fuerza Popular 3.4, Perú Posible 1.4, Alianza por el Gran Cambio 1.1 (...) hasta ahí 0.2. **García:** O sea, nosotros tenemos dos menos que AG, pero pasamos de 1.1 a 0.2. **Portugal:** O sea, ¿los decimales podrían ser punto para cualquiera? **Becerril:** Los decimales 3.4 y 3.5, tenemos cuatro por una décima. **Galarreta:** Si el esquema es, en todo caso, el Gobierno, 2; el fujimorismo, 2; Perú Posible, 1, y nosotros 1 y así va bajando, este, ¿qué daría el Gobierno por tener un Banco Central más? ¿Defensoría, TC? **Isla:** Lo que sucede es que el Gobierno (ininteligible) quiere tres. **García:** ¿Y no coge nada más? **Urquiza:** Tres del Tribunal Constitucional. **García:** ¡pero nada más! **Urquiza:** Pondría uno en el BCR. **Varios:** De acuerdo, de acuerdo (ininteligible). **Galarreta:**

*Por un orden de prelación, a mí ese tema simple no me parece mal. Dos, dos, uno, uno, ahí estamos avanzando, pero claro, todavía faltan tres bancadas».*¹⁶⁹

Como era de esperarse, se produjeron, por parte de la sociedad civil, considerables manifestaciones públicas solicitando la reformulación de la relación de candidatos y la suspensión de la votación programada. No obstante, y tal como se señaló, el Pleno del Congreso insistió en la elección.

Debe mencionarse que la decisión que tomó el Congreso estuvo precedida de objeciones a las hojas de vida de gran parte de los candidatos seleccionados. En efecto, Rolando Sousa fue criticado por pertenecer a la firma de abogados que defendió al expresidente Alberto Fujimori (condenado a 25 años de prisión por delitos vinculados con la violación de derechos humanos), así como ejercer la defensa de personajes sindicados por delitos graves, como narcotráfico y corrupción de funcionarios. Asimismo, este candidato asumió la defensa del parlamentario fujimorista Alejandro Aguinaga en la investigación penal por la esterilización forzada de dos mil mujeres en el gobierno de Fujimori, y coincidentemente ese mismo parlamentario, con el apoyo de su grupo partidario, presentó la candidatura de Sousa al alto colegio.¹⁷⁰ Sobre Víctor Mayorga, se conoció que el Tribunal Constitucional falló en su contra hasta en tres oportunidades por su actuación durante el tiempo en que fue juez, además de ser investigado por la Fiscalía del Cusco por falsificación de documentos durante una diligencia judicial.¹⁷¹ Igualmente, se recordó que cuando ejerció como congresista fue acusado de obligar a su trabajador a realizar labores domésticas para su provecho personal, situación que, en su oportunidad, afectó notoriamente la imagen de la institución parlamentaria. En cuanto a Cayo Galindo, además de las denuncias por supuestas inconductas funcionales en la gestión pública¹⁷², era evidente que no estaba calificado para el cargo, no teniendo méritos académicos sobresalientes y, menos, experiencia o competencia reconocida en materia constitucional.

Al presentarse justificados cuestionamientos a determinados candidatos y al haberse conocido una negociación extensamente inadecuada, el nivel de protesta fue significativo, con marchas multitudinarias en las calles. Incluso, el premio Nobel de Literatura, Mario Vargas Llosa, suscribió una carta que contaba con 631 firmas de honorables ciudadanos peruanos, en la que se rechaza el método utilizado por el Congreso de la República, para seleccionar a los futuros miembros del Tribunal Constitucional y al nuevo defensor del pueblo. En el pronunciamiento se alegó: *«Estas son dos de las más importantes instituciones encargadas de velar por el respeto a los derechos de la ciudadanía, y la plena vigencia de la Constitución»*, que *«es inaceptable que lleguen al Tribunal Constitucional*

¹⁶⁹ «Audios confirman que hubo repartija en el Congreso», en diario *Perú 21*, sección Política, Lima, 16 de julio de 2013.

¹⁷⁰ «Tribunal Constitucional: las críticas a los nuevos magistrados una por una», en diario *El Comercio*, Lima, 17 de julio de 2013.

¹⁷¹ «El Tribunal Constitucional emitió fallo contra Víctor Mayorga en 2005», en diario *Perú 21*, Lima, 13 de julio de 2013.

¹⁷² El principal cuestionamiento radicó en que cuando ocupó el cargo de jefe del gabinete de asesores del entonces ministro de la Producción, José Urquiza, habría influido indebidamente en el otorgamiento irregular de permisos de pesca por 1,440 toneladas.

personajes que justifican el golpe militar de 1992, al igual que las violaciones a los derechos humanos dadas en ese periodo» y que, «la lógica de cuoteos que predomina en el Congreso lo único que garantiza es el mayor desprestigio de estos organismos, lo que implicará una profundización de la crisis de legitimidad del sistema jurídico peruano». El pronunciamiento expresó un «rotundo rechazo» a la posibilidad de que la próxima elección de autoridades se dé bajo el criterio del «cuoteo» político por parte de las diferentes bancadas del Parlamento.

En este contexto, la elección que realizó el Congreso se tornó en insostenible, la inestabilidad política era tal, que las voces a favor de dejar sin efecto la decisión congresal (Resolución Legislativa 004-2012-2013-CR) eran cada vez mayores. Así, en la sesión del Pleno parlamentario del 24 de julio de 2013, en una reunión con una extensión de solo 17 minutos y sin estación de debate, se aprobó anular la elección de magistrados constitucionales, defensor del pueblo y miembros del directorio de Banco Central de Reserva. Votaron a favor un total de 107 legisladores, mediando solo una abstención. En este sentido, el nombramiento de los siete candidatos elegidos se terminó anulando.

Es importante anotar que, después del acto anulación y en un claro gesto político más que necesario, por la repercusión del asunto, el 26 de julio de 2013, el presidente del Congreso, Fredy Otárola, ofreció disculpas públicas a la ciudadanía. Lamentó los hechos que provocaron la invalidez de la elección de magistrados y anunció su compromiso de enmienda, que consistía en la voluntad del Congreso de garantizar a la población una selección idónea y prioritaria.

Si bien la nulidad anotada se encontraba más que justificada y el proceder del Congreso en esta elección constituyó un pésimo precedente, también es verdad que el resultado tuvo un factor positivo, cual es el interés generado por la ciudadanía respecto de la selección de magistrados constitucionales y la fuerza de la protesta social para legitimar o no los actos de las autoridades. Ciertamente, antes de los problemas suscitados en esta elección, persistía una generalizada desidia en la población por el accionar del Congreso en el ejercicio de su competencia para definir a los miembros del Tribunal Constitucional. Con la denuncia de la repartija y la marcha atrás del Congreso, se evidenció un deseable control ciudadano que debería acompañar, de modo continuo, a todos los trámites de elección en este ámbito.

Aun cuando la filtración de audios fue un verdadero precedente en la materia, también comprobó la idea generalizada del reparto político en este tipo de elección. Lamentablemente, la intervención del Parlamento en la conformación de los tribunales no es un asunto que envuelve controversias de falta de imparcialidad solo en nuestro ámbito territorial, pues como ya refería el profesor Sagüés en 1990, se termina pecando de excesiva proximidad política con facilidad, refiriendo:

«(...) esto es un problema que se da también en países desarrollados. Me ha tocado presenciar la decisión de nombrar jueces constitucionales en base a acuerdos de tres para el partido x, dos para el partido z, y otros para el partido tal; esto

*puede ser una muestra de pluralismo político, pero no sé si será una muestra de independencia frente al poder político».*¹⁷³

6.4.8 El proceso de elección de 2013 y 2014

Por decisión de la Junta de Portavoces del Congreso, tomada el 15 de octubre de 2013, se aprobó la conformación de la nueva comisión especial que se encargaría de definir la lista de postulantes al Tribunal Constitucional, que, de modo posterior, votaría el Pleno. Igualmente, se definió una Presidencia supernumeraria, que estaría a cargo del presidente del órgano legislativo. De esta manera, en la sesión del 17 de octubre de 2013, el Pleno parlamentario aprobó la conformación de los integrantes del citado grupo de trabajo, quienes serían ocho legisladores, representantes de las bancadas en ejercicio: Tomás Zamudio Briceño (abogado), Gustavo Rondón Fudinaga (médico), José León Rivera (ingeniero agrónomo), Mesías Guevara Amasifuén (ingeniero electrónico), Alberto Beingolea Delgado (abogado), Javier Velásquez Quesquén (abogado), Wuilliam Monterola Abregú (quien contaba con estudios de Derecho) y Héctor Becerril Rodríguez (químico farmacéutico).

El criterio para la definición de los miembros de la comisión especial, una vez más, fue amplio, pues, como se observa, el cincuenta por ciento de sus integrantes no era profesional del campo jurídico. De otra parte, en esta ocasión también se optó porque opere la modalidad por invitación, teniendo presente que esta posibilidad estaba permitida por el artículo 8.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301). En estas circunstancias, el 31 de octubre de 2013, la comisión especial se instaló y ratificó, por unanimidad, la designación del presidente del Congreso como presidente supernumerario, con voz, pero sin voto.

La comisión sesionó cuatro fechas con el quórum reglamentario.¹⁷⁴ En las reuniones se debatió y evaluó cada propuesta presentada por los voceros de los grupos parlamentarios. En la sesión del 14 de abril de 2014, tomando en cuenta las propuestas de los grupos parlamentarios, colegios profesionales, universidades y sociedad civil, se planteó una lista de cinco candidatos (no se especifica el nombre de los postulantes). La comisión, en su sesión del 16 de abril de 2014, aprobó respetar el acuerdo referido a que ningún candidato debía tener vínculo con partido político alguno. Además, se propuso (sin aprobación definitiva) que la votación que realice el Pleno se haga de forma independiente (candidato por candidato) y no en bloque.

Lo cierto es que diez meses después del anuncio del presidente del Congreso (de dar prioridad a la elección de magistrados), y ante la presión mediática generada por una resolución del Tribunal Constitucional que provocó un enfrentamiento de este con el

¹⁷³ Sagüés, Néstor Pedro. Entrevista realizada por Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA y Fausto SALINAS LOVÓN el 21 de junio de 1990 con ocasión del Congreso de Derecho Constitucional de Lima, en: *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, p. 27.

¹⁷⁴ De ello da cuenta el Informe n.º 2 de la comisión especial, que llevó por título Selección de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, que fue presentado a la presidencia del Parlamento el 7 de mayo de 2014.

Consejo Nacional de la Magistratura,¹⁷⁵ debido a los polémicos nombramientos de fiscales supremos, el referido titular convocó para el 6 de mayo a una reunión de la comisión especial. De acuerdo con la citación (remitida por la Oficialía Mayor del Congreso a los voceros de las distintas bancadas), la agenda consistió en determinar la propuesta final de candidatos a magistrados y la propuesta de la Presidencia y de diversos grupos parlamentarios para la votación individual de los postulantes.

Realizada la reunión antes mencionada, la integridad de miembros de la comisión especial aprobó que la elección se lleve a cabo por medio de votación individual y que esta siga la secuencia alfabética. Asimismo, se acordó, por mayoría, definir a los nueve juristas que participarían en el proceso. Ellos eran Carlos Ramos Núñez, Eloy Espinosa-Saldaña, Ernesto Blume Fortini, Nelly Calderón Navarro, Manuel Miranda Canales, Joseph Campos Torres, Marianella Ledesma Narváez, José Luis Sardón de Taboada y Carlos Hakansson Nieto. El presidente del Congreso dio a conocer que la relación de candidatos se publicaría en la página web del órgano legislativo con la finalidad de que la ciudadanía en su conjunto tenga acceso a esta información y pueda, de ser caso, presentar algunas observaciones o tachas contra las candidaturas.

Conocida la relación de postulantes citada, causó sorpresa que esta no haya comprendido al jurista Francisco Eguiguren Praeli, quien previamente había sido una de las personalidades más voceadas para participar en el proceso de elección, sobre todo, porque contaba con el respaldo de la bancada parlamentaria del partido de gobierno. Este último aspecto era el que más se cuestionaba por parte de los grupos congresales de oposición, ya que Eguiguren había ocupado importantes cargos en el gobierno, ya sea como ministro de Estado en el sector Justicia o embajador del Perú en España. Posteriormente, se pudo saber que la declinación a su candidatura se debió a una decisión personal de no someterse a «baloteos» de carácter político y, al mismo tiempo, de evitar ser un impedimento para que se pueda efectivizar sin más prolongación la recomposición del corporativo constitucional. Eguiguren, sobre este particular, afirmó: *«A estas alturas de mi vida ni estoy para estar sometido a evaluaciones con criterio político ni tampoco para servir de obstáculo para que se logre la necesaria recomposición del Tribunal Constitucional»*.¹⁷⁶

Pese a que, en su oportunidad, la propuesta de candidatura de Eguiguren provocó un enfrentamiento político entre la bancada oficialista y las bancadas de oposición, que complicó llegar a un consenso célere, debemos afirmar, con objetividad, que el apartamiento del citado jurista no fue una noticia positiva. Francisco Eguiguren es un reconocido profesor de Derecho Constitucional, con alta competencia profesional y

¹⁷⁵ El Tribunal Constitucional, mediante sentencia 0791-2014-PA/TC, dejó sin efecto la designación, por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), de las fiscales supremas Zoraida Ávalos y Nora Miraval. Se exigió al CNM que en lugar de las mencionadas fiscales fuera nombrado Mateo Castañeda, mientras que la plaza restante correspondería a César Hinostroza. Esta decisión fue duramente cuestionada por reflejar una injerencia indebida por parte del colegiado constitucional, más aún si fue emitida en una fecha próxima a la renovación casi total del tribunal. Finalmente, luego de la elección de los nuevos magistrados, la sentencia fue anulada mediante auto del Tribunal Constitucional de fecha 15 de julio de 2014.

¹⁷⁶ «Eguiguren: Decliné postulación al TC para no exponerme a baloteos», en diario *Perú 21*, sección Política, Lima, 7 de mayo de 2014.

académica, quien, además, ostenta una impecable y comprobada trayectoria en defensa de los principios democráticos. Creemos, con seguridad, que el Congreso perdió la ocasión para elegir a una persona largamente idónea para desempeñar el cargo de miembro del Tribunal Constitucional.

En contraste, una vez definidos los nueve candidatos, se empezó a conocer, gracias a los medios de comunicación y a organismos de la sociedad civil, información cuestionable sobre los postulantes, que ponían en duda el cumplimiento del perfil deseable de magistrado constitucional. Con relación a Nelly Calderón, se recordó que el 2013 solicitó a la Fiscalía de la Nación archivar la investigación contra el exmandatario Alejandro Toledo, por el caso de la adquisición de propiedades inmuebles a favor de su suegra Eva Fernerbug (denuncia de notable repercusión, que contaba, además, con razonables indicios de comisión de delitos). Ante el cuestionamiento, Calderón afirmó que no recordaba haber suscrito el documento señalado. En igual sentido, se hizo necesario rememorar la investigación parlamentaria que se impulsó en su contra por el caso del salvataje al extinto Banco Wiese y la investigación que le siguió el Consejo Nacional de la Magistratura, en su condición de magistrada, por haber reducido su edad con la finalidad de dilatar su permanencia como titular del Ministerio Público.

Por otro lado, el candidato del grupo parlamentario fujimorista, José Luis Sardón de Taboada, también fue blanco de críticas. Así, son conocidas sus declaraciones en contra de la sentencia de 25 años de prisión del expresidente Alberto Fujimori por delitos de violación de derechos humanos, llegando a afirmar que contiene una selección arbitraria de hechos, y que no se tomó en cuenta el contexto económico y social en el que se produjo el autogolpe de Estado de 1992. Indicó que hay evidencia de «atenuantes» y que ningún presidente en el siglo XX concluyó su mandato sin mayoría parlamentaria (como era el caso de Fujimori, que antes del golpe solo tenía el 21% del total de parlamentarios). Igualmente, se mostró a favor de que se otorgue el indulto al citado exmandatario. Si bien creemos que un candidato no puede ser descalificado *per se* por tener simpatía con algún grupo político o con algún líder político, en el caso del señor Sardón sí consideramos que las críticas a su postulación eran válidas, no por su línea política, sino porque, dado su propio dicho, había justificado un golpe de Estado, es decir, el quebrantamiento del orden constitucional.

No obstante, el titular del Parlamento hizo público que el 21 de mayo de 2014 la representación nacional, en sesión de Pleno, votaría a los nueve postulantes considerados en la lista antedicha. Expresó su confianza en que se llegaría a elegir a los seis jueces faltantes. En todo caso, persistía en los hechos una apreciable contingencia de no llegar al objetivo deseado, pues considerando la mayoría calificada exigida y las dificultades para el arribo de consensos, era muy posible que nuevamente se frustrase la elección.

A ello, se debe agregar una particularidad en este proceso de selección: se debía renovar a casi la integridad de miembros del Tribunal Constitucional (seis de siete) y el acuerdo había sido votar a uno por uno de los postulantes previstos en el cuadro de nueve personas. Es decir, era muy probable que no se llegase a cubrir el total de plazas y que se eligiera a un

número menor de seis magistrados, con lo que se tendría un problema adicional, pues la normativa vigente no establecía cómo se deben producir los reemplazos en estos casos. Por ejemplo, si se llega a elegir tres jueces, pero deben ser reemplazados seis, ¿cómo se selecciona a los tres que deben salir? El estatuto no define criterios, como la antigüedad en el cargo, el tiempo de colegiatura profesional, entre otros. En este supuesto, somos de la opinión que, en tanto no exista una regulación expresa sobre la materia, será al Pleno del tribunal a quien corresponda salvar este asunto, en estricto respeto a su autonomía constitucional.

Debe indicarse que se llegaron a presentar once tachas contra seis de los nueve postulantes. La comisión especial desestimó la integridad de aquellas, quedando expedito el cuadro de nueve candidatos para poder ser sometidos a votación en el Pleno del Congreso en la fecha previamente anunciada.

En la 11ª sesión de la segunda legislatura ordinaria de 2013 (21 de mayo de 2014), y con la precisión del presidente del Congreso de que no habría debate, se dispuso votar a los candidatos de modo individual y en orden alfabético, como se había acordado antes. En esta oportunidad, seis postulantes llegaron a tener los votos favorables exigidos. Ellos eran Ernesto Blume Fortini (111 votos a favor), Eloy Espinosa-Saldaña (88 votos a favor), Marianella Ledesma (99 votos a favor), Manuel Miranda Canales (122 votos a favor), Carlos Ramos (119 votos a favor) y José Luis Sardón (111 votos a favor). Aun cuando llegaron a ser votados, Nelly Calderón (59 votos a favor), Carlos Hakansson (61 votos a favor) y Joseph Campos (70 votos a favor), no alcanzaron el apoyo suficiente. Con este resultado, se llegó a llenar el conjunto de espacios vacantes, procediéndose a nombrar a los nuevos miembros del Tribunal Constitucional, a través de la publicación de las respectivas resoluciones legislativas al día siguiente de la elección.

Ahora bien, debe anotarse que la disposición de los legisladores de concretar la elección no fue producto del cumplimiento natural de una obligación constitucional. El Congreso, como se precisó, se vio forzado a priorizar una elección, que constituya, de cara a la ciudadanía, una reivindicación ante lo sucedido. Debemos recordar que, después de un tiempo excesivo y de elecciones anuladas, se pudo efectivizar una elección que reclamaba con énfasis la población de modo mayoritario. Tanto fue así, que el control ciudadano sobre la labor de designación de los nuevos jueces constitucionales se convirtió en un tema recurrente en los medios de comunicación. Esto, inevitablemente, permitió la existencia de una estimable presión pública a los congresistas.

Valgan verdades, el aplazamiento de la elección que hizo, como se mencionó, que un magistrado (Vergara Gotelli) haya cumplido en la práctica un período adicional, configura una afectación negativa al texto constitucional, más aún si los intentos frustrados de renovación se realizaron con fines claramente reprochables. Por ello, somos de la opinión que la elección de los citados seis jueces también constituyó un importante precedente, en tanto expresó el alcance del poder de la ciudadanía organizada para poner frenos efectivos a los ciertos comportamientos de los organismos del Estado, en este caso del Parlamento.

Debe destacarse la designación de los magistrados Ramos Núñez y Blume Fortini, quienes no solo cumplían el perfil esperado de modo categórico, sino que, además, eran dos juristas que habían sido maltratados indebidamente en procesos de elección anteriores, donde pese a ocupar los primeros lugares en las evaluaciones iniciales, siempre terminaban no alcanzando los votos requeridos por parte del Pleno del Congreso. Constituye una acción ejemplar que ambos ya habían denunciado expresa y públicamente el cuoteo político de este tipo de designación, condenando lo propio por violentarse la institucionalidad del Tribunal Constitucional. Entonces, sus nombramientos evidenciaron también una reivindicación justa a dos personalidades con reconocida trayectoria y competencia profesional.

Asimismo, después de mucho tiempo el Tribunal Constitucional del Perú eligió a una integrante mujer, pues antes de la magistrada Marianella Ledesma Narváez, solo Delia Revoredo Marsano desempeñó este cargo durante los periodos 1996-1997 y 2000-2005 (recuérdese que fue indebidamente retirada del cargo y luego fue repuesta). Fue plausible la designación de la doctora Ledesma, no solo por su elevada calificación profesional y personal, sino también porque es positiva la presencia de representantes femeninas en un colegiado que históricamente ha estado conformado por varones. Es pertinente apuntar que, desde 1996 a la fecha, el Tribunal Constitucional del Perú ha contado con un total de 26 magistrados, de los cuales 24 son varones y dos son mujeres, siendo que, hasta la designación de Ledesma, los presidentes del órgano constitucional, siempre fueron varones. Además, si damos una mirada al anterior tribunal de garantías constitucionales que contó con un total de 20 magistrados (todos hombres), podemos afirmar que, desde la fundación del control concentrado de constitucionalidad en el país, hemos tenido 44 miembros varones y solo dos miembros mujeres, lo que trasluce una desproporción manifiesta.

6.4.9. El proceso de elección de 2017

El 3 de agosto de 2017 el Pleno del Congreso de la República aprobó la conformación de la comisión especial que se encargaría de seleccionar a los postulantes a magistrados del Tribunal Constitucional, la que estaría integrada por los directivos portavoces de los grupos parlamentarios y presidida por el presidente del Parlamento, en condición de miembro supernumerario (Luis Galarreta Velarde). A diferencia de todos los procesos anteriores, esta vez el presidente de la comisión especial no era del partido de gobierno, lo que era reflejo de que en este periodo parlamentario el partido de oposición más importante (Fuerza Popular) tenía una mayoría absoluta, de más del 50% del número total de parlamentarios.

La decisión de que los voceros debían decidir refleja nuevamente la prevalencia del criterio político sobre cualquier otro, pues los voceros son, por mandato reglamentario, los representantes máximos de los grupos parlamentarios y su accionar se orienta a la actividad de orden político. Como se ha desarrollado, la elección de los miembros del Tribunal Constitucional debiera corresponder a una consideración de valores meritorios en el campo profesional; entonces, mínimamente, los parlamentarios encargados de la

evaluación deberían contar con un perfil adecuado de conocimiento en la materia, que trasciende a su mera posición de decisión política. Además, dicho aspecto no resulta imposible de cumplirse, pues existían varios parlamentarios que sí tienen capacidad para participar en una comisión que examinará candidaturas de juristas de alto reconocimiento. En todo caso, el fin de la comisión especial es (o debiera ser) servir de filtro técnico u objetivo, para, en una última etapa, pasar a la decisión política del Pleno parlamentario.

Los miembros del grupo de trabajo fueron siete congresistas: Luis Galarreta Velarde (abogado), Daniel Salaverry Villa (empresario y arquitecto), Vicente Zeballos Salinas (abogado), Wilbert Rozas Beltrán (bachiller en Ingeniería Agronómica), César Villanueva Arévalo (administrador), Jorge del Castillo Gálvez (abogado) y Víctor Andrés García Belaunde (abogado). Como se aprecia, casi la mitad de miembros no contaba con formación jurídica. Por otro lado, se decidió seguir la modalidad por invitación para seleccionar a los candidatos,¹⁷⁷ de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La comisión especial se instaló el 9 de agosto de 2017, siendo que el grupo parlamentario Acción Popular propuso al doctor Augusto Ferrero Costa como candidato. El presidente del grupo de trabajo precisó que los demás miembros, en representación de sus bancadas, podían presentar otras alternativas. En la sesión siguiente se comunicó que se había recibido un oficio del señor Humberto Falla Lamadrid, quien se propuso como postulante, lo que no correspondía por haberse determinado una elección por invitación, por lo que se desestimó este pedido.

En dicha sesión, tal como prevé el informe de la comisión especial, se debatió y evaluó la propuesta formulada en la sesión anterior, lo que evidencia que no se presentaron nuevos candidatos por parte de los congresistas. Finalmente, la comisión acordó por mayoría proponer al Pleno del Parlamento al candidato Augusto Ferrero Costa por considerar que reunía los requisitos legales y tener suficientes méritos profesionales para ocupar el cargo vacante. Dicho candidato fue elegido por el Pleno del Congreso como nuevo magistrado con 100 votos a favor, 10 en contra y tres abstenciones.¹⁷⁸

Independientemente de las cualidades profesionales del juez elegido, el proceso de su elección adoleció de los mismos cuestionamientos de los últimos procesos llevados a cabo: componenda política y ausencia de transparencia. Ciertamente, la reunión convocada el 9 de agosto de 2017, donde se acordó el respaldo al candidato Ferrero, fue desarrollada en la sala Jorge Basadre del Parlamento. Esta sala, que queda al interior de la zona del hemiciclo parlamentario (donde se desenvuelven las sesiones del Pleno) es un espacio de acceso restringido al mismo personal del Congreso y, con mayor razón, a terceros y a trabajadores de prensa. En consecuencia, los motivos de los acuerdos y el desarrollo de la cita fueron aspectos que quedaron en el ámbito privado de los miembros

¹⁷⁷ Acuerdo de Junta de Portavoces correspondiente a la sesión del 9 de agosto de 2017.

¹⁷⁸ Votación del Pleno del Congreso de la República realizada el 25 de agosto de 2017. Esta decisión se formalizó a través de la Resolución Legislativa del Congreso 002-2017-2018-CR, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* de fecha 26 de agosto de 2017.

de la comisión especial, no existiendo el respectivo registro por parte de los medios de comunicación ni, de forma posterior, por parte del canal televisivo del Congreso.

En consecuencia, la designación del nuevo magistrado no se desarrolló con la transparencia deseada. Pese a los cuestionamientos sobre su participación política en las elecciones generales de 2011, su falta de especialidad en derecho constitucional y un posible conflicto de intereses con el Estado, que denunciaron parlamentarios de diversas bancadas (Frente Amplio, Peruanos por el Cambio, Acción Popular), no se pudo conocer cuáles fueron las razones de los miembros de la comisión especial que determinaron que dichos asuntos eran superables. No es válido descalificar al magistrado elegido, pues cuenta con una trayectoria jurídica y académica distinguidas, pero, atendiendo a la institucionalidad del alto encargo, era más que necesario que sean de conocimiento público los argumentos que desvirtuaron las dudas sobre su idoneidad para el desempeño de la función.

El proceso de debate y disertación de los integrantes de la comisión especial encargada de la elección, en todo supuesto, debió contar con el más amplio criterio de publicidad y difusión pública, más aún cuando se trataba de un único candidato que, si bien contaba con el aval de la mayoría de voceros, no tenía la respectiva unanimidad parlamentaria, tal como se reflejó en la correspondiente sesión plenaria. Del mismo modo, la comisión especial estuvo integrada por los congresistas García Belaunde (quien, incluso, sustentó el informe de la comisión ante el Pleno el día de la elección) y Galarreta Velarde, quienes habían participado de los cuestionados audios que viciaron la elección de 2013, situación que, por decir lo menos, hacía cuestionable su imparcialidad en la definición de un candidato idóneo.

Finalmente, es pertinente señalar que, en su oportunidad, el 15 de agosto de 2017, el grupo parlamentario Frente Amplio denunció que la comisión especial no permitió entrevistar al candidato ni que entregue su declaración jurada de intereses (que incluía la lista de clientes a los que ha representado de forma particular o a través de su estudio de abogados), precisando que:

«La negativa a tener niveles mínimos de transparencia es lamentable y vislumbra un serio revés para contar con un Tribunal Constitucional independiente de cualquier poder político o de facto, sobre todo teniendo en cuenta el impacto de las decisiones que tiene este alto tribunal para la vida democrática del país».¹⁷⁹

¹⁷⁹ Pronunciamiento del grupo parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad, titulado «Sin transparencia la elección del magistrado del TC no es posible», de fecha 15 de agosto de 2017.

6.4.10. El proceso de elección de 2019: repercusión política y conclusión en el Congreso de 2020

El 14 de noviembre de 2018 el entonces presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume, solicitó al entonces presidente del Congreso, Daniel Salaverry,¹⁸⁰ que, en cumplimiento del artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se inicie el procedimiento de elección de nuevos magistrados constitucionales en vista de que el mandato de seis jueces estaba próximo a vencer. Se precisó que los magistrados Eloy Espinosa-Saldaña, Marianella Ledesma, José Luis Sardón, Carlos Ramos, Manuel Miranda y Ernesto Blume, juramentaron al cargo el 3 de junio de 2014. Entonces, el presidente del colegiado constitucional realizó el aviso anticipado con más tiempo del previsto en la norma (seis meses), lo que es válido si se considera que el objetivo central es lograr un nombramiento oportuno.

En la sesión plenaria del 22 de noviembre de 2018 se comunicó que, por acuerdo de la Junta de Portavoces (sesión del 19 de noviembre de 2018), se acordó proponer al Pleno del Congreso que la comisión especial encargada de seleccionar a los magistrados del Tribunal Constitucional esté compuesta por nueve congresistas,¹⁸¹ bajo la presidencia supernumeraria del presidente del Poder Legislativo.¹⁸² De este modo, se leyó los nombres correspondientes y, sin debate, se aprobó por unanimidad la conformación del citado grupo de trabajo.¹⁸³

No obstante, dicha comisión no realizó el encargo de selección. Luego de cinco meses de no estar operativa (abril de 2019), el entonces presidente del Congreso, Daniel Salaverry, declaró ante la opinión pública que el grupo de trabajo debía reestructurarse, pues al ser multipartidario debe representar a todas las bancadas y a los no agrupados, adelantado que la selección se haría por la modalidad de invitación.¹⁸⁴ Al respecto, debe precisarse que, luego de la conformación de la comisión especial, la Presidencia del Congreso reconoció a tres nuevos bloques (Bancada Liberal, Cambio 21 y Concertación Parlamentaria), como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que definió que los legisladores renunciando a sus bancadas por diferencias de conciencia debidamente fundamentadas, pueden constituir nuevos grupos parlamentarios, trasladarse a otros existentes o formar una bancada mixta.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Oficio n.º 049-2018-P/TC, de fecha 14 de noviembre de 2018.

¹⁸¹ Los congresistas propuestos por grupo parlamentario fueron los siguientes: Cecilia Chacón de Vettori, Úrsula Letona Pereyra (Fuerza Popular), Gilbert Violeta López (Peruanos por el Cambio- PPK), Marco Arana Zegarra (Frente Amplio), Gloria Montenegro Figueroa (Alianza para el Progreso), Javier Velásquez Quesquén (APRA), Alberto Quintanilla Chacón (Nuevo Perú), Víctor García Belaunde (Acción Popular) y Sonia Echevarría (no agrupados).

¹⁸² Daniel Salaverry Villa.

¹⁸³ La propuesta de conformación de la Comisión Especial encargada de seleccionar a los magistrados del Tribunal Constitucional se aprobó con 86 votos a favor, ninguno en contra y sin abstenciones. Diario de los Debates del Congreso de la República, 15ª sesión, Primera Legislatura Ordinaria de 2018, Lima, 22 de noviembre de 2018, p. 72.

¹⁸⁴ Seis miembros del Tribunal Constitucional deben dejar sus cargos el 3 de junio, en diario *Perú 21*, Lima, 24 de abril de 2019.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0001-2018-PI/TC.

Por ello, el Pleno del Congreso agendó y puso a debate el Proyecto de Ley 4253,¹⁸⁶ que modifica el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; esto, por cuanto la norma vigente prevé que la comisión especial parlamentaria, encargada de definir la lista de candidatos que votará el Pleno, está integrada por siete a nueve congresistas, respetando la proporcionalidad y pluralidad de cada bancada. Sin embargo, hasta abril de 2019 el Parlamento tenía diez grupos parlamentarios,¹⁸⁷ por lo que el límite del número de miembros tenía una eventual contradicción con la realidad. De esta manera, la reforma retiraba el número específico de integrantes y formalizaba que sea la Junta de Portavoces quien se encargue de proponer al Pleno los integrantes del grupo de trabajo mencionado. No obstante, si bien la indicada iniciativa legislativa se llegó a debatir en el Pleno (2 de mayo de 2019), se aprobó una cuestión previa para que el proyecto regrese a la Comisión de Constitución y Reglamento. Así las cosas, llegó la fecha de expiración del mandato de los magistrados y la comisión especial estaba paralizada, con incertidumbre absoluta sobre la fecha o existencia de un cronograma de actividades.

El 3 de setiembre de 2019 la Junta de Portavoces del Parlamento, en sesión reservada (como es práctica común en el actuar de este órgano), designó a los integrantes de la comisión especial encargada de seleccionar a los nuevos seis miembros del Tribunal Constitucional.¹⁸⁸ De esta forma, la comisión quedaría conformada por nueve parlamentarios, bajo la Presidencia supernumeraria del presidente del Congreso, Pedro Olaechea Álvarez-Calderón (economista). Los integrantes fueron: Miguel Torres Morales, Luis Galarreta, Marisol Espinoza Cruz, Alberto Quintanilla, Víctor Andrés García Belaunde, Alberto Oliva Corrales, Javier Velásquez Quesquén (hasta aquí, todos con formación jurídica), Clayton Galván Vento (administrador) y Marco Arana (sociólogo). El 11 de setiembre el Pleno del Congreso aprobó el acuerdo. Llama la atención que, nuevamente, dos parlamentarios que participaron en el frustrado proceso de 2013 hayan sido considerados para completar la comisión especial (nos referimos a los congresistas Galarreta y García Belaunde).

Así, el 16 de setiembre la comisión especial sesionó, acordándose que los grupos parlamentarios debían dar a conocer sus propuestas de candidatos. Al día siguiente, en una nueva sesión, algunos integrantes formularon lo propio: Olaechea propuso a Roberto Acevedo Mena y Delia Muñoz Muñoz; García Belaunde propuso a Manuel Sánchez, Gonzalo Ortiz de Zavallos y Hugo Sivina Hurtado; Galván propuso a Milagros Campos Ramos y Ernesto Álvarez; Espinoza propuso a Edgar Carpio Marcos y Carlos Hakansson; Velásquez Quesquén propuso a Wilber Medina Bárcena, Francisco Morales y Wilda Cárdenas Falcón; Galarreta Velarde propuso a Ricardo Beaumont y Carmela de Orbegoso Russo. En esta reunión el presidente supernumerario concedió un plazo de 24

¹⁸⁶ Por acuerdo de Junta de Portavoces del 29 de abril de 2019, se determinó la exoneración de trámite de envío a comisión y la ampliación de agenda.

¹⁸⁷ Hasta la disolución del Parlamento peruano (Decreto Supremo 165-2019-PCM), el 30 de setiembre de 2019, los grupos parlamentarios llegaron a ser 12.

¹⁸⁸ Acuerdo 20-2019-2020/JUNTA-CR, del 3 setiembre de 2019.

horas para que los demás miembros de la comisión especial propongan a sus candidatos y se convocó a una sesión el 18 de setiembre a las 16 horas.

El 18 de setiembre, a horas 16:45 aproximadamente, la comisión especial acordó quedarse con once de los catorce aspirantes iniciales,¹⁸⁹ emitiendo el informe respectivo, que no da cuenta de razones o criterios de evaluación algunos. Así, el presidente del Congreso anunció, en conferencia de prensa, la convocatoria a sesión del Pleno parlamentario para el 30 de setiembre,¹⁹⁰ cuyo único punto de agenda era la elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

El 22 de setiembre se difundió a través de los medios de comunicación¹⁹¹ un audio de conversaciones entre parlamentarios que, presuntamente, daban cuenta de los móviles en la elección de los jueces del alto tribunal. Los diálogos revelarían que el apresuramiento en la instalación y funcionamiento de la comisión especial encargada de la selección, no se debía al cumplimiento de los plazos de ley, sino más bien a una intención de reemplazar a magistrados, cuyos mandatos estaban ampliamente vencidos, pero que, a la vez, se les consideraba contrarios a las decisiones de algunas bancadas parlamentarias, al resolver demandas de inconstitucionalidad contra determinadas leyes de alto contenido político. Son los casos de la Ley 30793 (que prohíbe la publicidad estatal en medios privados, norma que, en su oportunidad, enfrentó al Poder Ejecutivo con el Parlamento), la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR de modificación del Reglamento del Congreso (que impedía la formación de nuevas bancadas e incorporación de congresistas a otros grupos parlamentarios, entre otros) o la Resolución Legislativa 007-2017-CR (que establecía nuevas reglas para la moción de censura y la cuestión de confianza, limitando, claro está, las atribuciones del presidente de la república). Inclusive, sobre la inconstitucionalidad de esta última norma, el presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume, precisó que el Congreso había cometido un exceso en su facultad constitucional de autorregularse mediante su reglamento, *«pues tal atribución es para materias propias de su funcionamiento, y no para regular o restringir competencias constitucionales propias del presidente de la República y de los ministros de Estado»*.¹⁹²

Pese a la repercusión de los audios indicados y a que, al menos, dos de los implicados eran congresistas miembros de la comisión especial de elección de miembros del tribunal (Miguel Torres y Javier Velásquez), el proceso continuó en las mismas condiciones. Los

¹⁸⁹ Se retiró a Wilda Cárdenas, Ricardo Beaumont y Hugo Sivina.

¹⁹⁰ Citación que se formalizó el 19 de setiembre de 2019.

¹⁹¹ Las conversaciones son entre congresistas de los partidos Fuerza Popular y APRA, y corresponden al 22 de noviembre de 2018, antes de instalarse la comisión especial. El primer audio: *«Bartra: Qué tanto escándalo, esto va a pasar, igual. Letona: Por un tubo, serán palabras vacías. Bartra: Va a ser un periodicozo de unas horas»*. El segundo audio: *«Velásquez: Es importante que (...) hoy yo le he dicho al presidente (del Congreso) decirle a Nuevo Perú ya, acrediten su miembro en la comisión para elegir a los miembros del tribunal. Es importante que el lunes a más tardar o el martes, el presidente del Congreso instale la comisión. El solo hecho que instale la comisión (...). Torres: Manda un mensaje. Velásquez: Ya al tribunal le bajas una llanta, el solo hecho de que instale, ya en enero, febrero o marzo nos ponemos de acuerdo. En lo que sí que debemos tener muy en claro es que este tribunal no se va a quedar un día más y si ya tienen la pieza de recambio en enero o febrero. Torres: Sí. Velásquez: ¿Pueden hacer esa gestión? ¿O no?»*. En: Programa Cuarto Poder, de América Televisión, Lima, 22 de setiembre de 2019.

¹⁹² Conferencia de prensa del presidente del Tribunal Constitucional del Perú, Ernesto Blume, Lima, 6 de noviembre de 2018.

indicados parlamentarios no dieron un paso al costado, no hicieron una reflexión sobre su conducta, como se solicitaba desde un amplio sector de la opinión pública; en cambio, condenaron las grabaciones subrepticias y afirmaron no haber cometido irregularidad alguna, conservando el encargo de selección.

Siendo que el asunto se tornó en mediático, una primera acción que buscó evitar la elección fue la iniciativa del Instituto de Defensa Legal (IDL), la organización civil Flora Tristán y algunos abogados independientes, quienes, el 23 de setiembre de 2019, presentaron una demanda de amparo para suspender la elección de miembros del Tribunal Constitucional y anular todos los actos parlamentarios sobre este proceso. Alegaron las graves irregularidades del proceso y la inexistencia de mecanismos de publicidad y transparencia que hayan asegurado independencia, idoneidad y legitimidad de los candidatos. Afirmaron que ello vulnera el derecho de acceso a la justicia y el de participación ciudadana.

El mismo día, parlamentarios representantes de cinco bancadas presentaron un documento al presidente supernumerario de la comisión especial, solicitándole la declaración de nulidad de la decisión que aprobó la lista de candidatos para la elección de nuevos integrantes del Tribunal Constitucional. Precizaron que el acuerdo aprobado es un acto administrativo que no tiene motivación debida, que solo se empleó media hora para definir la lista de once aspirantes y que es una irregularidad que el grupo de trabajo haya contado con diez integrantes (incluyendo al presidente supernumerario) cuando la norma prevé un máximo de nueve (artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Es decir, al interior del Congreso se alzaban voces para denunciar que se estaba actuando con arbitrariedad en el manejo del trámite de elección.

No bastando lo anterior, el 25 de setiembre uno de los candidatos, Edgar Carpio, declinó a su postulación, apelando a su trayectoria en el ámbito del Derecho Constitucional y afirmando lo siguiente: *«He evaluado mi permanencia en este proceso, y he llegado a la conclusión que el esfuerzo personal de toda una vida merece tener una mejor oportunidad para servir a mi país. Por ello quiero comunicar, muy respetuosamente, que declino a la candidatura elevada al Pleno del Congreso por su comisión especial»*.¹⁹³ Debe indicarse que el postulante Carpio, efectivamente, gozaba de una experiencia notable en la materia, siendo uno de los candidatos con mejor perfil.

Considerando que el proceso resultaba cada vez más cuestionado, ocurrió un hecho que comporta un verdadero precedente en este terreno. El 26 de setiembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un comunicado, expresando su preocupación por el proceso de selección peruano, por las razones siguientes: no se publicó los criterios de selección empleados por la comisión especial; en el proceso no se facilitaron espacios de participación de la sociedad civil; existen conversaciones telefónicas que habrían sostenido candidatos y personas investigadas por corrupción; la Asamblea Nacional de Gobernadores Regionales (ANGR) exhortó al

¹⁹³ La declinación la hizo a través de cuenta oficial de *Twitter*, el 25 de setiembre de 2019.

Congreso a no desarrollar la elección por el riesgo de una convulsión social e ilegitimidad de los aspirantes elegidos; entre otros. Advirtió que se debe garantizar los principios de publicidad; transparencia; difusión previa de convocatorias, plazos y procedimientos; acceso igualitario e incluyente de candidatos; intervención de la sociedad civil y evaluación con criterio de mérito y competencia profesional, precisando que:¹⁹⁴

«los riesgos que conllevan en sí mismos los nombramientos a cargo de órganos políticos, se incrementan por la falta de especificación de criterios objetivos de selección que garanticen que los operadores de justicia sean personas íntegras, las más idóneas, que cuenten con la formación y calificaciones jurídicas apropiadas, de acuerdo con la singularidad y especificidad de la función que van a desempeñar. Este requerimiento, como ya lo ha señalado la CIDH, resulta esencial para garantizar que la elección no se hace por motivos o razones políticas, sino solo basada en el mérito y la competencia profesional y que, además, la ciudadanía lo percibe así».

No obstante, el suceso de mayor gravedad lo representó el caso expuesto por la jueza Marianella Ledesma. El 27 de setiembre la magistrada en funciones denunció en un medio de comunicación escrito que le ofrecieron mantenerse en el cargo si votaba a favor de un hábeas corpus en trámite, planteado por la lideresa del principal grupo parlamentario de oposición. En esta entrevista, también indicó que había un evidente propósito político para copar la entidad jurisdiccional y retirar a los magistrados considerados opositores al partido mayoritario del Congreso.¹⁹⁵ Ante algunas sugerencias de que se había distorsionado sus declaraciones,¹⁹⁶ la jurista se ratificó plenamente en todo lo afirmado.¹⁹⁷

Con la declaración de Ledesma, que coincidió en la fecha con la decisión mayoritaria de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de archivar el proyecto de ley del Poder Ejecutivo de adelanto de elecciones (4637), el entonces presidente de la república, Martín Vizcarra, dirigió un mensaje a la Nación, denunciando que el Parlamento amenaza la institucionalidad y el Estado de derecho. Señaló que la mayoría parlamentaria y sus

¹⁹⁴ Comunicado 241/19, CIDH urge transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y hace un llamado a garantizar su independencia, Washington D.C., 26 de setiembre de 2019.

¹⁹⁵ La transcripción de la denuncia se resume en la siguiente parte de la entrevista hecha a la magistrada en mención: «¿Es cierto que alguien del TC le dijo (...) que no habría necesidad de ningún cambio de magistrados si en el caso de la libertad de Keiko Fujimori se votara por unanimidad?

Ledesma: (...) es cierto, me dijeron que lo ideal sería que todos salgamos de manera unánime, armoniosa, pacífica y consolidemos una posición en relación a este tema. Y mi respuesta fue que eso era imposible.

¿Y por qué cree que querían unanimidad?

Ledesma: No lo sé, pero el mensaje era una manera de evitar los cambios, era una manera de decirme: no te cambio si votas de tal manera. Nos dijeron: si ustedes son efectivos por la libertad de Keiko, no hay por qué mover el Tribunal». En semanario *Hildebrandt en sus Trece*, Lima, 27 de setiembre de 2019.

¹⁹⁶ Sobre el particular, el magistrado José Luis Sardón señaló, luego de la publicación de la entrevista de Ledesma, que se habían distorsionado las declaraciones de esta última hasta cierto punto, en diario *Gestión*, sección Política, Lima, 27 de setiembre de 2019.

¹⁹⁷ «Lo publicado (...) en el semanario *Hildebrandt en sus trece* corresponde literalmente a las declaraciones que formulé en la entrevista realizada por el director de dicho semanario». En Comunicado a la opinión pública, suscrito por Marianella Ledesma, del 27 de setiembre de 2019.

aliados intentan, con notoria celeridad, tomar el control del Tribunal Constitucional y que no se debe permitir *«la vuelta al pasado vergonzoso, donde las repartijas y los acuerdos bajo la mesa, eran práctica común para copar las instituciones»*.¹⁹⁸

Por tales razones, el presidente anunció que su gobierno plantearía una cuestión de confianza al Congreso con la finalidad de cambiar las reglas del proceso de elección de integrantes del Tribunal Constitucional. Tras el mensaje a la Nación por parte del presidente de la república, el 27 de setiembre por la tarde, el premier, Salvador del Solar solicitó al presidente del Parlamento, Pedro Olaechea, que en la primera oportunidad en que se reúna el Pleno se le permita plantear, en nombre del Consejo de Ministros, una cuestión de confianza, de conformidad con los artículos 132 y 133 de la Constitución y el artículo 86.c del Reglamento del Congreso.¹⁹⁹ En esta visita al Congreso, Del Solar declaró a los medios de comunicación que el gobierno cuestionaba la rapidez del proceso y la falta de garantías debidas, por lo que el proceso debía ser frenado. Resaltó el respeto al principio de transparencia para que los ciudadanos *«tomemos conciencia de quiénes participan y con qué méritos llegan. Vamos a exigir una comisión plural para que se elijan a los candidatos»*,²⁰⁰ concluyendo que la crisis política atraviesa un alto nivel de corrupción.

El 29 de setiembre, en una entrevista en televisión nacional, el presidente Martín Vizcarra respondió que, si el Congreso rechazara el pedido de confianza, disolvería el Congreso en el marco de la Constitución. Preciso, además, que dará como rechazada la confianza si el Congreso termina eligiendo a los miembros del tribunal antes de que el premier exponga lo propio ante el Pleno.²⁰¹

De esta manera, el tema se volvía en un asunto de notoria envergadura, concitando la atención de diversos órganos públicos y privados, que emitieron sus posiciones de manera pública. Entre ellos, destaca, la Defensoría del Pueblo, que exhortó a la postergación de la elección *«con el fin de reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo que permita dar a la elección la máxima legitimidad»*,²⁰² y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú que, en un comunicado firme exigió que:

«se dé por concluido el procedimiento en marcha y se convoque nuevamente, cumpliendo con las exigencias de publicidad y divulgación, objetividad, transparencia, idoneidad y ponderación, que impidan una elección de los magistrados (...) guiada por criterios políticos deleznable. De otro modo, volverán

¹⁹⁸ Mensaje a la Nación del presidente de la república, Martín Vizcarra Cornejo, del 27 de setiembre de 2019.

¹⁹⁹ Oficio 231-2019-PCM/DM, del 27 de setiembre de 2019.

²⁰⁰ «Del Solar solicitó plantear cuestión de confianza ante el Congreso para cambiar sistema de elección en el TC», en diario *Perú* 21, Lima, 27 de setiembre de 2019.

²⁰¹ Programa periodístico *Cuarto Poder*, América Televisión, Lima, 29 de setiembre de 2019.

²⁰² Pronunciamento de la Defensoría del Pueblo, a través de su cuenta institucional de *Twitter*, Lima, 30 de setiembre de 2019.

*los tiempos en que un poder sometía a los demás utilizando a encumbrados magistrados como sus deplorables protagonistas».*²⁰³

El 30 de setiembre, día en que se llevaría a cabo la elección, el candidato Roberto Acevedo declinó su postulación, haciendo referencia a su trayectoria, a las circunstancias actuales y a razones de orden personal;²⁰⁴ asimismo, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley 4847 para modificar el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo contenido se resume en lo siguiente:

- Que la conformación de la comisión especial respete el principio de pluralidad y cuente con un representante por cada bancada.
- Que las sesiones de la comisión especial sean públicas y cuenten con veeduría de la Defensoría del Pueblo y organismos de la sociedad civil.
- Que la convocatoria de candidatos se publique (en el diario oficial y en el portal del Congreso) y estos cuenten con el respaldo de una o más instituciones.
- Que se exija a los candidatos un perfil de reconocida trayectoria profesional y ética, así como compromiso con los valores democráticos.
- Que la relación de candidatos se publique y se pueda formular tachas, las que deberán resolverse y difundirse.
- Que, luego de ello, se produzcan entrevistas públicas a los candidatos para después publicar el listado de aspirantes aptos.
- Una vez aprobada la lista final de candidatos por la comisión especial, el Pleno debe votar de forma individual y pública a cada candidato en el orden de calificación lograda.
- Si varios magistrados concluyen su mandato de manera simultánea, la renovación se hace de acuerdo a la mayor antigüedad de su nombramiento o, en su defecto, la mayor antigüedad de la colegiatura profesional.

Esta iniciativa comprendió una disposición complementaria transitoria: «*La presente norma surte efectos desde su entrada en vigencia y se aplica incluso a los procedimientos que se encuentran en curso, los cuales deberán ser adecuados a esta*».

Pese a todo lo reseñado, y en escenario de conflictividad política insostenible, el presidente del Congreso siguió firme en la realización del Pleno para elegir a los nuevos jueces constitucionales, sesión que inició luego de la presentación del proyecto de ley

²⁰³ Pronunciamiento de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominada *La democracia peruana en una hora crucial*, suscrita por su decano, Alfredo Villavicencio Ríos, Lima, 29 de setiembre de 2019.

²⁰⁴ Carta dirigida al presidente del Congreso de la República, Lima, 29 de setiembre de 2019.

mencionado.²⁰⁵ En esta sesión ocurrió un impase de alta repercusión. Aunque existió el pedido formal del premier de plantear la confianza ante el Pleno²⁰⁶ en la sesión inmediata al requerimiento, la Junta de Portavoces del Congreso, por mayoría, acordó que primero se vote a los candidatos propuestos por la comisión especial y después se escucharía al primer ministro.²⁰⁷ Esta situación generó que voces de la oposición parlamentaria pidieran intervenir para formular una cuestión previa y permitir la exposición del premier, lo que no fue admitido por la presidencia, presentándose, incluso, una moción de censura contra los miembros de la Mesa Directiva *«por el proceder abusivo y arbitrario en el ejercicio del cargo en contraposición a los intereses del Estado»*.²⁰⁸ En esta censura, también se denunció que la agenda del Pleno no fue aprobada por acuerdo previo del Consejo Directivo, tal como lo exige el artículo 30 del Reglamento del Congreso.²⁰⁹

Mientras ello ocurría, el presidente del Consejo de Ministros, acompañado por la integridad del gabinete, se encontraba en las instalaciones del Parlamento, preparado para exponer en el Pleno. Sin embargo, ante la negativa de ser escuchado antes de que se desarrolle la elección de magistrados, el premier quiso entrar al hemisiciclo donde se desarrollaba la sesión del Pleno, cuyas puertas estaban cerradas y se había dado la orden de no abrirlas. Ante la presión de congresistas de oposición, y previa discusión con los agentes de seguridad, una puerta se abrió y, de forma intempestiva, ingresaron Salvador del Solar y todos los ministros de Estado. Así, el Pleno se suspendió, y luego de acaloradas conversaciones que registró la prensa, el presidente del Congreso asintió que el premier intervenga mediante la modalidad de interrupción a uno de los parlamentarios que pida el uso de la palabra. Reanudada la sesión parlamentaria, el representante del Ejecutivo intervino, luego de que el congresista Gino Costa Santolalla (Bancada Liberal) le concediera una interrupción, y planteó la cuestión de confianza, bajo los siguientes argumentos:²¹⁰

«(...) desde el 2014 solamente hemos venido utilizando la modalidad por invitación, sin hacer uso de la transparencia que necesitamos para conocer la catadura moral, el nivel profesional, el apego a los principios democráticos de los postulantes (...). No estamos permitiendo que la ciudadanía sepa quiénes son los que van a acceder

²⁰⁵ De acuerdo con el cargo de recepción del Proyecto de Ley 4847, este tiene registro de hora 9:09 A.M., mientras que, de acuerdo con el Diario de Debates correspondiente al Pleno del Congreso del 30 de setiembre de 2019 (página 1), se aprecia que la respectiva sesión empezó a horas 10:25 A.M.

²⁰⁶ De conformidad con el artículo 86.c del Reglamento del Congreso, «la cuestión de confianza solo se plantea por iniciativa ministerial y en sesión del Pleno del Congreso (...) será debatida en la misma sesión que se plantea o en la siguiente».

²⁰⁷ Según el Diario de Debates del Pleno del Congreso de la República, del 30 de setiembre de 2019, p. 2, el presidente, Pedro Olaechea, informó que *«la Junta de Portavoces ha accedido a la petición formulada por escrito el pasado viernes 27 de setiembre por el presidente del Consejo de Ministros, en el sentido de recibirlo en la fecha para que pueda plantear una cuestión de confianza ante el Pleno. Para este efecto, el acuerdo de Portavoces ha sido invitarlo a sustentar al término del acto electoral para el cual hemos sido convocados»*.

²⁰⁸ Moción de orden del día 10648, del 30 de setiembre de 2019.

²⁰⁹ La censura fue votada por el Pleno, siendo rechazada su admisión a debate por mayoría: 83 votos en contra y 29 a favor.

²¹⁰ Diario de los Debates del Congreso de la República, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, Lima, pp. 13-14.

a la más alta magistratura de interpretación constitucional. Eso, pensamos, hiere la legitimidad de un proceso que en el pasado ha sabido lo que es eso y ha tenido que ser revertido. No le hagamos eso al país. Estamos en una crisis de confianza que necesita altas dosis de transparencia. No seamos apresurados (...) tengamos la posibilidad de que se interpongan tachas (...) debe usarse un procedimiento transparente, que garantice a la ciudadanía que elegiremos bien, con los votos de los representantes del pueblo, que son ustedes. Debido a nuestra preocupación, hemos presentado un proyecto de ley para un proceso transparente (...) por el cual hago cuestión de confianza, para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza o para que nos la niegue si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento».

Luego de que el premier se retiró del hemiciclo, el presidente del Congreso anunció que la cuestión de confianza sería debatida después de la elección magistrados. En este sentido, la sesión del Pleno continuó y se dispuso el desarrollo de la agenda previamente acordada. Así, en medio de intervenciones acaloradas de los grupos opositores que estaban en contra de la elección, se desestimó una cuestión previa planteada por la congresista Indira Huilca (Nuevo Perú) para que se suspenda el proceso. Seguidamente, se sometió a votación a cada candidato propuesto por la comisión especial. El primero en ser votado fue Gonzalo Ortiz de Zevallos, quien alcanzó el número mínimo para ser elegido.²¹¹ El segundo en ser votado fue Manuel Sánchez Palacios, quien no alcanzó la votación requerida.²¹² Concluida esta última votación, se suspendió la sesión (horas 13:44), precisándose que la cuestión de confianza se vería por la tarde (horas 16:00). Debe indicarse que la congresista Patricia Donayre presentó un pedido de reconsideración a la votación citada (horas 13:42). Finalmente, el presidente del Congreso indicó que la comisión especial se reuniría el día siguiente para continuar con la selección.

Por la tarde, reanudada la sesión del Pleno y luego de un debate interrumpido, pues al mismo tiempo coincidía el mensaje a la Nación que brindaba el presidente de la república ante la elección de un magistrado del Tribunal Constitucional, la cuestión de confianza del Ejecutivo fue aprobada por el Congreso.²¹³ Casi en simultáneo, minutos después, el presidente de la república culminaba su mensaje, anunciando la disolución del Parlamento, detallando que su proyecto de ley:

*«busca generar un mecanismo más transparente y participativo en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional para evitar las repartijas y la utilización de las instituciones para que unos pocos se sirvan de ellas (...) se aprobó el primer miembro de un tribunal express en una dudosa votación, vaciando de contenido la cuestión de confianza planteada».*²¹⁴

²¹¹ 87 votos a favor, 3 en contra y 2 abstenciones. Se dejó constancia que la congresista María Elena Foronda no votó.

²¹² 73 votos a favor, 6 en contra y 13 abstenciones.

²¹³ Se aprobó con 47 votos a favor, 22 en contra y 11 abstenciones.

²¹⁴ Preciso: «Ante la denegación fáctica de la confianza, y en respeto irrestricto de la Constitución Política del Perú, he decidido disolver constitucionalmente el Congreso y llamar a elecciones de congresistas de la República».

Es decir, como consecuencia de la elección llevada a cabo por el Parlamento, el presidente de la república dio por denegada la confianza, pues esta, precisamente, se encontraba vinculada a la aprobación de la propuesta de ley del Ejecutivo sobre el cambio de reglas en el proceso de elección de miembros del Tribunal Constitucional. Debe recordarse que esta iniciativa previó una disposición final para que la norma sea aplicable a los procedimientos en trámite.

Disuelto el Congreso, surgió una nueva controversia sobre la ejecución de la votación del Pleno respecto del candidato Ortiz de Zevallos, quien alcanzó la votación requerida para ser elegido magistrado constitucional.

Así, el 2 de octubre, Pedro Olaechea, luego de que se decretó disuelto el Congreso,²¹⁵ presentó un oficio al presidente del Tribunal Constitucional,²¹⁶ informando que, el 30 de setiembre, el Pleno del Congreso aprobó la Resolución Legislativa 005-2019-2020-CR, que designa a Ortiz de Zevallos como magistrado del Tribunal Constitucional. Esta resolución señala, además, que el miembro elegido deberá reemplazar al magistrado con mandato vencido cuya colegiatura sea la de menor antigüedad. Debe apuntarse que, por su lado, el indicado candidato presentó hasta tres solicitudes al presidente del Tribunal Constitucional para que se le tome el juramento respectivo y pueda lograr su incorporación efectiva.

El 17 de octubre de 2019, en conferencia de prensa, el presidente del Tribunal Constitucional, acompañado del Pleno de este órgano, comunicó que, ante el pedido de incorporación del señor Ortiz de Zevallos, se acordó por mayoría²¹⁷ no autorizar su juramentación, en tanto no concluya el procedimiento parlamentario correspondiente. Asimismo, se dejó constancia que es al Pleno del Tribunal Constitucional a quien compete determinar quién sería el magistrado a reemplazar.

Al respecto, debemos indicar que el requerimiento de juramentación era manifiestamente improcedente, por dos razones esenciales: el proceso de elección no concluyó y la resolución parlamentaria de nombramiento no tiene efectos jurídicos. Sobre lo primero, en efecto, el artículo 58 del Reglamento del Congreso establece que se puede presentar reconsideración de votaciones y que esta no procede «*después de aprobada el acta o de la dispensa de dicha aprobación*». El Diario de Debates de la sesión plenaria del 30 de setiembre señala que esta terminó a horas 13:44, siendo el último acto el acuerdo de la dispensa del trámite de sanción del acta.²¹⁸ De este modo, si miramos la reconsideración planteada por la congresista Patricia Donayre, registrada a horas 13:42, podemos concluir objetivamente que dicho recurso fue propuesto oportunamente. Por tanto,

²¹⁵ Decreto Supremo 165-2019-PCM, del 30 de setiembre de 2019.

²¹⁶ Oficio 067-2019-2020-ADP/PCR, del 2 de octubre de 2019.

²¹⁷ Votaron a favor de no autorizar al presidente del Tribunal Constitucional a tomar juramento al señor Gonzalo Ortiz de Zevallos, los magistrados Blume, Miranda, Ramos, Ledesma y Espinosa-Saldaña. Votaron en contra los magistrados Sardón y Ferrero.

²¹⁸ Diario de los Debates del Congreso de la República, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, Lima, p. 47.

se debió dar cuenta del mismo y realizarse la votación respectiva, lo que no ocurrió. Sobre lo segundo, debe atenderse a que el artículo 16 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional impone que los magistrados *«asumen sus cargos dentro de los diez días siguientes a la publicación, en el Diario Oficial El Peruano, de la correspondiente resolución legislativa que los nombra»*. Así, la publicación es una condición sustancial para la validez y ejecución del nombramiento. Si bien se conoció una resolución que se presentó al Tribunal Constitucional sobre el particular (Resolución Legislativa 005-2019-2020-CR), esta nunca fue publicada; y no podía ser de otra forma, por la razón expuesta en el primer punto.

Con la precisión anotada y expuesta la posición mayoritaria del Pleno del Tribunal Constitucional, quedaba al nuevo Congreso resolver la reconsideración señalada y, con ello, definir la conclusión del proceso de elección. La instalación de la nueva representación parlamentaria se produjo el 16 de marzo de 2020 y la puesta del asunto en la agenda plenaria se produjo el 22 de mayo del mismo año.²¹⁹ Así, se aprobó la reconsideración,²²⁰ con lo que se dejó sin efecto la elección del candidato Ortiz de Zevallos, y luego se volvió a votar su postulación, la que fue rechazada de manera unánime: 128 votos en contra y ningún voto a favor ni abstención. Tomando en cuenta que, en la sesión donde se eligió a Ortiz de Zevallos, se votó inmediatamente al postulante Sánchez Palacios, el nuevo Congreso también volvió a votar a este candidato, registrándose el mismo resultado de 128 votos en contra.

Además de desestimar las candidaturas descritas, el Pleno también aprobó en esta misma sesión la moción de orden día 10844, para dejar sin efecto el acuerdo general de la comisión especial de 2019 (que seleccionó a once aspirantes).²²¹ Se agregó al respectivo acuerdo, exhortar a la Comisión de Constitución y Reglamento a priorizar la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para garantizar un proceso de selección meritocrático, transparente, democrático, público y sin conveniencias políticas; para, luego de ello, conformar la nueva comisión especial de elección de candidatos.²²² Con esto, se cerró el proceso que había quedado suspendido hace casi ocho meses, aproximadamente. Por las circunstancias especiales que acontecieron, fue la primera vez que un proceso de elección de magistrados se desarrolló en dos congresos con conformaciones distintas, destacando, sin duda, el hecho de que se haya enmendado categóricamente una elección infausta, que solo abonaba al desprestigio del Parlamento en su competencia seleccionadora de miembros del tribunal.

²¹⁹ La agenda del Pleno del Congreso de la República de la sesión del 22 de mayo de 2020 (período de sesiones 2020-20121), da cuenta del oficio 92-2019-PEDP/CR, de los congresistas Donayre Pasquel, Huilca Flores, Flores Vilchez y Costa Santolalla, sobre solicitud de reconsideración a las votaciones de la elección de miembros del Tribunal Constitucional del 30 de setiembre de 2019.

²²⁰ Con 113 votos a favor y 15 votos en contra (de la totalidad de la bancada fujimorista).

²²¹ La moción fue aprobada con 112 votos a favor, 15 en contra y ninguna abstención. La votación se llevó a cabo el día 23 de mayo de 2020, a las cuatro horas de la madrugada.

²²² Moción de orden del día 10844, del congresista Alejandro Aliaga, del 21 de mayo de 2020. A esta moción se acumularon, por guardar similitud con la materia aprobada, las mociones 10851 y 10856, presentadas el 22 de mayo de 2020.

Durante el debate, ante la oposición de la congresista Martha Chávez del grupo parlamentario Fuerza Popular, llamó la atención la intervención del congresista Daniel Urresti, quien afirmó que es conocido

*«que el Tribunal Constitucional es el botín máspreciado que han tenido los políticos anteriormente, porque les garantizaba la impunidad (...) ya no se puede seguir eligiendo de la misma manera, por invitaciones (...), este es un aliento de que realmente tendremos un TC imparcial que no le deba favores políticos a nadie ni deje en libertad a nadie».*²²³

Independientemente del orador, el mensaje expresó una verdad en la materia, que se resume en que los últimos procesos de elección bajo la modalidad de invitación, no han demostrado la seguridad de llevar a cabo un proceso idóneo. En todo supuesto, reafirmamos que la otra modalidad (convocatoria) también ha tenido inconvenientes, por lo que la atención de la mejora en el proceso, pasa por otros elementos que trascienden al tipo genérico de elección implementado, como son los mecanismos de transparencia, la exigencia de un perfil de magistrado y la regulación expresa de límites al trabajo de los miembros de la comisión especial parlamentaria.

Como puede advertirse, el proceso de elección de 2019, que culminó el 2020, estuvo plagado de cuestionamientos, que reflejaron que el Congreso o su mayoría no tenía la intención de cambiar los antecedentes negativos de este trámite. Por el contrario, se actuó sin transparencia y en un claro afán de imposición que no permitía un adecuado control ciudadano ni una evaluación idónea que sea armoniosa con el alto encargo de magistrado constitucional. No es objeto de discusión en este trabajo si la cuestión de confianza o la disolución del Congreso son actos válidos desde la perspectiva constitucional, más si lo es, identificar los elementos que nos permiten concluir en que medió un proceso viciado de selección de miembros del Tribunal Constitucional.

El trámite llevado a cabo por el Congreso disuelto se deslegitimó con sus propias acciones. La mayoría de miembros de la comisión especial del Congreso, aprovechando los vacíos e insuficiencia del estatuto procedimental, presentaron su informe final sin tener un plan de trabajo, cronograma, criterios de evaluación, publicidad y atención de tachas; sin considerar audiencias públicas, mecanismos de acceso a las sesiones y actas de la comisión, solicitudes de información a entidades pertinentes para confirmar la conducta intachable de los aspirantes, entre otros. Las dos características centrales de este proceso fueron poca transparencia y subjetividad en la definición de la relación de candidatos seleccionados.

Pese a todos los inconvenientes, incluyendo una demanda de amparo para anular lo actuado, el Congreso persistió en ejecutar la elección de magistrados sin comprender

²²³ Dicha afirmación hacía referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 2534-2019-PHC/TC, que, mediante un hábeas corpus, dejó en libertad a la lideresa del partido Fuerza Popular, Keiko Fujimori.

que la ciudadanía reclamaba asegurar la mayor idoneidad en la selección de quienes, finalmente, ocuparían el vértice de la justicia constitucional.

Finalmente, más allá de la protesta social y de la salida política que se produjo, también es imprescindible observar la vocación real de los candidatos y comprobar su compromiso genuino con la institucionalidad del supremo intérprete de la Constitución. En ese sentido, llamó la atención que, en las condiciones expuestas, solo dos de ellos decidieron apartarse del proceso. Así las cosas, creemos que ningún aspirante que valide un proceso irregular de elección, puede cumplir objetivamente el perfil de magistrado constitucional.

6.4.11. El proceso de elección de 2020: nuevas reglas y la interrupción de la selección

Luego de las elecciones extraordinarias de enero de 2020, el Parlamento elegido aprobó las nuevas reglas de la elección que se detallan en el subcapítulo 7.6 de la presente investigación (modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el nuevo reglamento de selección de magistrados constitucionales). Esta aprobación no era de sorprender, pues a propósito de la disolución del Congreso por causa de la confianza presentada sobre el cambio de normas en la selección, la mayoría de partidos políticos en la campaña electoral prometieron presentar iniciativas de ley al respecto. Tanto es así que el dictamen aprobado que contiene la ley, agrupa diez proposiciones legislativas en total.

Con la eliminación de la modalidad por invitación y bajo el nombre de «concurso público de méritos», en las sesiones virtuales del 31 de julio, y el 11 y 13 de agosto de 2020, el Pleno del Congreso aprobó y modificó la conformación de la comisión seleccionadora de candidatos aptos. Se definió a nueve integrantes, representantes de cada grupo parlamentario existente. De ellos, solo tres (Rocío Silva Santisteban, Gino Costa y Diethell Columbus) tenían formación jurídica. El presidente (Rolando Ruiz) registraba estudios de Arquitectura, el vicepresidente (José Vega) no registraba estudios técnicos ni universitarios y la secretaria (Tania Rodas) era médico de profesión. Los otros tres integrantes eran Cristina Retamozo (técnico en Contabilidad), José Luna (administrador) y Jorge Pérez (médico y químico farmacéutico). El presidente de la comisión no era del partido de gobierno, lo que era lógico, pues el presidente de la república no representaba a partido político alguno con representación parlamentaria.

El primer impase de esta comisión fue los inconvenientes para consensuar la conformación de la Mesa Directiva. Luego de sucesivas convocatorias desde el 18 de agosto de 2020, y de una denuncia de la congresista Rocío Silva Santisteban sobre inasistencias deliberadas para bloquear la elección, el 24 de agosto se eligió e instaló la Mesa Directiva por cinco votos contra tres. Si bien la decisión mayoritaria era reglamentaria, no fue un mensaje adecuado que la primera decisión en el marco de las nuevas reglas para la selección, no haya contado con el consenso total, lo que hacía ver que el compromiso de una única orientación en el trabajo no era compartido.

El mérito de esta comisión fue la elaboración y aprobación del primer reglamento que contiene criterios y puntajes de evaluación específicos, así como una detallada

normativa de las etapas de la selección que apuntan a definir un proceso con prioridad de meritocracia y transparencia. Este reglamento fue aprobado de manera posterior por el Pleno del Congreso, convirtiéndose en la Resolución Legislativa del Congreso 006-2020-2021-CR, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 17 de octubre de 2020. Es decir, por fin, se contaba con un instrumento legal aplicable a todos los procesos de forma obligatoria, vacío que antes era llenado, como hemos visto, con planes de trabajo y reglas temporales que solo abonaban a la informalidad y ausencia de previsibilidad.

Desde la instalación de la comisión hasta la sesión del Pleno del Congreso en que se aprobó el reglamento (15 de octubre de 2020), la comisión especial se avocó fundamentalmente a elaborar y debatir esta norma, pues así lo exigía la última modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, luego de varias sesiones (el presidente de la comisión, Rolando Ruiz, expresó en el Pleno, que fueron más de 50 sesiones) se aprobó el reglamento y se llevó el mismo a consideración del Pleno del Congreso. En esta instancia, se aumentó el plazo de la Contraloría General de la República para examinar las declaraciones juradas de los candidatos de ocho a 15 días (artículo 32), por ser un tiempo más razonable y así lo había pedido el citado organismo. Asimismo, no se aceptó hacer un ajuste en la regulación sobre el puntaje correspondiente a la solvencia e idoneidad moral de los postulantes. Cabe precisar que, oportunamente, la Asociación Civil Transparencia exhortó al Congreso a que corrija y no permita que un candidato pueda ser elegido con apenas dos de 12 puntos posibles en dicha categoría.²²⁴ Este aspecto fue desarrollado por la congresista Rocío Silva Santisteban, quien refirió que la moral no se puede relativizar, proponiendo que en ese rubro se vote únicamente por dos opciones: cero o doce puntos. Dicha propuesta era viable, pues no existe «niveles», «atenuantes» o «agravantes» de idoneidad moral, siendo lo correcto comprobar o no esta característica en un aspirante.

Ahora bien, aun cuando dicho aspecto no se modificó, creemos que la aprobación del reglamento, en términos generales, fue positivo. Lo que venía, en seguida, era aplicarlo. Así, el 21 de octubre de 2020 se publicó la convocatoria a concurso público con el respectivo cronograma de actividades. Se presentaron 65 postulantes (53 varones y 12 mujeres). La lista, tal como refirieron el expresidente del Tribunal Constitucional, Oscar Urviola, y el profesor Samuel Abad Yupanqui, no contaba con un número suficiente de personas de trayectoria notable en el ámbito del Derecho Constitucional. Abad era de la opinión que no se produzca un apresuramiento y se lleve a cabo una nueva convocatoria, enfatizando en que la falta de perfiles respondía a que no se confiaba en una elección verdaderamente meritocrática.²²⁵ Incluso, se observó entre los postulantes al exjuez supremo Ramiro de Valdivia, quien estuvo implicado en un proceso penal por haberse reunido con Vladimiro Montesinos mientras integraba el Jurado Nacional de Elecciones y se realizaba la campaña de reelección de Alberto Fujimori en el 2000.

²²⁴ Pronunciamiento público de la Asociación Civil Transparencia, Lima, 15 de octubre de 2020.

²²⁵ «Candidatos al TC: una lista sin perfiles resaltantes, según expertos», en: diario *El Comercio*, sección Política, Lima, 31 de octubre de 2020.

Lamentablemente, los procesos anteriores han debilitado mucho la idoneidad del proceso y la superación de este aspecto es un reto de las nuevas comisiones de selección. Pese a tener un reglamento que puede garantizar de mejor manera una evaluación meritocrática, aún persiste el desincentivo de la decisión final en el Pleno del Congreso y algunos aspectos que quedan pendientes de corregir como la asignación del puntaje en el criterio de solvencia moral, la procura de especialización e imparcialidad en la definición de los integrantes de la comisión especial²²⁶ y la flexibilidad razonable del trámite en la presentación de documentos, considerando que se busca que participen los mejores juristas en la convocatoria.

Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales de inscripción, en el plazo de ley (3 de noviembre), la comisión especial aprobó la relación de solo 30 postulantes²²⁷ que continuaban en carrera, decisión que se aprobó con seis votos a favor y uno en contra (congresista Gino Costa). Conocida la lista, el presidente de la comisión especial recordó que no había plazo de subsanación y que era obligatorio haber tenido estricto cuidado en las carpetas de inscripción. Varios candidatos fueron observados porque no cumplieron, por ejemplo, con presentar copias originales o fedateadas de sus documentos, no utilizaron los formatos aprobados por la comisión o no contaban con habilitación en los respectivos colegios de abogados. Culminada esta parte, empezó el período para la presentación de tachas.

La candidata excluida, Carolina Garcés, solicitó la revisión de la calificación a su caso.²²⁸ Sostuvo que no había base legal para exigir copias fedateadas o legalizadas notarialmente de los documentos que acreditaban la experiencia académica y de capacitación. También, los congresistas Rocío Silva Santisteban y Gino Costa²²⁹ enviaron al presidente de la comisión especial un oficio²³⁰ advirtiéndole que era un error denegar la revisión de la exclusión de tres postulantes (César Delgado, Carolina Garcés y Luz Áurea Sáenz).²³¹ Solicitaron medidas correctivas, pues con tal posición se debilitaba la transparencia y la legitimidad de la comisión, alegando un posible trato desigual respecto de otros postulantes. Asimismo, señalaron que se retiró a otros candidatos por no tener sus títulos inscritos en SUNEDU, pese a que esta entidad había confirmado la respectiva inscripción válida. Por ello, pidieron convocar a una sesión extraordinaria y tratar la reconsideración

²²⁶ En las sesiones públicas de la comisión especial hubo altercados entre sus miembros. Algunos congresistas pidieron que se exhorte a la bancada Podemos Perú a cambiar su representante en la comisión, pues este tenía investigaciones en curso y, por otro lado, un congresista denunció a otros dos por promover un «lobby» a favor de tres candidatos.

²²⁷ Solo 12 carpetas virtuales y 18 carpetas presenciales cumplieron con la totalidad de requisitos exigidos. Se desestimó 35 postulaciones: 16 carpetas virtuales y 19 presenciales.

²²⁸ Carta dirigida a los señores miembros de la Comisión Especial encargada de evaluar las postulaciones al Tribunal Constitucional, de fecha 3 de noviembre de 2020.

²²⁹ En la sesión extraordinaria de la comisión especial del 7 de noviembre de 2020, el congresista Diethell Columbus se adhirió al pedido de manera verbal.

²³⁰ Oficio N° 055-2020-2021/GCS-CR, dirigido al presidente de la Comisión Especial para la selección de candidatas y candidatos al Tribunal Constitucional, de fecha 5 de noviembre de 2020.

²³¹ La comisión especial, en la sesión del 4 de noviembre de 2020, decidió por mayoría no revisar los pedidos de los tres postulantes excluidos y confirmó la definición de los 30 postulantes que continuaban.

de la votación que aprobó la lista de los 30 candidatos que continuaban en el proceso y la exclusión de los otros 35.

Posteriormente, en la sesión extraordinaria del 7 de noviembre de 2020, se desestimó la reconsideración indicada (cinco votos en contra, tres votos a favor y una abstención). El presidente de la comisión especial, previamente, señaló que la reconsideración no procedía en virtud de la aplicación del artículo 58 del Reglamento del Congreso, que establece que no procede la reconsideración luego de aprobada el acta.

Debe señalarse que durante esta etapa se produjo una grave crisis política, que culminó el 9 de noviembre de 2020 con la vacancia del presidente Martín Vizcarra por incapacidad moral permanente ante denuncias e investigaciones por corrupción. Ante este hecho, el candidato Guillermo Boza retiró su candidatura.²³² Alegó no estar de acuerdo con la decisión del Congreso de vacar al entonces presidente, pues era una medida apresurada y controversial desde el plano legal y constitucional, estando pendiente una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional, concluyendo en que se estaba debilitando la institucionalidad democrática. Asimismo, la congresista Carolina Lizárraga solicitó a la comisión especial, mediante oficio, suspender el proceso de selección hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la demanda competencial sobre la vacancia por incapacidad moral permanente que había planteado el Poder Ejecutivo con anterioridad. Advirtió que *«continuar con el proceso de selección, lejos de ser percibido como muestra de responsabilidad, puede verse como un apresuramiento por parte de algunos grupos parlamentarios de asegurarse jueces afines que no declaren la inconstitucionalidad de actos o leyes del actual Parlamento»*.²³³

Ante la convulsión social que crecía y a que la imagen del Congreso se había debilitado considerablemente en la opinión pública, entre el 13 y 14 de noviembre de 2020, cinco²³⁴ de nueve bancadas que integraban la comisión especial retiraron a sus representantes y propusieron que el próximo Congreso se encargue de esta labor. Con esta decisión, en la práctica, se dejó sin efecto el proceso de selección. Pese a que inicialmente no había voluntad mayoritaria para interrumpir el proceso (en la última sesión de la comisión, del 12 de noviembre de 2020, la mayoría de miembros expresó su posición de continuar), creemos que la decisión tomada por las bancadas de retirar a sus miembros y dejar el encargo al próximo Congreso fue una iniciativa adecuada. Continuar con el proceso en las condiciones de una crisis política de envergadura, donde el Congreso era un actor central, no era conveniente y, sin duda, abonaba a la polarización y al descrédito de la institucionalidad parlamentaria.

²³² Carta dirigida al presidente de la Comisión Especial de Selección de Candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de noviembre de 2020.

²³³ Oficio n.º 00178-2020-CLH/CR, dirigido al presidente de la Comisión Especial de selección de candidatos aptos para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de noviembre de 2020.

²³⁴ Somos Perú, Acción Popular, Alianza para el Progreso, Partido Morado y Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad.

Finalmente, reiteramos que lo más significativo de esta comisión fue haber elaborado y logrado aprobar un reglamento aplicable para todos los procesos de convocatoria pública, que, en términos generales, es un documento correcto, sobre el que se pueden hacer ajustes mínimos (como el rango del puntaje a la solvencia e idoneidad moral). También, se debe resaltar la mejora en las acciones de transparencia. Todas las sesiones de la comisión, desde su instalación, fueron públicas y existe un registro de videos que es accesible desde el portal del Congreso. Asimismo, cabe destacar que la documentación estuvo clasificada y publicada oportunamente en un espacio virtual especialmente diseñado para dar cuenta pública del trabajo de la comisión especial.



PARTE VII

EL BALANCE DE LOS PROCESOS PARLAMENTARIOS DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES Y LA REFORMA LEGAL DE 2020

De lo expuesto, podemos afirmar la inexistencia de uniformidad de criterios en los procesos de elección de magistrados desarrollados en el Congreso del Perú. La comisión especial no ha cumplido su rol de ser un colegiado de carácter técnico y objetivo que remita al Pleno la presentación de los mejores candidatos. Si bien algunos procesos han contado con mayores garantías de imparcialidad que otros, la insuficiencia del esfuerzo es lo que ha prevalecido. Claro está, cuando nos referimos a uniformidad, hablamos de aquella que comprende criterios de garantía de imparcialidad en una evaluación bajo el canon de un perfil de juez constitucional deseable, que asegure, a su vez, un procedimiento previsible. Lamentablemente, la única uniformidad que ha prevalecido es la del reparto de intereses políticos o partidarios, que sí ha sido un factor constante a lo largo del tiempo.

Luego de permanentes cuestionamientos, se contó con dos modalidades de elección: convocatoria pública e invitación (esta última desaparecida con la reforma de 2020). Sin embargo, pese a ser procedimientos diferentes, ambos se han caracterizado por presentar problemas similares, como la falta de transparencia y la ausencia de límites normativos de objetividad a la competencia parlamentaria.

Las particularidades resaltantes en todos los procesos de elección se pueden resumir en el cuadro siguiente, donde se puede apreciar una situación nada coherente entre las actividades y los criterios de decisión que llevaron, tanto a la comisión especial de selección como al Pleno del Parlamento, a decidir sobre los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

AÑO / ASPECTOS	1995	1996	2002	2004 / 2005	2007	2009 / 2010	2013	2013 / 2014	2017	2019 / 2020	2020
Modalidad: Convocatoria (C) o Invitación (I)	C	C / I	C	C	C	C	I	I	I	I	C
Miembros comisión	9	9	5	8	7	9	7	8	7	9	9
Pdte. Comisión de partido de Gobierno	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	NO	NO
Miembros sin formación jurídica	4	3	2	4	1	4	3	4	4	2	6
Tachas presentadas	8	3	4	16	5	21	3	11	0	0	(proceso no concluido)
Tachas aprobadas	0	2	0	0	0	8	0	0	0	0	(proceso no concluido)
Evaluación curricular	NO	NO	Sí (50%)	Sí (35%)	Sí (40%)	Sí (40% con Pte. 28 Mln. 28)	NO	NO	NO	NO	Sí
Criterios de evaluación curricular	NO	NO	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	NO	NO	NO	Sí
Criterios de evaluación curricular con porcentaje	NO	NO	NO	Sí	Sí	Sí	NO	NO	NO	NO	Sí
Evaluación personal (entrevistas)	NO	Sí	Sí (30%)	Sí (65%)	Sí (60%)	Sí (60%)	NO	NO	NO	NO	Sí

AÑO / ASPECTOS	1995	1996	2002	2004 / 2005	2007	2009 / 2010	2013	2013 / 2014	2017	2019 / 2020	2020
Criterios de evaluación personal	NO	NO	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ
Requisito de independencia	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ (acuerdo: elegidos sin vínculo partidario)	NO	NO	SÍ (Declaración jurada de intereses)
Criterio final para lista presentada al Pleno del Congreso	Votación personal y secreta, sin criterios	Propuesta del Pdt. por consenso	Preselección progresiva: 20 con mayor puntaje. Luego se votó 2 veces a discreción	Pese al ranking ponderado, se prefirió el consenso	Consenso. Al final se votó propuesta del Pdt. Com. Const. (2 temas)	Se incluyó 1 candidato propuesto por Junta Portavoces	Consenso ante la presentación de candidatos propuestos por grupos parlamentarios	Consenso ante candidatos propuestos por grupos parlamentarios	Mayoría de directivos portavoces	Mayoría de directivos portavoces	(proceso no concluido)
Decisión del Pleno del Congreso	No votó ante falta de acuerdo en la comisión especial	Eligió a 2. Por invitación se eligió a 5 por consenso	Eligió 4. Se votó a cada candidato	Eligió 2 de la 1era tema, Luego de 7 meses votó la 2da tema y eligió 1	Se aprobó 1era tema (3) y luego se anuló. Nueva votación (todos con igual puntaje: 65); se eligió 1	Eligió 1 (propuesto por Junta Portavoces)	Eligió 6 en bloque (elección anulada)	Eligió 6, votando a cada candidato	Eligió 1	Eligió 1, pero la votación fue reconsiderada y la elección quedó sin efecto	(proceso no concluido)
Renuncia de candidatos	SÍ (2)	NO	NO	NO	SÍ (2)	SÍ (2)	NO	SÍ (1)	NO	SÍ (2)	SÍ (1)

Cuadro elaborado por el autor.

7.1. LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

En casi la totalidad de los procesos de selección llevados a cabo, el presidente del órgano que actúa (o debiera) de filtro para la posterior decisión que tomará el Pleno ha sido un congresista del grupo partidario de gobierno. Solo en los procesos de 2017, 2019 y 2020 ello no ha sido así, pero esta situación responde a que en dicho período la conformación del Congreso tuvo la particularidad de que la mayoría absoluta correspondía al partido de oposición (2017 y 2019) y, luego de una crisis política, se conformó un Congreso complementario (2020).

Dicha situación, en principio, no tiene por qué ser negativa, en la medida en que su función se orienta a un ejercicio de coordinación y dirección, pues las decisiones se toman en el Pleno de la comisión especial. No obstante, sí recae en el presidente el compromiso esencial de prever todas las condiciones necesarias para que se desarrolle una elección transparente y objetiva. Es el presidente quien facilita oportunamente a los demás comisionados toda la información acerca de los postulantes, quien convoca a las sesiones y formula un plan de trabajo, no solo para garantizar una elección sin dilaciones, sino también una designación que asegure atraer a los juristas con el mejor perfil. Es el presidente quien se encargará de otorgar todas las facilidades para que las discusiones y los procesos se lleven a cabo con la mayor publicidad posible, lo que comprende la convocatoria a sesiones públicas, la transmisión masiva de los debates y el acceso permanente a la información que administra sobre los candidatos.

Si ello es así, queda claro que los expresidentes de las diferentes comisiones especiales no se comprometieron con la institucionalización de la evaluación y designación, lo más imparcial y meritocrática posible, de miembros del Tribunal Constitucional. En todos los casos, incluidos aquellos donde el cargo lo ostentó un parlamentario de un partido de oposición, la transparencia en el trabajo desempeñado adoleció de serias deficiencias. La transparencia debe ser transversal a todo el proceso de elección, no bastando la emisión de informes finales que son posteriores a la elección y que tienden a ser parcializados por ser emitidos por la propia presidencia de la comisión especial.

Para estos fines, se debe recordar que el principio de transparencia es consustancial al Estado democrático y social de Derecho y es parte del modelo republicano de gobierno, que imponen los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución vigente. De allí que la práctica de este principio permite decididamente combatir la corrupción y brindar un mecanismo efectivo contra la impunidad. En el caso de la elección de los miembros del colegiado constitucional, contribuye a erradicar la priorización de la componenda política sobre la aptitud de los magistrados elegidos. La transparencia en el proceso de elección contribuye al control permanente de los actos que desarrolla la comisión especial, que pueden ser contrarios al encargo encomendado o al propio interés público que reviste una elección tan importante para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.

Por otro lado, se tiene que los demás legisladores que integran la comisión especial son votados por el Pleno, sin contar con mayores exigencias, ya sean de orden profesional, de especialización jurídica o de conducta intachable. La única obligación que se debe cumplir para conformar este grupo de trabajo es, de acuerdo con el Reglamento del Congreso, haber sido designado por su respectiva bancada para ejercer el encargo.

Con lo anotado, no se busca menospreciar la relevancia de las carreras y oficios distintos a la tarea jurídica (entre los comisionados se ha contado, por ejemplo, con administradores, ingenieros, arquitectos, empresarios, matemáticos, químico farmacéuticos, etc.), sencillamente, se pone un asunto evidente: la ausencia de responsabilidad y seriedad en la decisión de las bancadas parlamentarias de designar a quiénes tendrán el delicado encargo de evaluar las candidaturas. Si bien el Parlamento es el centro de la representación nacional, no es menos cierto ni contradictorio que ciertas labores no responden al absoluto criterio político de representación, sino que exigen un criterio razonable de conocimiento y experiencia, que permitan el adecuado cumplimiento de un fin constitucional mayor, como es la eficacia de un Tribunal Constitucional con reconocida competencia.

Es menester precisar que los requerimientos para ser miembro del tribunal y las funciones que este desempeñará, hacen impostergable que los candidatos que se busca convocar sean juristas de notable trayectoria. Precisamente por esta razón, se debe priorizar que quienes evalúen a los aspirantes cuenten con el conocimiento debido o la trayectoria idónea, de tal manera que se asegure a los postulantes el desarrollo de un proceso objetivo y especializado. Más aún si, como se ha visto, el peso de las entrevistas es determinante en la decisión final. Si la comisión especial no está integrada por parlamentarios con solvencia para calificar a destacados juristas, lo más seguro es que se desincentive que los mejores candidatos participen en el proceso. Al respecto, el reglamento de selección, vigente desde octubre de 2020²³⁵, establece un perfil de candidato que deben observar los miembros de la comisión en la fase evaluadora. En este perfil se prevé, entre otros aspectos, «*conocimiento o dominio del derecho constitucional, así como experiencia en otras ramas del derecho; raciocinio para la solución de casos complejos (...)*». Ante ello, es lógico que no todos los congresistas están en la capacidad suficiente de examinar con autoridad tales cualidades.

Finalmente, llama la atención que las comisiones especiales hayan estado integradas por parlamentarios que, si bien pueden tener trayectoria o experiencia, no garantizaban el cumplimiento del encargo de la elección con objetividad. Es el caso, por ejemplo, de los parlamentarios Víctor Andrés García Belaunde y Luis Galarreta, quienes participaron, con los cuestionamientos a que nos hemos referido, en el frustrado proceso de elección del 2013; y, sin embargo, conformaron la comisión especial de elección en el 2017 y el 2019. Entonces, es inaceptable que se brinde un mensaje a la población de que la afectación a la institucionalidad del Tribunal Constitucional y del propio Parlamento no es una conducta reprochable. Todo lo contrario, se debería priorizar que los parlamentarios integrantes de la comisión especial sean personas, además de calificadas, intachables.

7.2. LA PUBLICIDAD DE LAS CONDICIONES PARA SER MAGISTRADO CONSTITUCIONAL

Cuando se opta por hacer una elección de magistrados bajo la modalidad de convocatoria pública, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hasta antes de la reforma de 2020, solo estableció que la comisión especial se encargará de hacer lo propio vía el Diario Oficial *El Peruano*. Como es de

²³⁵ El 17 de octubre de 2020 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución Legislativa del Congreso 006-2020-2021-CR, que aprueba el reglamento para la selección de candidatas o candidatos aptos para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

esperarse, esta exigencia se cumplió en la generalidad de los procesos desarrollados. No obstante, se puede observar que se han presentado algunas particularidades en los textos de convocatoria. Así, por ejemplo, únicamente el proceso correspondiente al 2002 señaló, además de la necesidad de cumplir los requerimientos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que era necesario «gozar de una conocida reputación de integridad e independencia». En todos los demás procesos de elección, que se produjeron antes de la reforma de 2020, no se volvió a hacer esta última precisión, limitándose a la mención genérica de tener que cumplir los requisitos dispuestos por la ley orgánica antes citada.

Si bien podría parecer que la mención hecha en la convocatoria de 2002 es un asunto sin importancia y, como tal, no afecta el desarrollo regular del proceso, debemos apuntar que ello no es así. La precisión a la que hacemos referencia incide sobre un aspecto sustancial del proceso, que tiene que ver con el perfil de magistrado que se busca: no solo una autoridad en el campo académico o profesional, sino también una personalidad con comprobada reputación y solvencia moral. Más aún, si como se ha dicho, esta condición no parece tan clara en el texto expreso de la Constitución y la ley, siendo que se desprende, en todo caso, de la naturaleza de la función a desempeñar y de la finalidad perseguida por la posibilidad legal del planteamiento de tachas contra los candidatos, ya que, si se puede tachar a los candidatos, es porque hay una exigencia lógica de que los mismos ostenten una conducta intachable.

En el mismo sentido, no debe perderse de vista que la convocatoria no está encaminada, de modo exclusivo, a que sea conocida por los que tengan la aspiración de integrar el Tribunal Constitucional. Ciertamente, la publicidad de la convocatoria también busca que la ciudadanía se encuentre informada sobre un tema trascendental para el país, a tal punto que pueda encontrarse en condiciones óptimas para, posteriormente, hacer el seguimiento respectivo y, en su oportunidad, hacer uso de mecanismos de participación civil como la formulación de tachas o las solicitudes de veeduría y acceso a la información pública.

La aspiración de llevar a cabo un proceso imparcial y democrático, pasa por fortalecer la máxima publicidad de los actos del órgano encargado de la elección de los magistrados. La transparencia, en este sentido, no puede ser solo una de carácter pasivo, en el entendido que la responsabilidad estatal se agota en la atención de las solicitudes hechas por los ciudadanos. Por el contrario, debe promoverse una transparencia activa y colaborativa; siendo que la primera está referida en poner a disposición, de manera libre y accesible, toda la información (mediante los canales virtuales o públicos) sin necesidad de que haya requerimientos personales, mientras que la segunda implica que la información expuesta deba ser presentada oportunamente y bajo criterios de fácil entendimiento por la población, de tal suerte que aquella pueda ser utilizada de forma útil. Debe anotarse que el mismo Tribunal Constitucional, en su oportunidad, ha señalado que:

*«Una de las manifestaciones del principio de transparencia es, sin duda, el derecho de acceso a la información pública (...). No obstante, el principio de transparencia no agota aquí sus contenidos, en la medida en que impone también una serie de obligaciones para los entes públicos no solo con relación a la información, sino en la práctica de la gestión pública en general».*²³⁶

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0565-2010-PI-ID/TC, fundamento jurídico 5.

La exposición pública y manifiesta de los requisitos para postular a la suprema magistratura constitucional, incluida la exigencia de la conducta intachable, es parte del derecho fundamental a la información que se debe promover en este ámbito; además, de configurar un deseable acercamiento de la ciudadanía con un proceso de elección que, como se ha señalado, exige contar con la más alta legitimidad posible. Asimismo, no debe perderse de vista que la población en su conjunto no se halla en condiciones de igualdad para comprender el significado de una remisión a una ley orgánica y menos, seguramente, a la búsqueda del articulado pertinente en el contenido de la misma. Por ello, creemos que la manifestación expresa de los requisitos apuntados, trasciende a un estricto formalismo de carácter jurídico, sino que tiene incidencia en el punto de partida de la socialización del proceso mismo.

En todo supuesto, debe considerarse que ya existe un precedente sobre el particular (proceso de elección de 2002) y que, a decir de los constantes problemas de legitimidad generados por la falta de transparencia y promoción del control ciudadano en la generalidad de los procesos, es indispensable vigorizar la publicidad de las exigencias que deben cumplir los candidatos. Este elemento está en capacidad de incentivar no solo el conocimiento público, sino, sobre todo, el ejercicio de los medios legales para que la población, ya sea organizada o de modo personal, contribuya a la selección de los mejores jueces. Por ello, creemos que fue un acierto de la reforma de 2020 haber incorporado expresamente en la norma el requisito de la precisión expuesta al momento de la publicación.

7.3. LA INFORMACIÓN DE LOS POSTULANTES Y LA TRAMITACIÓN DE LAS TACHAS

Los años en que se han llevado a cabo los procesos de elección reflejan, además de falta de uniformidad y respeto a la meritocracia en la evaluación, una constante de desincentivos para promover la participación de personalidades con el perfil adecuado. En cuanto al número de candidatos presentados en los procesos por convocatoria, ha habido una cantidad apreciable que no necesariamente se refleja en calidad, pues ha habido ausencia de notables constitucionalistas, así como una mayoritaria concurrencia de aspirantes sin calificación consecuente con el alto cargo al que se pretende llegar.

Si damos una mirada a las elecciones por convocatoria pública, hasta el 2010, que fue la última selección bajo esta modalidad, se recibió, al menos, cuarenta candidaturas, llegando a tener el 2007 a setenta y dos postulantes. En el proceso por concurso público de méritos de 2020 se recibió sesenta y cinco postulaciones. Si bien se podría pensar que el alto interés mostrado por postular al tribunal fue un factor positivo para su fortalecimiento, creemos que ello no fue necesariamente así. Al contrario, no solo se contó con aspirantes sin mayor mérito profesional o de trayectoria, sino que, además, tuvieron participación (en algunos llegando a ser elegidos por el Pleno parlamentario) personas altamente cuestionadas por su proceder indebido.

En ese sentido, somos de la opinión que el problema no se concentra en la modalidad de elección por convocatoria. El problema radica en que la seguidilla de procesos con serias irregularidades, sin observación de una calificación objetiva y, lo que es peor, sin voluntad de enmienda hacia adelante. Todo esto ha hecho que se mire al proceso por convocatoria como un accionar desprestigiado, donde la componenda política prima sobre la meritocracia y el debido proceso, aspecto sustancial para

que las personalidades con perfil deseable, en general, no participen y expongan su buen nombre. Demás está señalar que, en algunas oportunidades, cuando han postulado juristas de renombre, estos, por el maltrato, han terminado renunciando al proceso y denunciando la inconducta del Congreso.

Ante ello, las exigencias se resumen en la necesidad de reglas de procedimiento expresas y previsibles, colocar límites a la discrecionalidad con la que actúa el Parlamento en todas las etapas del proceso, incorporación de criterios de calificación específicos y valor fundamental a la evaluación técnica. Igualmente, si la transparencia se produce en condiciones de máxima publicidad y acceso a la información, el proceso de elección por convocatoria pública cumpliría de mejor manera sus objetivos. Si bien la reforma de 2020 previó varios de los aspectos anotados, debe decirse que deben impulsarse medidas adicionales como una adecuada conformación de integrantes de la comisión seleccionadora, pues el problema no se agota en una solución normativa.

Con todo, no debe perderse de vista que la regla debiera ser la modalidad por convocatoria pública y la excepción la modalidad por invitación, pues aun cuando existen requisitos que cumplir, una invitación termina siendo un límite objetivo a derechos fundamentales como el acceso a la función pública. En todo supuesto, la modalidad por invitación se justifica en el interés superior de designar a juristas de incontestable prestigio que debieran generar el mayor consenso, tanto en el ámbito interno parlamentario como en la ciudadanía misma. Así, creemos que, sin desmerecer la posibilidad legal de seguir un proceso por invitación, en ambos casos, convocatoria e invitación, se debe contar y respetar las reglas de una evaluación idónea en el marco de un proceso previsible y con prioridad de los principios de meritocracia y transparencia.

Respecto de la información solicitada a diversas entidades públicas y privadas, es verdad que es un elemento positivo que se haya mantenido esta práctica en la generalidad de los procesos de elección. También es correcto que, con el transcurrir del tiempo, se hayan considerado a más instituciones, lo que es coherente con la necesidad de que los magistrados a elegir cuenten con una conducta intachable, pues los datos solicitados no solo comprenden aspectos de su trayectoria profesional o laboral, sino también sobre el desenvolvimiento de su conducta en la sociedad. Así, por ejemplo, no basta saber los respectivos antecedentes penales o disciplinarios de orden administrativo, sino también conocer información que pueda ser relevante para tener la certeza de que se está eligiendo a una persona con solvencia moral; es el caso de la información requerida al Colegio de Abogados sobre faltas a la ética profesional, o la información solicitada a las cámaras de comercio sobre el cumplimiento de pago de deudas personales.

En todo caso, para consolidar esta práctica consideramos importante promover la adecuación de dos asuntos que hoy tienen vigencia. Por un lado, la ampliación de la participación de los organismos de la sociedad civil, en el sentido que, además de cumplir un rol veedor, sean convocadas desde el inicio del proceso a fin de que puedan contribuir con la comisión especial a buscar o brindar información relevante sobre los candidatos. Recuérdese que gran parte de las denuncias sobre postulaciones cuestionables, ha sido producto del trabajo de investigación de estas instituciones que, por su trayectoria, han logrado un nivel apreciable de especialización en este ámbito. Entonces, el apoyo que puedan dar al Congreso sobre información de los postulantes, no solo debe corresponder a

denuncias públicas que pueden tomar en cuenta o no los parlamentarios, sino que, debe haber un espacio de valoración obligatoria al momento de la respectiva evaluación.

Del mismo modo, la alternativa que tienen los ciudadanos o personas jurídicas para formular tachas es un factor indispensable para socializar el proceso de elección. Ahora bien, es indudable que la información relevante para la evaluación que realiza la comisión especial no se concentra en las hojas de vida de los candidatos ni en la data que remiten las entidades a solicitud previa del Congreso. Por ello, es importante que se haya institucionalizado que la interposición de tachas no está condicionada a causales expresas, sino que el criterio es abierto, en tanto la información que puede configurar una tacha a un aspirante se vincula con la observación objetiva de que puede afectar directa o indirectamente el trabajo jurisdiccional que se ejercerá.

La pertinencia de la utilización de este mecanismo se ha evidenciado en más de un proceso, pues la comisión especial ha estimado varias tachas, que determinaron la separación del proceso de varios postulantes, como ocurrió en los procesos de 1996 y 2010. De todos modos, y considerando que también se utilizó la alternativa de invitación, este mecanismo de participación ciudadana debe ser permitido y meritulado al momento de la deliberación, pues a fin de cuentas contribuye a la legitimidad de la propia elección. De alguna manera, aunque es insuficiente, las tachas hacen frente al lamentable retiro, que hizo la Constitución vigente, del requisito de la trayectoria democrática prevista en la carta fundamental de 1979.

En todo supuesto, se deberían implementar mecanismos virtuales o de publicidad para que cualquier persona tenga acceso directo y oportuno a la documentación que administra la comisión sobre los candidatos. Igualmente, es correcto que, con la reforma de 2020, el procedimiento de atención de tachas haya establecido plazos y requisitos, a fin de obligar a la comisión a que emita un pronunciamiento debidamente motivado. Las tachas no deben ser pedidos que la comisión puede o no puede observar, deben ser requerimientos cuya atención resulte vinculante para el Parlamento. Más aun, cuando este aspecto contribuye a la legitimidad del tribunal, al ser una herramienta de participación ciudadana en la elección.

7.4. EL TRABAJO DE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

En 1995 los congresistas integrantes de la comisión especial votaron a los postulantes de forma secreta, sin mayor reparo que su entera discrecionalidad. El año siguiente se realizaron entrevistas públicas y hubo un examen curricular sin contar con criterios ni puntajes determinados. El 2002 la evaluación se dividió en tres partes: hoja de vida (50%), entrevista (30%) y respaldo de alguna institución (20%), siendo que se definieron criterios para los dos primeros, aspecto positivo que se desdibujó con la falta de asignación específica de puntajes. En cuanto a la tercera evaluación no se precisó mayor alcance, lo que reflejó una situación controversial si se considera que la independencia del candidato y la solvencia de la entidad que lo respaldaba constituían una ventaja cierta, no existiendo la obligación de hacer un análisis riguroso sobre ambos asuntos.

La siguiente elección (2004 y 2005) previó un examen curricular, cuyo valor se redujo (35) y contó con criterios con valores detallados, retirándose la consideración de la trayectoria en defensa de la

democracia y los derechos humanos. Asimismo, se varió el criterio de ejercicio en la magistratura por el de ejercicio profesional.

Creemos pertinente haber retirado el desempeño en la magistratura, pues al igual que el criterio de ser presentado o respaldado por alguna institución sin mayor análisis o exigencias, convierte a dicho supuesto en uno discriminatorio. En concreto, se ponía en situación de desventaja a aquellos juristas que, pese a no tener experiencia en la carrera judicial o fiscal, tenían suficientes méritos profesionales y personales para ocupar el cargo de miembro del tribunal. No debe dejar de observarse, además, que haber pertenecido al Poder Judicial o al Ministerio Público no es garantía de realizar un mejor desempeño en el colegiado constitucional, pues incluso la experiencia judicial o fiscal arraigada puede fomentar muchas veces una posición resistente al trabajo interpretativo constitucional, el que incluye, como hemos visto, un control a la misma actividad de la magistratura ordinaria.

Por otra parte, el retiro del criterio de tener un proceder acreditado de resguardo de la democracia y los derechos humanos, comprendió un penoso retroceso. El hecho de que el proceso anterior haya incluido este aspecto, configuró un paso importante para avanzar hacia la elección de magistrados íntegros, no existiendo razón alguna para haberlo retirado. Lo único que evidencia esta posición es la suspicacia de que se relativizó un asunto clave en el perfil deseable de magistrado, seguramente, para dar atención a los allegados a los partidos políticos.

Si se quiere fortalecer el colegiado constitucional, es indispensable garantizar la idoneidad de sus componentes. El criterio antes expuesto, de algún modo, reivindicaba el requisito de contar trayectoria democrática, que reguló la Constitución de 1979. Lamentablemente, con la orientación impuesta en la elección que venimos comentando se liquidó esta exigencia, lo que recae en un pésimo mensaje a la población: los miembros de la comisión especial no están obligados a descalificar a los postulantes cuando estos tienen antecedentes contrarios a los valores democráticos o a la protección de los derechos humanos, aspectos más que trascendentes en la labor jurisdiccional que realizarán.

Asimismo, otro aspecto inconsistente fue el peso asignado a la evaluación de la entrevista (65), elemento caracterizado por una amplia subjetividad, en tanto no se fijaron criterios sobre el particular. Lo grave fue que, con semejante valor y sin obligación de justificar la votación, esta parte era la decisiva para definir la elección. Es decir, primó la discrecionalidad pura sobre cualquier criterio técnico, con lo que la imparcialidad quedó de lado. Aquí debemos precisar que no estamos en desacuerdo en que haya consenso político para definir los resultados, pues, finalmente, el escenario parlamentario, por su naturaleza, procede así; lo que criticamos es que la comisión especial no cumpla la función de filtro técnico o evaluador con criterio de objetividad. El Pleno definirá con sus votos la elección final, pero la comisión especial tiene el deber de presentar a dicho órgano la conclusión de un trabajo riguroso, que comprenda la más exhaustiva revisión de las candidaturas. Si las cosas no suceden así, no tiene mayor sentido la existencia y ejercicio del grupo de trabajo citado.

A mayor abundamiento, en esta elección, además del alto valor del criterio subjetivo en la comisión especial, el Pleno no respetó las conclusiones de aquella, pues, por consenso político, se incluyó, por ejemplo, a postulantes que en el puntaje final figuraron en los lugares ocho y trece. Entonces, el resultado del trabajo de la comisión no termina siendo vinculante, ya que en la práctica solo es una referencia sometida al acuerdo informal de los voceros de las bancadas partidarias, con el agravante

de generar una afectación cierta a la buena fe de los candidatos que siguieron el proceso en el seno de dicho grupo congresal.

El 2007 también medió una evaluación curricular y una evaluación personal. No obstante, ante los vacíos del estatuto normativo sobre este tipo de elección, se aprobó un nuevo plan de trabajo con puntajes diferentes a los previstos en el proceso anterior. De tal modo que la evaluación objetiva subió en cinco puntos (40) y la evaluación subjetiva bajó cinco puntos (60). Para los efectos, el factor discrecional continuó ostentando el peso decisivo, pese a que no se fijó ningún criterio al respecto, tal como sucedió también en la elección anterior. No bastando ello, las entrevistas fueron reservadas para «resguardar los derechos de los postulantes», nada más contradictorio con un trabajo que debe guardar respeto irrestricto por el principio de transparencia.

La transparencia debe ser fundamental en el trabajo de selección de los nuevos magistrados constitucionales, si se considera que los elegidos revisarán los asuntos ordenadores de la propia convivencia social en el marco de la Constitución. La legitimidad que requiere el colegiado no empieza con la emisión de sus sentencias sino, con la designación de sus miembros. Es más, podemos afirmar que la elección de sus miembros determina, de modo esencial, la legitimidad de ejercicio que tendrá el Tribunal Constitucional para asegurar su institucionalización a través de la eficacia de sus resoluciones. Si la elección se produce en un escenario de irregularidades y acuerdos bajo la mesa, lo más seguro es que la labor posterior se ejecute en un contexto de falta de reconocimiento del principio de autoridad, tal como se ha presentado en varias ocasiones descritas en el presente trabajo. Ello responderá no solo a la irresponsabilidad del Congreso, sino también a la falta de garantía de tener jueces que desarrollen su trabajo con idoneidad, es decir, que su imparcialidad y solvencia sean incuestionables.

Cabe resaltar la participación de la sociedad civil organizada en este proceso. El Instituto de Defensa Legal denunció diversas irregularidades de manera pública: secretismo de las entrevistas; entrega inoportuna de las grabaciones de las mismas; falta de publicación de las hojas de vida de los candidatos; ausencia de definición del perfil de magistrado; falta de precisión de los puntajes de los postulantes; no se pudo conocer quiénes eran los candidatos ni sus trayectorias, quiénes habían sido sus clientes, a quienes defendieron como abogados; lo que debilitaba las posibilidades de interposiciones de tachas.²³⁷ En la misma línea, los medios de comunicación expresaron lo propio sobre el proceso de elección, siendo una idea generalizada que «(...) *no había que esperar tanto tiempo para darse cuenta de que la selección no se está realizando con la transparencia que demanda la conformación de una entidad tan importante como el TC*».²³⁸

La culminación de este negativo precedente (un proceso sin transparencia y ajeno a la opinión pública), se «coronó» con la anulación de la elección ante la condena pública, generada por el electo candidato Javier Ríos Castillo, quien fuera captado por la prensa departiendo con personajes acusados, procesados y condenados por corrupción. Asimismo, debe anotarse que la propuesta

²³⁷ Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, *Documento de Trabajo* n.º 32: *Propuesta de modificación del Reglamento del Congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional para garantizar elecciones más transparentes*, Lima, 6 de agosto de 2009, p. 2.

²³⁸ Editorial, en diario *Perú 21*, Lima, 3 de mayo de 2007.

final sometida al Pleno fue determinada, independientemente de la calificación realizada, por el consenso de los miembros de la comisión especial.

El proceso de elección implementado en el 2010 tampoco siguió un orden preestablecido por los procesos precedentes, teniendo características propias. En algunos casos se experimentaron cambios positivos a partir de la experiencia de su antecedente, como dotar a la elección de una mayor transparencia al permitir la participación formal de la Asociación Civil Transparencia en condición de veedor y, por otro lado, acordar (a pedido del Consejo de la Prensa Peruana) que las entrevistas a los candidatos sean públicas.

Los elementos generales de evaluación y los puntajes de estos fueron los mismos que los considerados en la elección anterior: evaluación curricular (un máximo de 40 puntos) y evaluación de las entrevistas personales (un máximo de 60 puntos). No obstante, se volvió a modificar el valor de los criterios específicos para la calificación objetiva. Igualmente, se estableció un puntaje mínimo de veintiocho en la evaluación curricular, condición para que los candidatos puedan pasar a la estación de las entrevistas. Así las cosas, debe destacarse la voluntad de avanzar en la mejora de la evaluación curricular, considerando que, por primera vez, se especificó los criterios de valoración con el puntaje correspondiente.

Distinguiéndose de los procesos previos al 2010, se elaboró un cuadro de calificación meticuloso, cuyo contenido permitió identificar la segregación de los criterios que se consideraron para llevar adelante el examen curricular de los aspirantes. No obstante, el fortalecimiento de la evaluación curricular se vio opacado por el indiscriminado alto valor que se le otorgó a la evaluación personal (60 puntos para la entrevista), siguiéndose así la línea negativa de la elección de 2007. La discrecionalidad fue tal, que se llegó a confundir con arbitrariedad, al punto que los comisionados entregaron sus evaluaciones, que resultaban definitivas, sin detallar explicaciones o razones, presentándose asignaciones de puntajes de cero hasta sesenta.

Situación similar ocurrió en el seno del debate en el Pleno del Congreso, pues la decisión de la comisión especial fue desplazada por el acuerdo posterior de la Junta de Portavoces. Ciertamente, la comisión especial había acordado de manera unánime la selección de los dos primeros candidatos por orden de mérito, sin embargo, por requerimiento de la Junta de Portavoces, se decidió incorporar a un tercer postulante. Debe anotarse que la comisión especial, previamente al mencionado pedido, había desestimado una solicitud de reconsideración para incorporar al mismo tercer candidato. En todo supuesto, lo particular de esta elección fue que, a fin de cuentas, solo alcanzó la votación favorable mínima el tercer candidato incluido en la lista.

La elección de 2013, pese a haber aplicado la modalidad de elección por invitación, no fue consecuente con la razón de ser del empleo de este mecanismo. Ante los cuestionamientos a las elecciones anteriores, precisamente por la prioridad del factor político antes que el técnico, se pretendió incorporar un método distinto que garantice el nombramiento de candidatos objetivamente calificados para el desempeño de la alta magistratura constitucional. Es lógico que al no realizarse una convocatoria pública y, como contrapartida, se invita a candidatos específicos, es porque estos últimos son juristas de la más reconocida competencia, con un prestigio tal, que haga imposible la desestabilización de la legitimidad del proceso de elección. Es decir, el consenso

que los invitados generan debería ser uno que no permita concebir la ocurrencia de prácticas antidemocráticas o de parcialidad. No obstante, sin el menor ánimo de enmienda respecto de la experiencia negativa anterior, los grupos parlamentarios con representación en la comisión especial invitaron a varias personas, cuya trayectoria no era acorde con el perfil de magistrado constitucional.

A mayor abundamiento, la elección de 2010 terminó evidenciando el más nefasto antecedente en materia de cuoteo partidario, pues la ciudadanía pudo comprobar (a través de los audios filtrados en la prensa) que los miembros de la comisión especial dirigían sus acuerdos y decisiones en el marco de un reprochable desprecio por la realización de una elección idónea, que garantice un tribunal conforme a su relevante misión. Las marchas multitudinarias y recurrentes en contra del proceder parlamentario, así como la reprobación pública de personalidades, evidenciaron una crisis política que comprometía la imagen del Congreso como órgano competente para elegir a los magistrados constitucionales. Aun cuando la definición de los nuevos magistrados siguió postergándose, el resultado de la nulidad de una elección inaceptable, terminó siendo la mejor opción.

El posterior proceso de elección, desarrollado entre fines de 2013 y la primera mitad de 2014, configuró la oportunidad del Congreso de la República para corregir lo antes anotado. Era evidente que no solo estaba en juego la necesidad urgente de la elección de los nuevos miembros del tribunal (magistrados con exceso de años en el cargo, conflictos con otras entidades que relativizaban su legitimidad, y un colegiado incompleto ante la renuncia de uno de ellos), sino también la propia imagen e institucionalidad del Parlamento, que habían sido seriamente afectados a causa de la nulidad de la elección anterior.

Ya no solo había expectativa y presión por parte de la comunidad jurídica o de instituciones vinculadas con la actividad del Tribunal Constitucional sino, sobre todo, por parte de la sociedad, lo que se expresaba en concentraciones públicas que, además, eran recogidas por los medios de comunicación. Es más, si se pudiera extraer algún aspecto positivo del negativo antecedente de la selección hecha por el Congreso, se podría afirmar que se puso en el escenario público la importancia de la designación de los magistrados constitucionales, ya que, valgan verdades, se convirtió en un asunto de interés público y con cobertura nacional, como nunca antes se había observado.

Tan clara era la identificación de las malas prácticas en la elección de magistrados, que por primera vez una comisión especial aprobó expresamente un acuerdo para que ningún candidato propuesto tenga vínculo con algún partido político. Lo importante es que tal como se ha relatado, en líneas generales, la elección de candidatos idóneos se cumplió, sin perjuicio de algunas críticas al magistrado Sardón de Taboada por su acercamiento a ciertas posiciones que habrían «justificado» el autogolpe de Estado durante el gobierno de Alberto Fujimori.

Sin embargo, las virtudes de la elección de 2014 no se replicaron en la elección de 2017, pues, como se reseñó, el secretismo en el debate de la selección no permitió conocer las razones específicas y la superación de los cuestionamientos al único candidato al que la comisión especial invitó. Más allá de si el juez electo cumplía el perfil de magistrado (la crítica se centró en los conflictos de intereses que podía presentar), lo cierto es que el proceso en el que fue elegido no fue transparente y eso es un hecho innegable.

Lastimosamente, el proceso de elección de 2019, que también siguió la modalidad por invitación, tuvo como característica central: la poca transparencia del trabajo desarrollado en la comisión especial, situación reprochable si se repara en que en dicha ocasión la renovación del tribunal iba a ser sobre, prácticamente, la integridad de sus magistrados (seis de siete). El Parlamento, sin intención de corregir los problemas del pasado y priorizando intereses calificados como políticos, impulsó con celeridad la elección. Además de la vulneración al principio de transparencia, se sumaron audios entre parlamentarios (que hicieron recordar el frustrado proceso del 2013), renunciaciones de candidatos y diversas denuncias públicas que empañaron el proceso. No obstante, el Congreso persistió en la elección, la que fue frustrada por el planteamiento de una cuestión de confianza por parte del Poder Ejecutivo, que terminó con la memorable disolución del Poder Legislativo, cuya constitucionalidad fue declarada por el Tribunal Constitucional de forma posterior. Con seguridad, este proceso fue el más complejo, sin embargo, fue también uno donde se repitieron los errores de sus predecesores, con el agravante, claro está, de haber sido parte medular en la generación de una crisis política nacional de histórica envergadura.

7.5. LA DECISIÓN DEL PLENO DEL PARLAMENTO

La falta de uniformidad en los procedimientos y el desorden en los mecanismos empleados fueron los factores constantes en la generalidad de los procesos de elección de magistrados constitucionales desarrollados en el Congreso.

En 1996, la lista presentada al Pleno parlamentario, que fue aprobada por este, fue definida por una proposición de un grupo multipartidario de legisladores que había hecho una lista de candidatos invitados, quienes previamente habían aceptado la misma. El 2002 el Pleno votó por la lista presentada por la comisión especial. En el proceso de 2004 y 2005, a diferencia de los procesos anteriores (votación individual a cada candidato de forma pública), se votó de modo secreto por cédulas a dos listas integradas por tres candidatos cada una. El mecanismo empleado fue el siguiente: se votaría a cada aspirante de la primera lista y si alguno o algunos no obtuvieran la votación favorable mínima, se procedería a votar a los postulantes de la segunda lista. Sin embargo, dicho acuerdo tampoco se respetó, pues en la primera votación solo dos candidatos alcanzaron ser elegidos y no se pasó a votar la segunda lista, esperándose seis meses para insistir y votar solo al tercer postulante (Alarcón Quintana), que en esta oportunidad tampoco contó con el apoyo mínimo de los parlamentarios. Ante ello, recién se votó la segunda lista sin tener un resultado óptimo, pues no se pudo elegir a ningún magistrado. Finalmente, el 2006 se volvió a votar la segunda lista, alcanzando la votación exigida el primer aspirante que la componía (Mesía Ramírez).

El 2007 se votó solo una lista de aspirantes de forma colectiva. No se votó, como en anteriores oportunidades, a cada candidato de modo individual. Pese a que la terna fue aprobada, posteriormente quedó sin efecto ante la anulación de la elección. Ocurrido ello, el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Parlamento, sustituyendo las competencias de la comisión especial sin basamento legal, se encargó de proponer cuatro ternas de postulantes, que se votaron en el Pleno en orden de prelación. Producto de esto, se logró elegir a tres nuevos integrantes del corporativo constitucional. Así, se tiene que esta elección introdujo una vulneración al procedimiento regulado para este tipo de elección, pues el presidente de una comisión ordinaria,

asumió un deber legal de la comisión especial, situación que fue convalidada por el órgano máximo del Congreso, que es el Pleno.

El 2010 el Pleno parlamentario retornó a la legalidad y votó la lista de tres postulantes definidos por la comisión especial. La votación fue por cada candidato, pero ninguno alcanzó la votación favorable exigida. Como consecuencia de la presentación y aprobación de una reconsideración a la indicada votación, los congresistas volvieron a votar en dos sesiones a los dos seleccionados que lograron mayor apoyo. De este modo, solo pudo ser elegido el segundo. Aun cuando se anunció que nuevamente se votaría al primer postulante, este (Ramos Núñez) declinó su candidatura.

A la luz de lo expuesto hasta aquí, es evidente que los procesos de elección de miembros del Tribunal Constitucional desarrollados en el ámbito parlamentario, han adolecido de una serie de inconvenientes que desmerecen el alto encargo que la Constitución ha asignado a la representación nacional. Los lineamientos seguidos por la comisión especial no han sido sostenibles, todo lo contrario, han variado en cada proceso de selección, bajo criterios de informalidad y conveniencia política nada aceptables; esto, por cuanto se han afectado principios elementales como el debido proceso y la transparencia, que deben ser transversales en toda actuación de la administración pública. No se puede validar que ni el informe final que elabora la comisión especial, por mandato legal, sea respetado por el Pleno del Congreso, lo que en los hechos quiere decir que el orden de mérito definido luego de una evaluación especializada no tiene suficiente valor para la decisión final que decidirá el nombramiento de los nuevos magistrados.

Al parecer, lo único que tiene prevalencia es el acuerdo de la Junta de Portavoces que guía no solo la votación en el Pleno (lo que no sería inconsistente, en principio), sino la propia definición de la composición de las ternas y el orden en que estas se votan, con lo cual se consuma una invasión de competencias propias de la comisión especial que, por definición, es el grupo de trabajo técnico en la materia. El Pleno vota de forma indistinta, según se acuerde en cada proceso de elección (secreta, pública, por listas de forma colectiva o a cada candidato de forma individual) sin estar vinculado, en la práctica, con las conclusiones de la comisión especial. Las votaciones para definir a los magistrados son frustradas de modo recurrente y se reprograma lo propio sin priorización ni previsión razonable de tiempo (se ha llegado a votar después de seis meses).

Asimismo, ocurre un asunto absolutamente contradictorio con el deber que tiene el Congreso de seleccionar a los mejores candidatos: la meritocracia es relativizada, no siendo un elemento definitorio en la elección. En la mayoría de casos las votaciones se han hecho de modo individual, lo que ha permitido que no necesariamente se elija a los postulantes que lideraban las listas por tener el más alto puntaje. Precisamente, esto último ha hecho posible el maltrato a candidatos con perfil deseable, algunas renuncias por este motivo y denuncias públicas sobre falta de idoneidad en la selección, aspectos todos que configuran un desincentivo cierto a lograr la concurrencia de notables juristas en el proceso de elección por convocatoria.

Lamentablemente, los problemas también se presentan en la comisión especial, pues su labor no ha sido armoniosa con el principio de transparencia ni con la obligación de realizar un análisis escrupuloso, en su condición de grupo de trabajo especializado. Ha programado entrevistas reservadas con los candidatos, ha entregado información inoportuna a los miembros de la sociedad

civil, no trabaja con criterios ni puntajes definidos y uniformes en el tiempo, no exige sustento a los puntajes asignados, no ha publicado en alguna oportunidad la lista con el puntaje final, en otra ocasión, y luego de un escándalo público, presentó una lista donde todos los postulantes (17) tenían la misma calificación (65); es decir, la falta de predictibilidad y la informalidad han sido aspectos constantes en este escenario.

Mención aparte debe asignarse a la conformidad de los miembros de la comisión especial de decidir discrecionalmente el injustificado valor definitorio de la evaluación subjetiva, conformada por las entrevistas. Es un exceso, casi institucional, que las entrevistas tengan un peso de 60% y más sobre la puntuación total, más aún cuando no existen criterios sobre el particular, las deliberaciones de la comisión especial no son públicas y no hay obligación de sustentar la asignación del puntaje respectivo.

Ahora bien, ante los problemas advertidos en los procesos por convocatoria, cabe mirar los resultados de la modificación implementada para hacer uso de la modalidad de elección por invitación. Si bien en los últimos procesos se ha empleado este mecanismo, desde la reforma de 2020 se suprimió. No obstante, debe recordarse que la elección por invitación, al ser un mecanismo especial, debe emplearse bajo un criterio restrictivo, lo que implica actuar con el más estricto cuidado de designar a candidatos que generen el más alto consenso social. Debe ser un imperativo que, si se ha optado por no hacer un proceso ordinario, se debe elegir a aquel o aquellos candidatos que reúnan no solo los requisitos mínimos, sino que sus cualidades sean tales, que permita concluir sin ninguna duda que, si se hubiese implementado un concurso público, estas personas hubieran ocupado los primeros lugares. A ello, hay que agregar que se debe actuar con la máxima transparencia posible, al punto que cualquier cuestionamiento al candidato debe ser oportunamente aclarado, lo que implica que, igualmente, se habiliten los procedimientos de tachas y se generen mecanismos para acceder a toda la información pertinente sobre el aspirante a magistrado.

Sin embargo, y como se ha expuesto, el proceso de 2017 no contó con las características deseables, pues no se siguió un proceso abierto con la posibilidad de saber el contenido de las discusiones de la comisión especial, ya que no se llevaron a cabo las audiencias de forma pública. Asimismo, los cuestionamientos al único candidato no fueron resueltos de forma directa ni valorando la documentación o información pertinente, ya que solo fue materia de una discusión política a nivel del Pleno del Parlamento, y no mereció una evaluación acuciosa por parte de la comisión especial.

Seguramente, siguiendo la línea de la elección de 2017, el 2019 se quiso proceder de forma muy similar, es decir, sin transparencia y con cuoteo político prioritario en el marco de un proceso forzadamente acelerado. Los resultados, como se estudió, fueron lo más nefastos. Los peruanos pudimos ver en señal abierta cómo el Congreso quiso efectuar una elección con serios cuestionamientos, sin medir el impacto negativo de su decisión. Si bien la elección no llegó a tener eficacia, pasará a la historia como un accionar del Parlamento, cuya necedad y soberbia, provocó su propia disolución en el contexto de una crisis política que traspasó las fronteras nacionales.

Con todo, creemos que la modalidad por invitación se aprobó, en su momento, mediante una modificación reglamentaria, con la finalidad de dejar atrás la andanada de elementos negativos que caracterizaron los procesos anteriores que utilizaron el procedimiento de convocatoria pública. Si

dicha finalidad no se cumplió y se repitieron los mismos problemas de falta de imparcialidad en la elección, era necesario reformular o reforzar (más no eliminar, como se hizo en la reforma de 2020) este tipo de herramienta, pues, al final, el efecto pernicioso recae en el desvalor de la legitimidad del colegiado constitucional.

7.6. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 2020 Y EL NUEVO REGLAMENTO DE SELECCIÓN

El Congreso de la República, en julio de 2020, aprobó²³⁹ el dictamen que agrupa diez proyectos de ley sobre la reforma del proceso de elección de miembros del Tribunal Constitucional,²⁴⁰ que se convirtió en la Ley 31031.²⁴¹ Considerando el número de iniciativas que se presentó desde casi todas las bancadas del Parlamento, era evidente que había una preocupación casi unánime por mejorar el modelo. Y, no era para menos, si se tiene en cuenta que el Congreso que aprobó la modificación es consecuencia de la disolución del Poder Legislativo anterior, ese mismo que se negó a estudiar el proyecto de ley del Ejecutivo en materia de cambio de reglas en la designación de jueces constitucionales, que generó, finalmente, el planteamiento de una cuestión de confianza histórica.

Ahora bien, antes de mirar los principales cambios que se han introducido y su respectivo análisis, es alentador que el asunto vinculado a la elección de miembros del máximo órgano representativo de la justicia constitucional, haya sido materia de observación prioritaria en el seno del Legislativo. Incluso, ha sido un verdadero precedente el hecho de que varios partidos políticos, desde la campaña, hayan anunciado, como parte de su programa de trabajo, el impulso de la reforma en este ámbito. Lo positivo es que se contribuya a generar condiciones para socializar la elección, pues la transparencia y la meritocracia requieren también de un contexto adecuado, donde la ciudadanía identifique que el nombramiento de los jueces del supremo intérprete de la Constitución, es un asunto de la mayor importancia, al punto que contribuye sustancialmente al resguardo y fortalecimiento del Estado de derecho y el sistema democrático.

La norma aprobada modifica los artículos 8 y 11 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estableciendo diversos elementos que, a continuación, pasamos a analizar.

- *La designación solo será por concurso público de méritos.*

Esta alternativa ya existía bajo la denominación de modalidad ordinaria, que recae en una convocatoria pública. La diferencia, además de las especificaciones que se han hecho, es que será la única forma en que el proceso de elección se desarrollará, pues se elimina la modalidad especial que se pone de manifiesto en una convocatoria por invitación. No consideramos

²³⁹ Con 112 votos a favor, 14 votos en contra y 0 abstenciones. El dictamen fue exonerado de segunda votación, estando expedito el envío de la respectiva autógrafa al Poder Ejecutivo.

²⁴⁰ Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento, recaído en los proyectos de ley 4253/2018-CR, 4847/2019-CR, 4854/2020-CR, 4858/2020-CR, 4885/2020-CR, 4956/2020-CR, 4978/2020-CR, 5352/2020-CR, 5441/2020-CR Y 5561/2020-CR, que proponen modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para garantizar la elección meritocrática y transparente de magistrados.

²⁴¹ La ley que modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fue publicada el 23 de julio de 2020.

pertinente haber retirado la modalidad por invitación; en todo caso, se debió mantener ambas opciones.

Se olvida que, bajo la vigencia de la Constitución de 1993, y hasta antes de la reforma de 2020, se produjeron diez procesos de elección. De ellos, seis fueron por convocatoria pública y la constante fue la poca transparencia y arbitrariedad permanente en los puntajes otorgados a los candidatos; también se presentaron nulidades de votaciones por escándalos públicos, renunciadas de candidatos por maltrato, informalidad y ausencia de previsibilidad en las calificaciones finales, entre otros. El rechazo a la elección por convocatoria pública fue tal, que el 2012 se aprobó la Ley 29882, modificatoria del artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para, paradójicamente, incorporar la convocatoria por invitación, que debía mejorar la problemática expuesta.

Si bien los últimos cuatro procesos siguieron la modalidad por invitación, los problemas no cambiaron mucho, repitiéndose los mismos inconvenientes con casos graves, como la conocida «repartija» de 2013 y la considerable crisis política que culminó en la disolución del Congreso el 2019. Por ello, justamente, ahora se regresa a una convocatoria pública, es decir, se retoma una experiencia que, en antaño, no funcionó como se esperaba. En todo supuesto, reafirmamos que la modalidad elegida, propiamente, no es el problema central, sino los mecanismos de garantía de un proceso idóneo, que estuvieron ausentes hasta la presente modificación.

Se debió tomar en cuenta que un concurso de méritos, si bien puede tener una finalidad válida, no necesariamente genera un incentivo para que los mejores juristas se integren al tribunal. No se ha dado una mirada al Derecho Comparado y advertir que en muchos ordenamientos jurídicos que prevén un Tribunal Constitucional, se considera la formulación de propuestas, atendiendo, precisamente, al alto prestigio de los candidatos, los que, difícilmente, querrán exponerse a un cuoteo político, que siempre es un riesgo en un escenario como el Congreso. Además, tampoco se ha tomado en consideración la reciente convocatoria a los miembros de la Junta Nacional de Justicia, que adoleció de inconvenientes por los problemas que son propios de un concurso público, donde su busca a los juristas más competentes.

Reiteramos que la convocatoria pública es la regla de la elección, pero no había razón para retirar la alternativa de la convocatoria por invitación. Así las cosas, queda analizar los demás cambios, pues bajo una única modalidad, es necesario contar con las máximas garantías para arribar a un procedimiento objetivo e imparcial.

- *Por resolución legislativa, a propuesta de la comisión especial de selección, se aprobará el reglamento del concurso de méritos. El reglamento establecerá los criterios de evaluación y el porcentaje asignado a cada uno de ellos, así como los criterios objetivos para calificar el requisito de solvencia e idoneidad moral.*

Este es un aspecto positivo, pues no se tenía un estatuto detallado que permita la garantía de un procedimiento debido y previsible. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tienen una regulación genérica, que es preciso se desarrolle en una norma especial. Solo existía el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, aprobado

por Resolución 031-95-CCD, que data de 1995. Claramente, este reglamento estaba desfasado y, por si fuera poco, tampoco se caracteriza por tener una regulación específica que garantice criterios de meritocracia y transparencia de modo sostenible.

Es importante que se haya definido un marco legal sobre el cual el reglamento debe orientar sus alcances, que está configurado por los criterios de evaluación y sus respectivos puntajes. Precisamente, parte de la problemática de los anteriores procesos de elección por convocatoria pública, era que cada comisión especial aprobaba su propio plan de trabajo y allí se fijaba, cuando se hacía (porque no había obligación), criterios y puntajes. En todo caso, creemos que hubiera sido deseable establecer que el puntaje objetivo (evaluación curricular), debe tener mayor peso que el puntaje subjetivo (entrevistas), ya que la experiencia anterior evidenció que, de forma arbitraria, se imponían porcentajes mayores a la entrevista, lo que hacía que el resultado final no era consecuencia de una evaluación imparcial. Si bien el reglamento precisa este aspecto, la norma principal debió reconocer lo propio.

- *La comisión especial parlamentaria de elección de magistrados será integrada por un representante de cada bancada y sus sesiones serán públicas.*

Este cambio era necesario, pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estipulaba que la comisión especial está integrada por siete a nueve congresistas, pese a que también se prevé que se debe respetar la proporcionalidad y pluralidad. Así, esta disposición era contradictoria con el supuesto de que haya más de nueve bancadas, como ocurrió efectivamente el 2019, experiencia en la que, efectivamente, algunas bancadas quedaron sin representación en la comisión especial seleccionadora.

Por ello, la nueva regulación, que tuvo un antecedente de propuesta legislativa en el Congreso anterior,²⁴² es un correctivo coherente con los principios de pluralidad y proporcionalidad que deben regir los procedimientos parlamentarios en general. Más aún, cuando se trata de la conformación de comisiones parlamentarias, tal como lo estipula el artículo 34 del Reglamento del Congreso. Sobre el particular, no debe perderse de vista que este último cuerpo normativo es reconocido por el Tribunal Constitucional como «*parte del bloque de constitucionalidad para determinar la forma en que una ley debe ser emitida*».²⁴³

- *La regulación del procedimiento del concurso de méritos.*

Si bien se establecerá un reglamento especial sobre los criterios y puntajes de la calificación, se ha fijado las etapas del procedimiento con plazos que, en general, son razonables. Los momentos del proceso son los siguientes:

- a) *Convocatoria pública con cronograma y requisitos para candidatos.* La publicación se hará mínimamente por tres vías: Diario Oficial *El Peruano*, página web del Congreso y un medio de

²⁴² Proyecto de Ley 4253, que propone modificar el artículo 8 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presentado por el grupo parlamentario Fuerza Popular, el 29 de abril de 2019.

²⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 00003-2008-PI/TC, fundamento jurídico 12.

circulación nacional. Lo positivo es que se haya establecido que la convocatoria debe incluir expresamente los requisitos, esto por cuanto la publicidad del inicio del proceso no solo es de interés de los postulantes eventuales, sino de la ciudadanía en su conjunto. Si la sociedad civil tiene acceso a los requisitos que deben cumplir los aspirantes, es más probable que se encuentren en mejores condiciones para participar a través de la interposición de tachas.

Un asunto que se solicitó en la sesión plenaria de aprobación de la ley fue la obligación de que se transmitan las sesiones, entrevistas y deliberaciones mediante el Canal del Congreso. Ante esto, se señaló por parte de la presidencia de la comisión especial, que lo propio se regulará en el reglamento. Somos de la opinión que, si bien el citado canal institucional transmite las diversas actividades parlamentarias con pluralidad, es conveniente que se fije, dada la importancia de la elección, que siempre tendrá prioridad la transmisión de las respectivas sesiones de la comisión especial.

b) Los candidatos se pueden presentar individualmente o pueden ser presentados por colegios profesionales nacionales o facultades de Derecho. En este punto, estimamos que el reglamento deberá regular las consecuencias que implica que un candidato sea presentado por una institución. Ya en anteriores oportunidades se previó este aspecto, y como era de esperarse, se asignaba un puntaje adicional al postulante, en virtud de que contaba con el respaldo de una «entidad de prestigio». No obstante, este asunto debe desarrollarse con especial cuidado, pues la definición de una institución de prestigio o especializada, no solo puede generar arbitrariedades, sino también discriminación, que pueda viciar el proceso. Por ello, es importante que el reglamento haya definido que no hay puntaje adicional por esta causa.

c) Publicación de candidaturas y hojas de vida, y el procedimiento de tachas debidamente motivadas y con prueba documental. Se ha previsto un plazo de diez días hábiles, desde la publicación de la lista de candidatos, para poder interponer tachas, las que deberán ser resueltas en un máximo de diez días hábiles desde su planteamiento. Hay obligación de la comisión especial para pronunciarse sobre las tachas y esta decisión es inapelable

La formulación de tachas ya estaba considerada en el estatuto previo, aunque sin el detalle anotado. Por ello, la nueva regulación es una mejora apreciable, sobre todo, si se ha establecido la obligación de emitirse un pronunciamiento debidamente motivado. Las tachas no son, en ningún caso, un asunto menor, son un instrumento vital para socializar el proceso y, en este sentido, su regulación garantista era más que necesaria.

Si se le exige a los accionantes que motiven y acompañen prueba documental a las tachas, lo propio es que la entidad que examina y resuelve aquellas emita un pronunciamiento fundamentado (como se ha previsto en el reglamento), que permita saber las razones objetivas por las cuales se produce una decisión estimatoria o desestimatoria, según corresponda. Recuérdese que la estimación de una tacha puede determinar que un candidato salga de carrera.

- d) *Resueltas las tachas, empieza la etapa de entrevistas personales.* Se ha regulado un temario general de las entrevistas, debiendo comprender preguntas sobre la trayectoria personal, académica y profesional de los postulantes, así como sus posiciones sobre temas de relevancia nacional y el compromiso que se tiene con el sistema democrático y la idoneidad moral para el cargo. Como puede advertirse, hay muchos elementos en esta parte que pueden resultar altamente subjetivos. Sin embargo, es imposible pretender que una entrevista personal no tenga una dosis considerable de discrecionalidad.

Por dicha razón, creemos que los aspectos considerados sí guardan armonía con el perfil de magistrado constitucional que se busca, debiendo considerarse, en todo caso, que lo señalado no es un obstáculo para que se formulen preguntas de otra índole que tengan relación con el objetivo de elegir a los mejores jueces. Asimismo, no olvidemos que, para evitar algún exceso, se ha previsto que el reglamento debe establecer los criterios objetivos para calificar el requisito de solvencia e idoneidad moral (en este punto, como hemos sostenido antes, debe operar una corrección en el reglamento). Al respecto, debemos señalar que existe un antecedente donde se fijó criterios para la evaluación de las entrevistas, que corresponde al proceso de elección llevado a cabo el 2002, tal como se ha visto.

- e) *Valoración de los principios de igualdad y no discriminación, transparencia, imparcialidad y meritocracia.* Seguramente, estos son los aspectos que más se reclamaban, pues si algo caracterizó a los diez procesos de elección ejecutados hasta el 2020, es la falta de transparencia en el trabajo desarrollado por la comisión especial (con sesiones secretas, sin acceso a las actas de las reuniones, ni a los motivos de las calificaciones, etc.), la inseguridad manifiesta de priorizar los méritos objetivos de los candidatos y la falta de imparcialidad al momento de llevar a cabo las evaluaciones y las votaciones. No ha existido, siquiera, el respeto mínimo y permanente al trabajo presentado por la comisión especial, siendo posible que el Pleno decida sin importarle el orden de calificación al que había llegado la comisión especializada en la materia.

A partir de la vigencia de la modificación que venimos comentando, se deberá trabajar bajo el canon de la máxima transparencia y publicidad, priorizando como valor fundamental la meritocracia en las evaluaciones de los candidatos. Indudablemente, para cumplirse estos fines, es imperioso que el reglamento fije las características que harán eficaz estos aspectos, que van desde los mecanismos para acceder a la información que administra la comisión especial, hasta la fijación de los criterios y puntajes que corresponderán a las valoraciones que formulen los parlamentarios.

Mención aparte es el criterio que corresponde a la igualdad y no discriminación. Inicialmente, el dictamen previó el concepto de paridad, pero, ante la oposición de varios congresistas en la respectiva sesión plenaria, se varió al término por «igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres». No obstante, el texto sustitutorio final retiró también esta última denominación y solo se dejó el criterio de igualdad y no discriminación. Creemos que hubiera sido un avance significativo incorporar algún criterio de enfoque de género en la conformación del Tribunal Constitucional peruano, considerando que en toda su historia solo ha contado con dos magistradas, de un total de 46 miembros (desde la vigencia del

tribunal de garantías constitucionales). Además, ya existen experiencias extranjeras de tribunales constitucionales, como Colombia o Ecuador, cuya conformación incorporó acciones afirmativas para garantizar la participación del sector femenino.

En todo caso, somos de la opinión que en un futuro no muy lejano se puede establecer alguna reforma en ese sentido. Ya la discusión empezó y las condiciones en el Perú van siendo cada vez más auspiciosas. Basta mirar la conformación del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública o la reciente aprobación de la paridad y alternancia en las listas de candidatos de elección popular, aprobada por el Congreso de la República.

- f) *Publicación de candidatos aptos con informe motivado de los puntajes asignados, que contiene la propuesta que votará el Pleno. La votación es individual a cada candidato en orden de calificación.* Es adecuado que se haya dispuesto que el informe debe ser motivado, pero no en atención a márgenes de discrecionalidad, sino a los puntajes alcanzados por los postulantes. Esto tenderá a presionar a los miembros de la comisión especial a tener un nivel mínimo de compromiso con la justificación necesaria de sus calificaciones. Para estos efectos, el reglamento definió los respectivos criterios con los porcentajes o puntajes respectivos, ya que estos aspectos han sido previstos en la modificación y serán la garantía más importante para limitar la tarea de los parlamentarios

A la luz de las experiencias anteriores, también pensamos que es correcto haber definido que la votación del Pleno se deba producir de modo individual para cada candidato. En anteriores elecciones por convocatoria pública se utilizó la propuesta por ternas, con base en un inicial consenso en la comisión especial que no necesariamente se reproducía en el Pleno, frustrándose muchas veces la elección de la propuesta principal. Esta situación complicaba la elección, pues si bien había ternas alternativas, no se alcanzaban los votos requeridos y, al final de cuentas, se terminaba votando a los candidatos de modo personal, pues no se tenía la seguridad de que los bloques subsiguientes generarían la aprobación correspondiente.

Además, y es lo más relevante, el rechazo de la primera terna, que debe contener a los postulantes mejor calificados, implica que, de plano, se deja de lado el principio de meritocracia. En este sentido, es más que justificado que la votación definitiva se produzca en función del cuadro de méritos. Ahora bien, hasta aquí decimos que se garantizará la meritocracia si asumimos que los parlamentarios votarán priorizando dicho criterio; sin embargo, ello no necesariamente será así, pues si el primer candidato (el de mejor puntaje) no alcanza los votos, no será elegido ¿y qué implica ello? Que no habrá preferencia por el principio meritocrático.

Probablemente, se alegrará que el Parlamento es un órgano político por excelencia y que las decisiones se toman en función de la mayoría de votos, por lo que no habría afectación indebida al proceso; no obstante, valgan verdades, la posibilidad de no elegir a los mejores calificados contradice directamente el concepto más elemental de un concurso público de méritos. Si la decisión termina siendo meramente política, sin garantía de elegir a los candidatos que tienen el mayor mérito objetivo, luego de haber pasado un estricto filtro de

evaluación, entonces no tiene mayor relevancia que se titule al proceso como un concurso de méritos, pues su más genuina finalidad no está asegurada. De aquí que afirmamos que hubiera sido mejor mantener la denominación de convocatoria pública, antes que de concurso público de méritos. La realidad es que la decisión final corresponde a la votación del Pleno del Congreso, siendo que, en todo supuesto, los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo, porque así lo señala expresamente la Constitución (artículo 93).

Por otro lado, se ha establecido que, de no alcanzarse el mínimo de votos a favor, se hacen sucesivas propuestas. Esta posibilidad ya estaba prevista en la norma previa. La novedad de la modificación aprobada es que se impone que las propuestas se hacen en función del cuadro de méritos, situación que es coherente con el principio de meritocracia que se busca garantizar como pilar en el modelo de elección planteado. Finalmente, como no podía ser de otro modo, de no llegarse a aprobar ninguna propuesta, se implementará una nueva convocatoria.

- *La Contraloría General de la República examina las declaraciones juradas de los candidatos y entrega su informe a la comisión especial antes de la ejecución de las entrevistas personales.*

Se ha previsto una única intervención externa al Parlamento en el proceso de elección de magistrados constitucionales. La Contraloría General de la República recibirá y examinará la declaración de ingresos, bienes y rentas, y la declaración jurada para la gestión de conflictos de intereses de los postulantes. Si bien la intención de esta disposición es legítima, pues se quiere que el órgano especializado en la materia se encargue de hacer la evaluación de la fidelidad de las declaraciones juradas y de identificar con mejor criterio técnico posibles irregularidades o incompatibilidades que puedan descalificar razonablemente a un candidato, también es verdad que se está cometiendo una distorsión funcional, que puede ser inconstitucional.

La Contraloría General de la República es un órgano constitucionalmente autónomo y sus competencias fundamentales están previstas en la carta política (artículos 81, 82, 170, 107, 199), las que, además, se complementan con las atribuciones que prevé su respectiva ley orgánica. En este contexto normativo, no existe una sola habilitación para que la Contraloría se encargue de recibir, administrar o revisar las declaraciones juradas que hacen personas que no son funcionarios o servidores públicos. No debe desatenderse que los postulantes a magistrados del Tribunal Constitucional, mientras participan en el concurso público de elección, no tienen la condición de trabajadores estatales ni tienen vínculo formal con el Estado, que justifique la intervención de la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. En todo supuesto, se debió prever la respectiva modificación constitucional.

Lo anterior tiene fundamento, además, en tres hechos concretos. El dictamen aprobado por mayoría en la Comisión de Constitución y Reglamento inicialmente previó que el contralor general de la República, el defensor del pueblo y el presidente de la Junta Nacional de Justicia, actuarían en el proceso parlamentario de elección de jueces constitucionales en condición de observadores. Sin embargo, antes de llevado a cabo el Pleno, los tres indicados altos funcionarios remitieron comunicaciones al presidente del Congreso, advirtiendo incompatibilidades funcionales.

En efecto, el defensor del pueblo, mediante oficio,²⁴⁴ hizo presente al presidente del Congreso que el dictamen aprobado por la Comisión de Constitución, en la parte que lo coloca como observador en el proceso de elección, colisiona con las funciones constitucionales de la Defensoría del Pueblo (artículo 162 de la Constitución). Por ello, en virtud del principio de corrección funcional, no corresponde realizar una interpretación extensiva de las competencias de los órganos constitucionalmente autónomos, como es la Defensoría del Pueblo.

Por su lado, el presidente de la Junta Nacional de Justicia comunicó al presidente del Congreso²⁴⁵ que las funciones de sus miembros están previstas de modo taxativo en los artículos 154, 182 y 183 de la Constitución. Así, no tiene competencia para participar como observador o fiscalizador en el procedimiento de elección de miembros del Tribunal Constitucional. Preciso que esta elección es atribución exclusiva y excluyente del Parlamento.

Asimismo, el contralor general de la República señaló al presidente del Congreso²⁴⁶ que se precise los alcances del rol de observador de la Contraloría, indicando que el valor de esta función está en la fase de revisión y evaluación de la información patrimonial y socioeconómica que declaran los postulantes. Es decir, si bien no está en desacuerdo con actuar como observador, sí refiere cuál sería el límite de dicha función, ya que se debe respetar el marco legal de competencias institucionales.

A la luz de las posiciones de las referidas instituciones, el dictamen propuesto al Pleno del Congreso contó con un texto sustitutorio que retiró la función de observadores de los tres órganos y solo dejó a la Contraloría para que intervenga en la etapa de revisión de las declaraciones juradas de los candidatos. En todo caso, por las consideraciones antes expuestas, nos reafirmamos en la opinión de que esta intervención no es adecuada, dejando a salvo que se debió modificar la normativa constitucional y legal que establece las competencias del órgano contralor. No debe descuidarse que una eventual demanda de inconstitucionalidad podrá valorar el principio de corrección funcional, que *«exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales»*.²⁴⁷

- *Para la renovación de magistrados rige la mayor antigüedad en su designación o, en su defecto, la colegiatura más antigua.*

Este aspecto, sobre el que existía un vacío legal, ya se había previsto en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo²⁴⁸ que fue la causa del planteamiento de la cuestión de confianza que acabó con la disolución del Congreso en setiembre de 2019. Asimismo, es oportuno recordar que luego de la disolución parlamentaria, el expresidente de la Comisión Permanente del Congreso, Pedro Olaechea, comunicó al entonces presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume,

²⁴⁴ Oficio 180-2020/DP, de fecha 24 de junio de 2020.

²⁴⁵ Oficio 123-2020-P-JNJ, de fecha 24 de junio de 2020.

²⁴⁶ Oficio 000420-2020-CG/DC, de fecha 24 de junio de 2020.

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 12.

²⁴⁸ Proyecto de Ley 4847/2019-PE, presentado el 30 de setiembre de 2019.

que este último debía cumplir la Resolución Legislativa 005-2019-2020-CR (que no fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, como exige la ley), que designa al señor Gonzalo Ortiz de Zevallos como juez constitucional. En este oficio indicó que el citado candidato reemplazaría al magistrado con colegiatura profesional menos antigua, sin citar base legal alguna.

Como respuesta, el presidente del Tribunal Constitucional comunicó públicamente,²⁴⁹ además de que no procede la juramentación de Ortiz de Zevallos, que solo corresponde al Pleno del tribunal definir qué magistrado debe ser reemplazado si no se cubre todas las plazas vacantes.

Con tales antecedentes, la Comisión de Constitución y Reglamento decidió zanjar el asunto y definir que, para la renovación simultánea de magistrados, rige la mayor antigüedad en su designación o, en su defecto, la colegiatura más antigua. Esta posición fue dictaminada; sin embargo, antes de que se lleve a cabo la votación del Pleno congresal, la presidenta del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma, remitió una comunicación al presidente del Congreso.²⁵⁰ Allí, manifestó su desacuerdo con esta parte del dictamen, refiriendo que, por acuerdo del Pleno del tribunal, se decidió proponer al Congreso, en resguardo de la autonomía e independencia del colegiado constitucional, que sea el Pleno del tribunal quien decida el orden de reemplazo, como ha ocurrido de forma tradicional. Seguramente, esto, atendiendo al último antecedente de 2010 en que el juez Urviola Hani fue el único elegido y había dos plazas a reemplazar (César Landa y Juan Vergara). En esta ocasión fue el Pleno del Tribunal el que decidió en función de la antigüedad en el cargo.

A mayor abundamiento, la magistrada Ledesma declaró en los medios de comunicación que se debe priorizar una mirada funcional, pues «*si todos los magistrados han vencido sus mandatos, habrá alguno que quiera renunciar e irse, pero el Congreso le está obligando en cierta forma a quedarse*»,²⁵¹ Creemos que este argumento no es definitivo, pues la norma aprobada en nada impide que un magistrado con mandato vencido pueda renunciar si así lo decide, tal como ha ocurrido en los casos de los exmagistrados Ricardo Beaumont y Delia Revoredo en el pasado. No estamos de acuerdo en interpretar que la fórmula de reemplazo estimada por el Congreso obligue a los jueces constitucionales, cuyo período haya culminado, a permanecer en el puesto.

Además, el asunto de la precisión de los reemplazos ya había sido objeto de discusiones, a propósito de que el artículo 9 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, fija el orden de precedencias para efectos del protocolo: «*Vicepresidente y Magistrados por orden de antigüedad en el cargo y, en caso de igualdad, por el de mayor antigüedad en la colegiatura*». Al respecto, es pertinente revisar las posiciones de dos expresidentes del Tribunal Constitucional.²⁵²

²⁴⁹ En conferencia de prensa, de fecha 17 de octubre de 2019.

²⁵⁰ Oficio 054-2020-MLN/TC, de fecha 2 de julio de 2020.

²⁵¹ Ledesma en desacuerdo con criterio del Congreso para reemplazar de magistrados del TC por antigüedad, en: *RPP Noticias*, Lima, 4 de julio de 2020.

²⁵² TC: ¿Qué sucedería si el Congreso solo elige a dos o tres magistrados?, en: diario *El Comercio*, sección Política, Lima, 29 de setiembre de 2019.

Óscar Urviola, mencionó, en su oportunidad, que la precedencia se aplica, incluso, para hacer las votaciones: *«Primero votan los menos antiguos y hasta el más antiguo, luego el vicepresidente y al final el presidente. Eso está establecido en el reglamento y esa precedencia se computa desde la fecha que han ingresado al Tribunal Constitucional»*; por ello, refirió su conformidad con que el reemplazo de los magistrados se haga de dicha forma si el Pleno del tribunal así lo decide.

Una alternativa interesante, que fue planteada por el expresidente del tribunal, Víctor García Toma, es que se produzca el reemplazo por el número de votos que se obtuvo al momento de la elección, claro está, de menor a mayor. Es decir, una suerte de promover la continuidad de los jueces con «mayor legitimidad», ya que *«los que obtuvieron menor votación se van del cargo primero; y los de mayor votación se quedan»*. Sin embargo, precisó no estar en desacuerdo con considerar el sistema de precedencias, si no se logró renuncias voluntarias. Con base en su experiencia, señaló que, en sesión del Pleno del colegiado, se invita a los magistrados a expresar su deseo de retirarse del cargo por haber vencido el período respectivo, lo que ocurrió en su caso, pues él renunció.

Bajo tales ideas, creemos que la opción elegida por el Parlamento es válida. Si bien la posición del Pleno del tribunal es respetable, también debe observarse que, cuando ha tenido que decidir, no lo ha hecho con la sola libertad de la mayoría de votos, sino con la atención de criterios que siguen un orden, como bien lo han explicado sus anteriores ex titulares. En este sentido, haber fijado una fórmula razonable, con carácter obligatorio, siempre será un medio adecuado para generar predictibilidad y seguridad jurídica. Finalmente, no existe ningún factor determinante ni serio que avale la idea de que el extremo normativo aprobado afecte negativamente la autonomía del colegiado constitucional, menos cuando se trata de decidir sobre la continuidad de jueces que ya tienen mandato ordinario vencido.

- *Se incorpora los requisitos de no tener investigación preparatoria ni condena penal por delito doloso; tener reconocida trayectoria profesional, democrática y de respeto y defensa del orden constitucional; y solvencia moral.*

El requisito de no tener antecedentes procesales y penales es, sin duda, un asunto que puede resultar discutible, considerando que el principio-derecho de presunción de inocencia tiene valor constitucional. A diferencia de otros postulantes a distintas entidades constitucionalmente autónomas, como la Junta Nacional de Justicia, por ejemplo, el impedimento recae sobre aquellos que tienen sentencia firme, es decir, que hayan sido condenados y no haya posibilidad de impugnación. En el caso de los candidatos al Tribunal Constitucional, la tolerancia es sustancialmente más estricta. Son impedimentos tener una sentencia de primera instancia por delito doloso, aun cuando esta pueda estar en etapa de apelación y, por tanto, la decisión puede ser revertida en un futuro cercano. Incluso, se va más allá y se requiere no tener una investigación preparatoria en curso, es decir, que ni siquiera se cuente con una decisión judicial que declare la respectiva responsabilidad penal.

Creemos que este tipo de regulación debe ser observada en función de la finalidad que se persigue y a la categoría propia del rol que cumple el Tribunal Constitucional. La finalidad tiene que ver con un principio de coherencia con la necesidad de contar con un magistrado

técnicamente idóneo, pero también con conducta intachable y solvencia moral demostrada. Tanto es así, que la nueva normativa incorpora criterios que deben ser tomados en cuenta en la entrevista personal, que trascienden a una exclusiva evaluación de méritos académicos o profesionales, como es identificar la posición del candidato con relación a temas de relevancia nacional y el compromiso que se tiene con el sistema democrático y la idoneidad moral para el cargo. Entonces, se trasluce con la regulación anotada, un fin mayor que resguardar, que atiende al interés público de contar con un juez constitucional, que garantice en el nivel más alto un perfil impecable de magistrado; esto, evidentemente, frente a cualquier interés personal de reclamar un derecho como la presunción de inocencia. En todo supuesto, recuérdese que los derechos no son absolutos, y allí donde exista una justificación válida jurídica y constitucionalmente, no se presentará una arbitrariedad.

Ahora bien, debe tenerse presente que existe una tendencia normativa por incorporar límites similares a funcionarios públicos que ejercen una labor especialmente delicada, como es el caso de los jueces y los maestros, cuyas leyes de carrera pública, prevén impedimentos basados en antecedentes penales. Así también, y probablemente sea el caso más relevante, se tiene la reciente reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República, que establece la imposibilidad de postular a un cargo de elección popular para aquellas personas que cuenten con una sentencia condenatoria de primera instancia por delito doloso.

En consecuencia, creemos que este impedimento tiene un asidero razonable, que no solo guarda armonía con el requisito de contar con solvencia moral, sino también con un nivel deseable de complementariedad con los requisitos incorporados de tener reconocida trayectoria profesional, democrática y de respeto y defensa del orden constitucional, requisitos todos que se venían exigiendo hace mucho tiempo, a propósito de los negativos antecedentes presentados.

A la luz de lo reseñado, coincidimos en que la reforma de las reglas de elección de miembros del Tribunal Constitucional era necesaria. Los antecedentes ocurridos en sede parlamentaria evidenciaron la urgencia de poner límites al trabajo de evaluación, debiendo generarse condiciones mínimas que garanticen los principios de meritocracia y transparencia. La nueva regulación contribuye con estos objetivos, no obstante existir algunas inconsistencias como la controversia sobre un real concurso de méritos, el retiro de la modalidad por invitación o la extensión de competencias constitucionales de otros órganos públicos. Así las cosas, los beneficios de las nuevas reglas se apreciarán en la práctica.

Bajo el marco legal citado, el 17 de octubre de 2020 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución Legislativa del Congreso 006-2020-2021-CR, que aprobó el Reglamento para la selección de candidatas o candidatos aptos para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional.²⁵³ Es una norma que cuenta con un título preliminar, un artículo único y 11

²⁵³ En la norma se precisa que se tomó como fuente para su elaboración, «los estándares internacionales en materia de selección de altas autoridades de justicia, como los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de Naciones Unidas (ONU 1985), y las Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia: hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, 5 de diciembre de 2013); así como la Sentencia de Fondo del Caso Tribunal Constitucional vs. Perú (31 de enero de 2001) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)».

capítulos que integran un total de 41 artículos. Los principios que reconoce son: igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia (obligación de transmisión en vivo de las sesiones por todas las plataformas institucionales, procurando la transmisión por señales abiertas del Estado, en general), imparcialidad (decisiones en función de criterios objetivos) y meritocracia (incluye la idoneidad moral).

Se define que el proceso se desarrolla en dos fases: 1) selección de candidatos aptos, a cargo de la comisión especial, y 2) elección, a cargo del Pleno del Congreso. En la primera etapa, se prevén los siguientes pasos: Aprobación del cronograma; publicación de la convocatoria (contiene el cronograma y los requisitos formales para postular); presentación de la carpeta de inscripción; evaluación del cumplimiento de los requisitos formales; publicación de la lista de los postulantes que cumplieron los requisitos formales; presentación de tachas contra los postulantes; resolución motivada de las tachas;²⁵⁴ publicación de la lista de los postulantes aptos para la segunda etapa. Esta primera etapa culmina con la comunicación a la Contraloría de la lista de postulantes que deben presentar la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas, y de conflicto de intereses.

En la segunda etapa se evalúa las competencias de los candidatos aptos. Comprende: evaluación curricular; presentación del informe de la Contraloría sobre las declaraciones juradas; entrevista personal; evaluación y determinación del cuadro de méritos de manera segmentada, con puntaje individual por cada etapa y puntaje total, consignados en acta; publicación del listado de candidatos aptos, cuadro de méritos y el acta respectiva; entrega al presidente del Congreso del informe que contiene la lista de candidatos aptos y la motivación del puntaje respectivo.

Debe anotarse que, en el proceso indicado, se distinguen las exigencias para acreditar trayectoria académica, profesional (documentos y declaración jurada); proyección profesional y personal (declaraciones juradas); y solvencia e idoneidad moral (declaraciones juradas). Por otro lado, la etapa de evaluación de los postulantes aptos comprende la evaluación curricular y la evaluación personal. Se definen puntajes con un máximo de 100 puntos: Evaluación curricular (75 máximo y mínimo 50 para pasar a la siguiente etapa) y entrevista personal (25 máximo y mínimo 15 para pasar a la siguiente etapa). En caso de empate, define el criterio de mayor puntaje de solvencia e idoneidad moral de la etapa de entrevista personal. Evaluación curricular: Formación académica; experiencia profesional y labor de investigación en materia jurídica, y se aplica una tabla de evaluación. En la entrevista personal los aspectos a evaluar son: Solvencia e idoneidad moral, trayectoria profesional y proyección personal. La comisión especial puede considerar en esta etapa la realización de una prueba psicológica y psicométrica.

²⁵⁴ La notificación de la tacha al postulante, el descargo y la resolución se producen en instancia única, y la notificación de lo resuelto, debidamente motivado, se realiza dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles.



PARTE VIII

PROPUESTA DE REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA PARLAMENTARIO DE ELECCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.1. LA NECESIDAD DE REFORMAR EL SISTEMA DE ELECCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el análisis de los procesos desarrollados se puede afirmar, con certeza que, en el sistema de elección desarrollado hasta el 2020, el prestigio personal y la trayectoria profesional, académica y democrática, no fueron criterios definitorios. Con esto, no queremos decir que en lo que va del ejercicio de las labores del Tribunal Constitucional no hayamos contado con magistrados probos, sino que resaltamos que el empleo del modelo procedimental de elección en el Parlamento no revistió una garantía integral de un sistema técnico e imparcial, que procure designar a los mejores candidatos.

Parece que se olvidó que es un asunto medular la necesidad de contar con una destacada preparación técnica, en el entendido que *«los problemas constitucionales son muchas veces de una complejidad que requiere, para abordarlos, con garantías, una formación y una inteligencia natural de primer orden»*.²⁵⁵ Es apremiante entender que los magistrados constitucionales desempeñan un ejercicio de trascendencia para la transformación de la sociedad en materia de primacía constitucional y, sobre todo, protección de derechos fundamentales. La selección de un integrante del Tribunal Constitucional debe considerar que el elegido no solo debe contar una educación jurídica y especialización profesional que le permita asegurar un trabajo legalista, sino que debe estar formado en valores democráticos sólidos que garanticen una visión de la resolución de los casos con base en los principios constitucionales, los mismos que se sobreponen a un análisis estricto del texto literal de las disposiciones legales.

Reafirmamos que no es correcto tirar a la suerte, por virtud de la componenda política, la elección de juristas que decidirán sobre la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales en el más alto nivel, sino que es absolutamente necesario consolidar un procedimiento de elección adecuado, pero, sobre todo, eficaz, de tal manera que sea cumplido de forma irrestricta por los respectivos operadores, situación que, conforme a lo reseñado, no existe en los hechos.

En esta línea de ideas, coincidimos con lo referido por los magistrados Ramos Núñez y Blume Fortini, quienes, en su carta de renuncia a sus respectivas candidaturas a magistrados constitucionales, refirieron: *«si la elección es finalmente política, se deberían poner a todos los postulantes a consideración del Pleno, sin necesidad de formar una comisión de méritos»*. Este discurso, que resulta directamente lógico, refleja la intrascendente posición que cumplió la comisión especial, pues si su principal función es poner en práctica un proceso de evaluación de méritos, no es menos cierto que

²⁵⁵ Torres Muro, Ignacio. «Tribunal Constitucional: composición y funciones», en *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 176.

esta labor no solo no es vinculante ni concluyente en la etapa de la deliberación efectiva en el Pleno, sino que se convirtió en un reparto de cuotas políticas, donde la calificación del perfil deseable fue un asunto que, consideramos, pasó a segundo plano.

Es largamente contradictorio que se reconozca la presencia de un grupo de trabajo especializado para delimitar un catálogo de postulantes capacitados bajo el precepto de la meritocracia y, a la vez, que se relativice el valor de hacer una evaluación objetiva que garantice que los elegidos son los aspirantes más idóneos, sin tener el deber, además, de enunciar las respectivas razones (como ha ocurrido hasta el 2020). Lógicamente, estas condiciones no se pueden aceptar, ya que se engaña a los candidatos y a la ciudadanía, pretendiendo que estos crean que se ha cumplido con la ejecución de un proceso de elección con fundamento en el principio de meritocracia (concurso de méritos), cuando ello es falso.

Es un verdadero reto para el Parlamento entender que el fortalecimiento del colegiado constitucional es contrapuesto con una elección de sus integrantes que se lleva a cabo por la mera consigna, antes que por una calificación objetiva. El entorno peruano, que lamentablemente se identifica con aspectos como la parcialidad, subjetividad e informalidad, genera una situación altamente preocupante, cual es la falta de participación de connotados personajes del ámbito jurídico. Ya se ha advertido la presencia de denuncias de candidatos competentes para la función, pero también es verdad que esta situación es un desincentivo certero para que emblemáticos juristas especializados en derecho constitucional participen en los procesos o acepten invitaciones de los partidos, precisamente para no exponerse a un maltrato impropio, que termine afectando sus correspondientes trayectorias. Es decir, el reparto político termina produciendo un efecto perverso en la elección de jueces constitucionales, lo que se traduce en una excusa para desalentar la intervención de prestigiosos juristas que, con toda seguridad, de ser elegidos, no tendrían el deber mínimo de atender a presiones de ningún tipo.

Una elección que sea consecuencia del respeto irrestricto a los principios de transparencia, publicidad, imparcialidad y de observación del perfil idóneo del juez constitucional, hará posible robustecer la efectividad del control constitucional, como elemento sustancial en la cultura jurídica en su conjunto. No puede desatenderse que el Tribunal Constitucional es un colegiado de cierre y, por ello, formalmente infalible, pero solo será verdaderamente supremo si se carga de autoridad y razones materiales para serlo, no bastando con afirmar una superioridad formal o jerárquica.²⁵⁶ Considerando los problemas presentados en el caso peruano, es urgente que se recapacite sobre la estimable responsabilidad que cumplen los componentes del tribunal, estando más vigente que nunca el razonamiento del profesor Zagrebelsky, en el sentido de que «*la vida del colegiado depende de sus miembros, de sus talentos, experiencias y puntos de vista individuales, de su trabajo común y de la distancia de los condicionamientos externos*».²⁵⁷

²⁵⁶ García Roca, Javier. Op. Cit. p. 114.

²⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, p. 15. Madrid: Trotta, 2008.

8.2. LOS ELEMENTOS DE LA REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA DE ELECCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.2.1. El reglamento especializado y la evaluación objetiva

Si bien era necesario aprobar un reglamento del proceso de elección de magistrados con criterio de especificidad para la modalidad de convocatoria pública, es verdad que este debe ser reforzado con una composición adecuada y plural de los integrantes de la comisión seleccionadora que lo aplicará. Creemos que se debería mantener las dos modalidades de elección (convocatoria pública o invitación) y en ambos casos priorizar el criterio fundamental de meritocracia en el marco de un proceso que genere incentivos ciertos para que participen los juristas de la mayor autoridad profesional y académica.

Ya, en su momento, el propio Tribunal Constitucional tuvo la sensatez, refiriéndose al derecho de acceso a la función pública, de desarrollar los alcances de la meritocracia en la administración pública. En tal sentido, nada obsta a que dicha jurisprudencia sea aplicada, en lo que resulte adecuado, a los procesos de elección de sus miembros. Consideramos que la pauta emprendida por el colegiado debería resultar un factor de ineludible observancia a la hora de calificar los aspectos que den sustancia al requisito de la reconocida competencia o trayectoria profesional, que, en su caso, debe incorporarse en la propuesta de reforma constitucional sobre los requisitos mínimos para ser miembro del Tribunal Constitucional:²⁵⁸

«El derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas».

Asimismo, en todo supuesto, la evaluación objetiva (que comprende los aspectos medibles como los grados profesionales, los años de experiencia laboral, las investigaciones, los reconocimientos, la especialización, etc.) en todos los casos debe tener un valor muy superior a la evaluación subjetiva (que comprende las entrevistas personales). No se puede dejar al libre arbitrio de los parlamentarios, la decisión de emitir puntajes subjetivos que resulten definitorios, pues, como se ha visto, esto genera una elección directamente inconsistente con la alta legitimidad con la que debe contar la corporación.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 00025-2005-PA/TC, fundamento jurídico 50.

8.2.2. El principio de transparencia

Como se ha estudiado, es de ineludible atención establecer los mecanismos que garanticen la máxima transparencia en la elección. Para ello, no basta con que la comisión especial se encargue de solicitar información sobre los candidatos a las entidades públicas y privadas relacionadas con sus actividades profesionales y económicas, también es preciso generar medidas que motiven la participación ciudadana.

Para ello, es conveniente mirar las experiencias de Colombia (intervención del presidente de la república) y Chile (intervención de la Corte Suprema) y recoger algunos aspectos que pueden resultar convenientes para lograr el efecto deseado en nuestra realidad. En principio, se deben implementar dispositivos de acceso inmediato a la información sobre los candidatos. Toda la documentación que obre en el seno de la comisión referida a los aspirantes debe estar ingresada en el respectivo vínculo virtual que el Congreso de la República debe habilitar para la comisión especial. No debe olvidarse que esta información tiene, ante todo, naturaleza pública, pues es administrada por una entidad estatal, siendo que como tal se encuentra dentro de los alcances de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Se ha advertido a lo largo de la investigación que las instituciones de la sociedad civil o ciudadanos presentan observaciones o reclamos a ciertas candidaturas y, estas no son tramitadas como tachas, por no haber obligación de reconducirlas, pese a que persiguen un fin similar. Esto, además, refleja que no existe una idea generalizada de la existencia de tachas y del procedimiento que implica su presentación. Considerando que las tachas son un mecanismo que contribuye a la eficacia de una decisión idónea, debe incorporarse una regulación con criterio de amplitud en la posibilidad de atención que deba hacer la comisión especial, permitiendo reconducciones, que superen una estricta formalidad y aseguren, en todos los casos, una respuesta a los recurrentes.

Las tachas son un mecanismo válido y eficiente para asegurar la participación de la sociedad civil en el proceso de elección y, por tanto, de legitimación de los nuevos miembros del Tribunal Constitucional. Creemos que es conveniente establecer algunas causales expresas para tachar, que tengan que ver con la incompatibilidad entre los requisitos y antecedentes del aspirante y la función a cumplir. Esto permitirá una mejor orientación para los ciudadanos. Sin embargo, esta regulación debe cumplir un fin eminentemente orientador para los ciudadanos y las organizaciones sociales, debiéndose, en todo caso, dejar una cláusula abierta final para efectos de que se puedan identificar nuevos casos que razonablemente justifiquen un cuestionamiento a la correspondiente candidatura.

Atendiendo, a la naturaleza de las tachas, se debe permitir la acumulación de las mismas (con base en el candidato, la materia o los hechos presentados) y, como se ha advertido, la respectiva reconducción. El pronunciamiento obligatorio de la comisión especial configura un elemento de la garantía de la debida motivación en el marco del principio del debido proceso, en tanto valor transversal de la actuación de todos los órganos de la

administración pública. Al mismo tiempo, se debe publicitar este mecanismo y generar las condiciones complementarias para su utilización, como la oportuna publicación de la lista de candidatos y la correspondiente documentación de los mismos.

Ahora bien, la publicidad de las entrevistas y el acceso a la información del desarrollo del proceso de elección debe ser garantizada en la norma. Todas las sesiones de la comisión especial y las votaciones con identificación de sus miembros deben desarrollarse en sesiones públicas. No se debe permitir en ningún caso que se lleven a cabo sesiones reservadas ni que se dejen de transcribir oportunamente las respectivas actas de las sesiones.

Por ello, es correcto incorporar la obligatoriedad de hacer entrevistas y hacerlas públicas, sobre todo, cuando el Congreso tiene un canal de televisión propio y este tipo de selección es de manifiesto interés general. Las comparecencias públicas aportan a la garantía del principio de transparencia que debe regir en todos los procedimientos estatales. No es consistente limitar esta práctica y, por el contrario, su institucionalización siempre es favorable para el régimen democrático. Debe atenderse a que la introducción del *hearing*, como sucede en los Estados Unidos:²⁵⁹

«no deja de ser un factor positivo, por la oportunidad que se abre para conocer la personalidad jurídica y la dimensión institucional que ofrece el candidato. A los diputados y senadores miembros de la comisión competente les ha de corresponder la misión de indagar en el pensamiento jurídico y el compromiso con los valores constitucionales del candidato a magistrado (...)».

Las trayectorias y méritos, así como la independencia profesional en el comportamiento de los candidatos, debe reflejarse en la confección definitiva de la lista de aspirantes aptos, lo que solo puede ocurrir como consecuencia de un trabajo riguroso y transparente por parte de la comisión especial encargada de la propuesta de magistrados.²⁶⁰ Para estos efectos, consideramos que una entrevista personal a los candidatos, que sea pública, comprende un aspecto importante no solo para arribar a una decisión con mayor conocimiento por parte de la comisión especial, sino que, a la par, contribuye al acercamiento del candidato con la población.

Si bien siempre se ha cuestionado las entrevistas por el riesgo de que los candidatos puedan ser maltratados, debe decirse que esta situación deberá ser corregida con una nueva conformación de integrantes de la comisión especial, tal como detallaremos más adelante. En todo supuesto, debemos ser categóricos en señalar que las entrevistas, atendiendo al principio de transparencia y a la alta legitimidad del colegiado, deben

²⁵⁹ Carrillo, Marc. «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Marc Carrillo (coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 85

²⁶⁰ Sosa Wagner, Francisco. «Jueces e independencia. Propuestas de reforma del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional», en *La reforma del Estado de partidos*, Garrido López y Sáenz Arroyo (coordinadores), 2016, p. 149. Madrid: Marcial Pons.

ser parte de los procesos de elección en un contexto de publicidad absoluta, lo que determina la naturaleza pública de las audiencias y su difusión en directo por parte de los medios de comunicación que administra el Estado

8.2.3. El requisito de la trayectoria democrática y la conducta intachable

La reforma de 2020 incorporó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el requerimiento, para ser magistrado, de «tener reconocida trayectoria profesional, solvencia e idoneidad moral, y probada trayectoria democrática de respeto y defensa del orden constitucional». A pesar de estar de acuerdo con esta modificación, creemos que lo propio debería ocurrir con la respectiva norma constitucional que establece los requisitos para ser miembro del tribunal.

Debe tenerse presente que la Constitución de 1979 estableció en su artículo 297: *«Para ser miembro del Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos (...)»*; no obstante, la carta política de 1993 suprimió este último requisito sin mayor motivación válida que la suspicacia generada por una norma que fue producto de un golpe de Estado.

En ese sentido, la modificación de 2020 es un avance en el nivel legislativo, porque complementa el artículo 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que instituye como impedimento para ser magistrado haber ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto. Efectivamente, dicho artículo era insuficiente, ya que una conducta antidemocrática no se agota en el ámbito de un gobierno de facto. Sin embargo, la regulación de los requisitos está prevista en la carta constitucional y esta situación no debe ser desatendida, sobre todo, si se toma en cuenta los principios de seguridad jurídica y del debido proceso. Es pertinente mencionar que, en su oportunidad, la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)²⁶¹ postuló la modificación del artículo 201 de la Constitución en los siguientes términos: *«Para ser magistrado del Tribunal Constitucional se requiere los mismos requisitos que los jueces de la Corte Suprema, tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos fundamentales»*.

En todo supuesto, es preciso entender que el principio democrático es el elemento configurador por excelencia del esquema orgánico y funcional del Tribunal Constitucional, por lo que la acreditación de una comprobada vinculación y un manifiesto conocimiento de los valores que comprende dicho principio, resultan de impostergable observación.

Además, es justificado adoptar una posición progresiva de reforma constitucional, que incorpore, además, el requisito de *conducta intachable* en el perfil de magistrado, como exigencia de contar con solvencia o capacidad moral. Es ineludible que, al mismo tiempo

²⁶¹ Plan Nacional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia de la CERIAJUS de 2004. CERIAJUS fue la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, creada mediante Ley 28083, publicada el 4 de octubre de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

de contar con exigencias de especialidad o reconocida competencia profesional, los integrantes del colegiado cuenten con el respaldo de una conducta personal y social con valores sólidos, claramente identificables por la ciudadanía. Al respecto, es oportuno citar al expresidente del Constitucional peruano, César Landa:²⁶²

«(...) no es suficiente que los candidatos a magistrados constitucionales tengan las cualidades de imparcialidad y especialidad. Se requiere también cualidades personales y humanas. Esto significa una profunda formación en principios éticos personales, como la justicia, sabiduría, moderación, tolerancia, pluralismo, humildad intelectual y capacidad de trabajar en equipo (...).»

En este escenario, es razonable considerar la incorporación constitucional del requisito de conducta intachable, para lo cual es acertado recurrir a algunas fuentes que ya existen y que pueden ser útiles al momento de evaluar esta exigencia. Así, será inaplazable recurrir a la propia interpretación constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional. Si bien no tenemos una jurisprudencia específica que aborde la determinación de los alcances de conducta intachable o solvencia moral, sí es verdad que mediante sus precedentes y doctrina jurisprudencial ha delineado diversos conceptos sobre el particular.

En ese sentido, el colegiado constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las conductas de los funcionarios públicos que resultan contrarias a la moral y, por tanto, reprimibles, limitando el concepto al interés público y a la legitimidad social. Según ello, y para efectos de la aplicación de sanciones en este ámbito, ha referido que *«el incumplimiento de deberes del funcionario, como particular, pero en relación con la res publica puede hacer perder confianza en la ciudadanía respecto del adecuado ejercicio de la función pública (...), por lo que no resulta apto moralmente para imponer a los demás la contribución al bien público»*.²⁶³ Así, no todas las conductas resultan sancionables, sino solo aquellas *«que resulten institucional y funcionalmente nocivas, y que sean desplegadas en el ámbito de lo público, pues ello se encuentra en la posibilidad real e inminente de perjudicar la imagen de la institución»*. Todo esto, claro está, considerando los alcances de lo que se debe entender por interés público, en tanto *«aquello que beneficia a todos; (...) al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público»*.²⁶⁴

Del mismo modo, es oportuno recurrir a la norma más cercana sobre un concepto tan indeterminado como la moral, como es la ética; nos remitimos a la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, cuyo artículo 8 refiere prohibiciones como mantener intereses de conflicto, mantener relaciones o aceptar situaciones en cuyo

²⁶² Discurso del doctor César Landa Arroyo con ocasión de asumir la presidencia del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 15 de diciembre de 2006.

²⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 03485-2012-PA/TC, fundamento jurídico 34.c, fs. 24.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 11.

contexto sus intereses personales, pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo. Su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 033-2005-PCM, en el artículo 5, destaca la importancia de «*generar la confianza y credibilidad de la comunidad en la función pública y en quienes lo ejercen*».

Es decir, se vislumbra una orientación nuevamente hacia la incompatibilidad entre la conducta realizada y la función que se desempeña. La inconsistencia, en este caso, se refiere a la contraposición entre los intereses personales y los intereses públicos, cuyo escenario de posibilidades es amplio. Igualmente, persiste la verificación de una pérdida de legitimidad a través de la utilización de valores como la confianza y la credibilidad por parte de la población, aspectos ambos que deben estar vinculados necesariamente con el ejercicio del cargo.

Bajo dichas ideas, resulta siempre vigente lo manifestado, en su oportunidad, por el profesor Piero Calamandrei: «*Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe*». ²⁶⁵ Ello resulta razonable, pues la legitimidad es un asunto de primera importancia que debe abrigar la existencia y desarrollo de la institución jurisdiccional, teniendo en cuenta los alcances de sus decisiones en el ámbito del sistema de limitación del poder y de la protección final de los derechos fundamentales.

De otro lado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (TC), artículo 16 numeral 3, dispone que el cargo de magistrado vaca por «*incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función*». Además, el artículo 19 literal 12 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional establece que es obligación del magistrado «*Mantener conducta personal ejemplar*». Es decir, ya la legislación vigente sobre la organización y funciones del colegiado, prevé estos aspectos para el desarrollo del cargo, razón suficiente para plantear objetivamente la necesidad de regular lo propio para el acceso a la función, pues una medida preventiva siempre configurará una solución más eficiente que una respuesta posterior sancionatoria, más en el caso del tribunal, cuyas decisiones tienen incidencia en la supremacía constitucional y son de carácter definitivo.

Un caso sobre la materia visto en esta instancia es el que corresponde al pedido de vacancia por incapacidad moral contra el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña. La petición fue promovida por el magistrado José Luis Sardón, debido a que el primero consignó, en su hoja de vida remitida al Congreso, tener el grado de doctor, lo que fue negado por la respectiva universidad. El miembro de la corporación reconoció no ser doctor y que se trató de un «*error de tipeo*». Finalmente, la petición se desestimó por no alcanzar el mínimo de votos. Debe anotarse que en este tipo de procedimiento el asunto es más célere y no necesariamente implica que se tenga que elaborar un informe debidamente sustentado,

²⁶⁵ Calamandrei, Piero. *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Buenos Aires: Ejea, 1989, p. 261.

pues la cuestión se plantea y los magistrados votan, incluso no hay impedimento para que vote el juez que solicitó la vacancia.

Pese a que se puede cuestionar si dicho trámite cumple con el debido proceso, es menester advertir que la gama de posibilidades para calificar una acción como incapacidad moral es amplia, pues como se aprecia en el caso expuesto, la petición se refería a un solo acto, el que podría revestir gravedad, porque la consignación de datos falsos en un documento presentado ante una entidad pública configura un delito, más aún si dicha documentación se presenta como requisito para postular al cargo de miembro del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, es pertinente mencionar algunos aspectos considerados en los procesos sancionatorios del desactivado Consejo Nacional de la Magistratura, puntualmente en un pronunciamiento²⁶⁶ donde se establecen algunos elementos a destacar respecto de lo que califica a la incapacidad moral: 1) la suma desconfianza ciudadana de la capacidad moral del funcionario puede afectar gravemente la institucionalidad y credibilidad de la entidad, 2) el análisis de la incapacidad moral es un asunto complejo, pues se debe valorar el impacto social de que el funcionario ejerza el cargo y 3) la valoración no solo es de los hechos y las pruebas, sino también del principio de legitimidad social de las instituciones tutelares. En efecto, se debe resaltar la descripción de la oportunidad en que se comete la conducta cuestionada, contenida en la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura 2010-2015-PCNM:

«La capacidad moral constituye un atributo de la personalidad que se construye a lo largo de toda una trayectoria de vida ciudadana, como una condición espiritual permanente que debe perdurar en el tiempo, desde antes de ser elegido, durante la elección y mientras se ejerza el cargo respectivo».

Precisamente, para ser elegido miembro de la Junta Nacional de Justicia, órgano que reemplazó al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) se exige tener reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral, según el artículo 156 numeral 6) de la Constitución. Debe recordarse que esta disposición fue incorporada vía reforma constitucional (Ley 30904, del 10 de enero de 2019), luego de haberse comprobado la necesidad de contar con consejeros probos, pues varios de los últimos que integraron el desaparecido CNM estuvieron comprometidos en graves casos de corrupción.

Así las cosas, se puede afirmar que la solvencia de la conducta de un magistrado constitucional no se resume en sus calidades profesionales ni se inicia con el desempeño del cargo, siendo necesario que la evaluación que se haga sobre este asunto sea consecuencia de las más escrupulosa investigación y apreciación social de la persona. La evaluación de la solvencia moral, la conducta intachable o la trayectoria democrática,

²⁶⁶ Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura 2010-2015-PCNM, del 13 de noviembre de 2015. Caso del exconsejero Alfredo Quispe Pariona, quien fue vacado del cargo por incapacidad moral, por haber reconocido realizar «actos inmorales» con el rector de una universidad privada, negociando la recategorización de estudiantes y beneficiándose económicamente.

no se restringen al ámbito de la mera conveniencia y oportunidad coyuntural (análisis político), los intereses en conflicto deben estar acreditados y la desconfianza y falta de credibilidad ciudadana se debe referir a la afectación de la institucionalidad de la entidad, no siendo relevante si las inconductas se cometieron antes de asumir el cargo, sino si las mismas tienen influencia objetiva en el desempeño de la función.

La conducta intachable y la trayectoria democrática son conceptos indeterminados, sin embargo, persiste en sus casos un grado de indeterminación válido constitucionalmente, ya que su aplicación se produce en casos de gravedad, donde se identifican colisiones entre conductas personales y la labor desempeñada, que no pueden establecerse con criterio de especificidad en razón de la amplitud y dinámica de aspectos como el interés público, el conflicto de intereses o la legitimidad social. Esta premisa permite que, según la casuística, se puedan valorar particularidades, teniendo en cuenta la máxima de que quien se vincula con el Estado, al punto que lo representa, debe de procurar patrones de cuidado más rigurosos que cualquier ciudadano en el ejercicio de su libertad. Es decir, debe tenerse presente que su conducta no se resume en la mera literalidad de la norma disciplinaria, sino que atiende a los fines de su función, los que tienen que ver con principios constitucionales que trascienden al plano legal positivo.

Según lo desarrollado, se aprecia que dicha indeterminación no queda al libre arbitrio del órgano decisor de la sanción, pues este se debe apoyar en razonamientos contenidos en fuentes válidas que, aun cuando no pueden ser formalmente vinculantes, resultan pertinentes de aplicación por la naturaleza del fin perseguido: interés público de asegurar una jurisdicción constitucional idónea. Al respecto, el profesor Bernal Pulido²⁶⁷ señala que la indeterminación normativa se proyecta sobre todas las demás normas que no han sido directamente estatuidas, siendo que la validez de estas normas adscritas debe ser fundamentada. Entonces, conceptos jurídicos indeterminados, como conducta intachable o trayectoria democrática, por ejemplo, no violentan el principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador, pues la debida justificación en el caso concreto hace ver que no es razonable exigir *a priori* que estén previstas todas las conductas que comprenden el concepto.

En esa lógica, es apropiado concluir que la indeterminación no puede habilitar, en ningún caso, la eficacia de actuaciones que no tomen en cuenta la vinculatoriedad de los postulados constitucionales vigentes, los que en muchos casos han sido desarrollados válidamente en el marco del ordenamiento jurídico peruano. Lo que no debe ocurrir es dejar de considerar los criterios señalados en la elección, de tal suerte que se erradique al máximo la experiencia negativa, que bien hizo recordar, en su momento, el expresidente del Tribunal Constitucional peruano, César Landa:

²⁶⁷ Bernal Pulido Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 103-105.

*«hemos tenido la repartija en el 2013, en el 2007 se nombró un abogado celebrando con un socio de (Vladimiro) Montesinos y, antes, un magistrado del Tribunal purgó ocho años de cárcel durante la época de cautiverio del Tribunal. Entonces, la historia del TC en momentos determinados ha sido de copamiento, destrucción».*²⁶⁸

8.2.4. La continuidad de la intervención del Parlamento y la reforma de la comisión especial seleccionadora

Como se ha mencionado antes, es importante establecer mecanismos para incentivar la participación de los juristas de mayor prestigio en el ámbito constitucional. Lamentablemente, como se ha relatado, se advierte que el Congreso de la República no ha otorgado prioridad a los congresistas con formación jurídica para que integren la comisión especial ni tampoco ha procurado la estricta participación de representantes con solvencia moral.

Pese a ello, nos mantenemos firmes en sostener que la competencia del Parlamento para definir la composición del Tribunal Constitucional es una medida válida, que tiene fundamento en la alta legitimidad con la que debe contar dicho colegiado. No solo el planteamiento inicial de Kelsen previó esta alternativa, sino que, además, es replicada por los principales tribunales constitucionales del mundo. Si bien no en todos los casos el monopolio de la elección lo tiene el Poder Legislativo, sí es verdad que su participación es protagónica.

Además, aun cuando el Tribunal Constitucional es una entidad con validación del poder constituyente, despliega su actuación en el orden político republicano y democrático, lo que incluye el balance entre los poderes. En tal entendido, su preponderante posición en este escenario siempre estará expuesta a la crítica de carencia de legitimidad democrática que «identifica» a los órganos jurisdiccionales, en oposición a la autoridad del Poder Legislativo, cuya legitimidad proviene directamente de un respaldo mayoritario, tanto de su elección como de sus decisiones ordinarias. Por ello, una correcta solución de conciliar la naturaleza «contramayoritaria» del tribunal para hacer control constitucional a los poderes públicos es, precisamente, la participación sustancial del órgano legislativo en su conformación, pues esta intervención refuerza un anclaje democrático indirecto entre el colegiado constitucional y el principio mayoritario que representa el Congreso.

En ese sentido, creemos que la solución al problema de la politización de la designación de magistrados no se encuentra en el retiro del Congreso, ni en desconcentrar la elección en todos los poderes del Estado. De hecho, en el Perú ya hemos contado con un colegiado elegido por los tres poderes y el resultado, como hemos visto, no fue precisamente el esperado. Asimismo, en los modelos extranjeros que hemos revisado, se ha podido advertir que los cuestionamientos al reparto de cuotas partidarias o a la injerencia política

²⁶⁸ César Landa señaló que es constitucional que el Ejecutivo elabore un proyecto sobre el TC, en: diario *Correo*, Lima, 29 de setiembre de 2019.

en la elección, se desarrollan en procesos donde participa más de un órgano público, ya sea mediante propuesta, ratificación o directa designación. Al respecto, debe precisarse que no existe justificación objetiva para sostener que la participación del presidente de la república o del propio Poder Judicial garanticen una elección menos politizada.

En todos los casos estudiados, incluido el caso peruano, se traslució que la normativa no era suficiente para limitar el poder discrecional de los órganos competentes en el proceso de elección. Por ello, reafirmamos que el poder del Parlamento, o de cualquier otro órgano de la administración pública, en la elección requiere de límites legales en materia de fijación de criterios y puntajes, así como una máxima garantía de transparencia y promoción de la participación ciudadana.

El asunto central en el modelo de elección de jueces constitucionales está en garantizar desde el inicio su alta legitimidad, la que, por supuesto, se fortalece con la participación de un poder manifiestamente representativo de la población. Como es natural, este poder está integrado por personas o grupos con intereses diversos, en consecuencia, la discusión debería centrarse en el examen e implementación de mecanismos que den la seguridad de que el Congreso tomará la mejor decisión, atendiendo al objetivo mayor, que es la garantía de una jurisdicción constitucional suprema idónea.

Bajo tales ideas, consideramos que se debe establecer una nueva conformación de los integrantes de la comisión especial encargada de seleccionar a los miembros del Tribunal Constitucional. Si el Congreso, mediante la votación del Pleno, elegirá a los magistrados, debe mantenerse la conformación de una comisión especial de evaluación que, además, de cumplir el encargo oportunamente (sin prórrogas de plazo inconstitucionales), debe configurar la principal fuente de pluralismo, objetividad, tecnicismo, imparcialidad, transparencia y competencia autorizada sobre la materia.

Hemos apreciado que, en modelos abiertamente distintos, como el alemán y el estadounidense, que propugnan el protagonismo de un solo poder público en la elección de los máximos jueces constitucionales, existe un sistema de acceso a la participación de otros poderes e, incluso, indirectamente de la sociedad civil. En Estados Unidos el Parlamento no solo debe aprobar la decisión del presidente de la república, sino que, además, se consulta al presidente de la Suprema Corte sobre la idoneidad de los candidatos y al correspondiente colegio de abogados, presentándose, asimismo, una apreciable discusión en los medios de comunicación y en la sociedad en general. En Alemania, si bien la elección se produce solo en el Poder Legislativo, debe recordarse que lo normal es que el procedimiento de selección empieza con la elaboración de unas listas por parte del Ministerio Federal de Justicia, donde una de ellas contiene a los postulantes propuestos por el Gobierno Federal o por un Gobierno regional, igualmente, ante el vencimiento del plazo de renovación, el respectivo comité electoral del *Bundestag* insta al Tribunal Constitucional a presentar propuestas.

En el caso de Colombia y Chile también la actuación del Parlamento termina desarrollándose en un ámbito de cooperación, pues si bien en Colombia elige el

Parlamento, lo hace en función de las propuestas de tres órganos públicos (Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Consejo de Estado), mientras que en Chile la decisión de designación se hace de forma directa por parte de los tres poderes del Estado. En ambos casos la participación de la sociedad civil se procura mediante algunos mecanismos de transparencia que, como hemos visto, aún no se han terminado de consolidar.

Entonces, es una realidad que la selección de magistrados en la actualidad responde a una tendencia deseable por permitir la máxima pluralidad en la decisión final, lo que entendemos, tiene relación con la necesidad de fortalecer la legitimidad constitucional del tribunal, atendiendo al alto impacto de sus resoluciones. En ese sentido, la realidad legislativa de desarrollo constitucional peruana (reglamento de la comisión especial encargada de la elección) no guarda conformidad con una normativa adecuada al principio de pluralismo, como fuente del régimen democrático.

Así, proponemos que la comisión especial de elección de magistrados del Tribunal Constitucional esté integrada por representantes de diversos órganos del sector público y de la sociedad civil, ejerciendo la presidencia de dicho grupo de trabajo el presidente del Congreso. Los órganos elegidos deben ser aquellos cuya labor esté directamente vinculada con el sector Justicia y con la defensa de los derechos fundamentales. Entre los órganos públicos deben participar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (que ejercería la representación del Poder Ejecutivo), la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Junta Nacional de Justicia. Entre las instituciones de la sociedad civil se debe convocar a la representación de las facultades de Derecho de las universidades del país y de los colegios de abogados.

Los órganos públicos indicados, a efectos de garantizar el más amplio pluralismo, cuentan con la característica de ser constitucionalmente autónomos, lo que implica que no están adscritos a otras instituciones. Del mismo modo, el criterio técnico se refleja en que el valor fundamental de la participación responde a su actuación en el campo de la justicia y los derechos fundamentales, siendo, por ejemplo, adecuado que el representante del Ejecutivo sea el Ministerio de Justicia. En el caso de las instituciones civiles, se ha previsto la participación de las entidades que garantizan, por un lado, la formación académica jurídica de los candidatos (facultades de Derecho de las universidades) y, por otro lado, el desempeño ético y profesional de los eventuales magistrados (colegios de abogados).

En el caso de los órganos públicos, los representantes deben ser los titulares respectivos, atendiendo a la importancia del encargo. En cuanto a las entidades de la sociedad civil, los colegios de abogados estarían representados por el decano que presida la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú. El caso de las facultades de Derecho es más complejo, pues si bien antes la representación universitaria en las comisiones del Parlamento estaba a cargo de la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), esta fue desactivada y hoy existe la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), que es un órgano adscrito al Ministerio de Educación, por lo que no es autónomo en los términos de la pretensión de la propuesta.

En tal sentido, y considerando que no existe una red formal o entidad que agrupe a las facultades de Derecho a nivel nacional, planteamos que la representación sea de dos autoridades: el decano de la Facultad de Derecho de la universidad nacional más antigua y el decano de la Facultad de Derecho de la universidad privada más antigua. Con el fin de garantizar el mayor pluralismo en todas las etapas, estos decanos, previamente a su participación en la comisión especial, deben coordinar reuniones con los decanos correspondientes a nivel nacional a efectos de recibir recomendaciones o propuestas debidamente sustentadas, así como información útil para el trabajo de evaluación. De esta manera, los decanos representantes, a través de su función de coordinación con los demás decanos de facultades de Derecho del país, también incentivarán el interés de la comunidad universitaria respecto de la importancia que reviste la elección de magistrados constitucionales.

Este tipo de participación seguramente promoverá, con el paso del tiempo, la integración de las facultades de Derecho para generar conciencia sobre el tema y la iniciativa de regular un procedimiento interno, que prevea mecanismos de discusión democráticos. Esto tenderá a fortificar la necesaria cultura constitucional en la sociedad, lo que, con mayor razón, se debe incentivar en la formación de los profesionales del Derecho.

Por lo expuesto, la comisión estaría integrada por nueve miembros, seis representantes del Estado y tres de la sociedad civil. El número impar no solo procura una elección más ágil, sino que también permite utilizar en menor medida el voto dirimente o doble del presidente de la comisión, con lo que se tiene una elección más democrática. La presidencia, que debe recaer en el presidente del Congreso, se sustenta en el hecho de que es el titular de la entidad y que, en principio, representa al Parlamento y no a su bancada política de modo particular, como sí ocurre hoy, donde la intervención de los miembros de la comisión especial responde a las cuotas de los grupos parlamentarios, lo que, como se ha comprobado, distorsiona los fines de la elección.

Con el ánimo de implementar un modelo eficiente que supere los problemas del actual sistema, se deben imponer dos aspectos adicionales: la exigencia de la votación favorable de los dos tercios del número de miembros y la vinculatoriedad de votar solamente las propuestas que haga la comisión especial, siguiendo el procedimiento regular.

En el primer caso, como se ha desarrollado anteriormente, persiste la necesidad de que los seleccionados sean los juristas de mayor prestigio, al punto que generen un consenso irrefutable, por lo que resulta coherente que, desde el primer filtro del proceso, que es el trabajo de la comisión especial, se exija la más alta mayoría calificada que prevé el estatuto parlamentario, cual es la votación favorable de dos tercios del número de miembros. En el segundo caso, considerando que las listas presentadas por la comisión especial al Pleno terminan siendo relativizadas, se debe establecer que el Pleno solo puede votar la propuesta formulada por la comisión especial. Con ello, se evitará que los «consensos» de último momento se impongan sobre el trabajo desplegado por dicho grupo de trabajo. De no alcanzarse la votación en el Pleno, la comisión seguirá proponiendo, según sea el

caso. Es imperativo que el trabajo de la comisión se respete, primando el trabajo objetivo sobre cualquier interés de orden político.

Finalmente, debe señalarse que las competencias del Parlamento con una propuesta como la expuesta no son disminuidas, pues a la postre es el Pleno del Congreso (máxima instancia parlamentaria) el que votará la decisión final. Asimismo, la intervención de otros sectores en las comisiones parlamentarias es una práctica más que común. No solo los organismos públicos y privados son consultados para emitir opinión sobre los dictámenes que elaboran las comisiones ordinarias, sino que participan en las sesiones y sus alcances forman parte de la fundamentación de las iniciativas a ser votadas. Además, ya existen antecedentes de representantes de otras entidades con derecho a voto en las comisiones especiales del Parlamento, tales como las comisiones de reforma de normas codificadas (Código Penal, Civil, Niños y Adolescentes, etc.), donde la representación multisectorial es activa. Del mismo modo, también el Parlamento elige funcionarios con criterio de cooperación interinstitucional, como es el caso del contralor general de la República, cuya propuesta necesariamente parte del Poder Ejecutivo; y lo propio sucede en el caso del presidente del Banco Central de Reserva, cuya designación la hace presidente de la república, para que posteriormente el Congreso realice la respectiva ratificación.

8.2.5. La ampliación del número de magistrados

El cambio del modelo de elección de magistrados con garantías de imparcialidad, también advierte la necesidad de incorporar algunas modificaciones necesarias en la estructura misma del Tribunal Constitucional, pues complementan la dirección hacia el ejercicio pleno de una jurisdicción constitucional idónea.

Distinguiéndose de la Constitución de 1979, que previó un número de nueve jueces, la Constitución de 1993 establece que el Tribunal Constitucional está integrado por siete magistrados. Es pertinente anotar que, según el proyecto original de autoría del exasambleista Javier Valle Riestra, la composición debía ser de doce. En todo caso, la disminución en la cifra de magistrados no tiene sustento categórico, menos si se tiene presente la media que existe en la regulación sobre la materia que se encuentra vigente en otros países, incluidos los que corresponden a América Latina.

Justamente, el número de magistrados de la Corte Constitucional de la Federación de Rusia es de 19, el Tribunal Constitucional alemán es de 16, el de Austria es de 14, el de Portugal es de 13, el de España y Bélgica es de 12, en tanto que el Consejo Constitucional de Francia está compuesto por nueve jueces y la Corte Constitucional Italiana por 15.

Los colegiados constitucionales de América del Sur también tienen, en todos los casos, un número superior al del total de magistrados peruanos. La Corte Constitucional de Colombia está conformada por nueve miembros; el Tribunal Constitucional de Chile, vía reforma constitucional, aumentó el número de jueces de siete a diez; el

Tribunal Constitucional de Ecuador está compuesto por nueve miembros y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se compone de nueve magistrados.

PAÍS	NÚMERO DE MAGISTRADOS
Rusia	19
Alemania	16
Italia	15
Polonia	15
República Checa	15
Austria	14
Portugal	13
Croacia	13
Eslovaquia	13
República Dominicana	13
España	12
Bélgica	12
Bulgaria	12
Chile	10
Francia	9
Colombia	9
Ecuador	9
Bolivia	9
Perú	7

Cuadro elaborado por el autor.

El Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución y, como tal, requiere realizar un trabajo del más alto consenso que bajo ninguna circunstancia pueda ser previamente direccionado. Precisamente, la ampliación del número de miembros tiende a ser contraria a cualquier acuerdo parcializado, en el entendido que al ser más los magistrados no solo se logra una decisión con mayor grado de razonamiento, sino que se dificulta apreciablemente cualquier riesgo de injerencia indebida.

Asimismo, no puede dejarse de lado la ascendente influencia de la justicia constitucional en todos los territorios donde tiene cabida. Por ejemplo, en España (estadísticamente) dos de las tres labores del Tribunal Constitucional, los conflictos de competencia y

los amparos, son muy superiores en número al control de constitucionalidad de las leyes. De esto, se confirma que: *«pese a que la función de control normativo venía estimándose por la doctrina como la única función definitoria de la jurisdicción de acuerdo con las tesis más clásicas y posteriores a la I Guerra Mundial, la realidad nos confirma lo contrario»*.²⁶⁹ Naturalmente, esta situación guarda correspondencia con el avance e influencia ascendente de la jurisprudencia constitucional, cuyos alcances han definido la prioridad y desarrollo de los derechos fundamentales en el más alto nivel, de tal suerte que la sociedad identifica y se familiariza cada vez más con una justicia constitucional garantista.

El considerable aumento de las causas que son objeto de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional ha determinado una posición creciente por la conveniencia de un incremento en el número de sus miembros, en tanto sería un elemento que contribuiría al fortalecimiento del principio de celeridad procesal que, en el caso de los procesos de tutela de derechos (con carácter urgente), tiene notable justificación. En este sentido, incluso en países que cuentan con un número relativamente alto de miembros, como es el caso de España, se plantea su elevación, afirmándose que la opción por un número elevado de magistrados garantiza mejor, en principio, la rápida resolución de los conflictos por causa de la mera distribución material del trabajo, lo que no sucede con composiciones inferiores; por ello, se afirma que *«ante el retraso de muchos asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional español (especialmente los recursos de amparo), no sería desacertado un incremento de sus miembros, hasta un número de quince»*.²⁷⁰

El caso peruano advierte una situación similar, pues pese a la incorporación de mecanismos limitantes de acceso al Tribunal Constitucional, como el requisito de la especial trascendencia constitucional, se puede apreciar no solo un elevado registro de causas,²⁷¹ sino, además, una demora inconsistente en la resolución de las mismas, pues parece que se olvida que los procesos de defensa de derechos fundamentales corresponden a una máxima de tutela de urgencia.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional requiere incrementar el número de sus integrantes a un número no menor de nueve, como es el caso colombiano. No es coherente que tengamos una población mayor que Ecuador y Chile y, sin embargo, mantengamos un número de jueces constitucionales inferior al tribunal de Bolivia, cuya población es la tercera parte de la población peruana. Es necesario que se atienda a la realidad y se corrija una reducción que no resiste la más mínima justificación.

²⁶⁹ García Roca, Javier, «La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional», en *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 26 y 27.

²⁷⁰ González-Trevijano, Pedro. *Ibidem*, p. 70.

²⁷¹ Véase las memorias anuales del Tribunal Constitucional del Perú. Solo el 2017 registró un ingreso y calificación de 5,205 expedientes, mientras que el año anterior ingresó un total de 5,869 expedientes.

8.2.6. La extensión del período del mandato y la renovación parcial de magistrados

Por otro lado, y como se ha detallado en el punto 4 de la presente investigación, constituye un asunto de relevancia el aumento del período del mandato y la limitación de las prórrogas de plazo ante la falta de elección oportuna por parte del Parlamento. No es apropiado tener un período tan corto de mandato en la Constitución, con prohibición de reelección, y, a la vez, persistir en el uso de las prórrogas de forma desmedida e inconstitucional, como se ha visto. Todos los países de Sudamérica tienen un período mayor que el caso peruano y ni qué se diga de la realidad europea.

Para tal efecto, el tiempo de mandato no debe ser menor de nueve años si se toma la media entre Colombia, Chile y Ecuador. En cuanto a la prórroga del mandato, que debería dejar de utilizarse a propósito de la ampliación del período descrito, debe regularse un plazo específico que no debe exceder de dos meses con la respectiva responsabilidad funcional y política, según sea el caso, del presidente del Congreso y de los que resulten comprometidos. Si bien se corre el riesgo de dejar al tribunal sin su configuración plena, debe decirse que la indefinición del plazo ha demostrado estar en contradicción con la Constitución (que regula un plazo cierto y prohíbe la reelección) y que, además, ya en la experiencia peruana hemos sido testigos de dos renunciaciones de magistrados por exceso de plazo, que lejos de dejar desmantelado al tribunal, han contribuido a su efectiva renovación, conforme lo exige la carta política fundamental.

En el mismo sentido, se debe implementar la renovación parcial de magistrados, que es una alternativa que está prevista en diversos ordenamientos jurídicos como el español, (renovación parcial cada tres años), el chileno (renovación parcial cada tres años) o el ecuatoriano (renovación parcial cada tres años).

Si se aumenta los magistrados en número impar de nueve y el tiempo del mandato se extiende a nueve años, es conveniente establecer un mecanismo de renovación por tercios cada tres años. Esto, por cuanto la experiencia ha demostrado que el riesgo de manoseo político es permanente en un escenario tan propicio para tales fines como es el Congreso de la República. Renovar a la integridad de magistrados en un solo proceso constituye un eventual incentivo para un reparto equitativo de cuotas (ya sea a nivel de los grupos parlamentarios representados en el Pleno del Parlamento o en el ámbito de los representantes que integran la comisión especial de elección de magistrados), lo que, como reiteramos, es el aspecto central que se quiere evitar en un nuevo modelo de elección que garantice la designación de jueces idóneos.

La renovación por tercios tenderá a trabajar un estricto consenso por los candidatos más calificados o con mejor perfil para el cargo. Asimismo, permitirá una mayor pluralidad en el órgano encargado de elección, pues la conformación del colegiado constitucional no será exclusivo de la competencia de un solo Parlamento correspondiente a un período determinado, sino que permitirá la intervención de, al menos, dos plenos parlamentarios (si se considera que el período parlamentario es de cinco años y en la actualidad los congresistas no se pueden reelegir).

Ahora bien, para la puesta en marcha del modelo de renovación parcial, se puede tomar en cuenta la opción que eligió España en su momento: optar por un sistema de sorteo, que configura una medida objetiva e imparcial,²⁷² que no generará controversias sobre porqué se cesó a un específico magistrado y no a otro. Para ello, se deberían, implementar dos sorteos de renovación por tercios: el primero a los tres años de la primera elección y el segundo a los seis años entre los miembros que no fueron cesados en la renovación primigenia. Con esta disposición los primeros nueve magistrados ejercerán sus labores con libertad y en igualdad de condiciones, no estando condicionados a un trato discriminatorio por razón de un recorte parcializado o arbitrario.

Con todo, para la ejecución de la renovación anotada, será necesario incluir en la reforma constitucional una disposición transitoria final que establezca los plazos para realizar los sorteos, los que deben ser en una fecha muy próxima al cumplimiento de los tres o los seis años, respectivamente. Asimismo, se debe establecer el órgano competente para tal efecto, el que consideramos debería recaer en el Pleno del Tribunal Constitucional, siendo el coordinador del acto su presidente.

8.2.7. El enfoque de género en la composición del colegiado

Otro aspecto que es necesario observar en la reforma es la perspectiva de género en la conformación del Tribunal Constitucional. Como se ha mencionado en el desarrollo del presente trabajo, desde la aparición del tribunal de garantías constitucionales hasta el vigente Tribunal Constitucional del Perú, hemos contado con 46 magistrados, de los cuales 44 corresponden al sector masculino y dos al sector femenino.

Si miramos a países cercanos al nuestro, podremos advertir que el referido enfoque se halla presente en otras legislaciones. Así, en Colombia, en las ternas que elabora el presidente de la república, según el artículo 2 del Decreto 537 de 2015, *«se prevé que deberán estar integradas, cada una de ellas, por ciudadanos que cumplan con los requisitos constitucionales y legales para el cargo, cuidando que en aquellas se incluya por lo menos a una ciudadana colombiana»*. El artículo 434 de la Constitución del Ecuador, referido a la composición de la Corte Constitucional, refiere que *«En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres»*, siendo que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana, en su artículo 180.3, referida a la presentación de candidaturas, precisa que *«(...) de existir dos candidaturas en iguales condiciones, se preferirá la candidatura de la mujer»*. Asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia prevé en el artículo 197.1 de su Constitución que *«(...) estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad»*, mientras que el artículo 19.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, sobre postulaciones y preselección, señala que la *«La Asamblea Legislativa Plurinacional, por*

²⁷² Estrada Marín, José Antonio. *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, Getafe, 2014, p. 161.

voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de veintiocho postulantes, de los cuales la mitad serán mujeres (...).».

En Europa, destaca la regulación especializada de Bélgica, pues según el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Corte Constitucional belga, este está compuesto por jueces de ambos géneros, a razón de al menos un tercio para el grupo menos numeroso. Asimismo, las voces a favor de una reforma constitucional en España sobre la materia son cada vez mayores, pues llama la atención que, de más de sesenta magistrados constitucionales desde la vigencia de la Constitución de 1978, solo han ejercido el cargo seis mujeres. Por ello, su expresidenta, María Emilia Casas, reconoce la necesidad de una reforma constitucional para procurar una participación plural, ya que la Constitución *«necesita una interpretación evolutiva en la que la presencia de la mujer resulta fundamental (...) no tiene sentido que la población sea del 50 por ciento de mujeres y la representatividad en la institución sea tan baja»*.²⁷³

Entonces, el enfoque de género no solo es hoy en día una preocupación de permanente discusión en el ámbito académico, sino que, además, ha sido plasmado en la mayoría de los países de Sudamérica donde existen tribunales constitucionales. En tal sentido, toda reforma integral del modelo de elección y conformación del Tribunal Constitucional en el Perú no puede dejar de observar esta situación, más aún cuando la historia del colegiado se ha caracterizado por un predominio masculino aplastante.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el mismo presidente del Tribunal Constitucional peruano, Ernesto Blume, a propósito de la conmemoración del Día Internacional de la Mujer de 2019, ratificó la posición institucional de compromiso y apoyo a la lucha por el reconocimiento, respeto y la defensa de los derechos de las mujeres, refiriendo que *«Nuestras sentencias son testimonio de este compromiso, en una línea de rescate y guardianía de sus derechos»*.²⁷⁴ En esta misma ocasión indicó que el tribunal cumple y supera la cuota de género porque el 61% de los cargos administrativos y de dirección son ocupados por mujeres. Ante ello, nos preguntamos ¿si se cumple la cuota de género en los cargos administrativos, ¿cuál es la situación en los cargos de magistrados? La respuesta es más que evidente: no se cumple, dejando a salvo, claro está, que este incumplimiento no corresponde al Tribunal sino al órgano que define su composición.

Dicha situación, naturalmente, no es un asunto menor, pues hablamos del ámbito de las cabezas de la institución y de lo que la ciudadanía visibiliza e identifica. El caso de la corporación es un directo ejemplo de lo que se conoce como techo de cristal, en tanto las barreras de acceso a los máximos cargos persisten para el sector femenino. Al respecto en una entrevista sostenida con la catedrática Ángela Figueruelo, directora académica

²⁷³ «El Tribunal Constitucional y las mujeres: El tribunal que avaló la ley de Igualdad solo ha tenido 6 mujeres en sus 38 años de historia», en *Cadena Ser*, Madrid, 4 de marzo de 2018.

²⁷⁴ Tribunal Constitucional: mujeres ocupan el 61% de altos cargos administrativos, en *Andina Noticias*, Lima, 9 de marzo de 2019.

del Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca,²⁷⁵ nos precisó que dicha situación se refleja en el Poder Judicial español, donde si bien la mayor parte de jueces son mujeres, estas tienen una presencia mínima en los colegiados jurisdiccionales de la más alta jerarquía. Con ello, es de la opinión que el caso del Tribunal Constitucional es «coherente» con esa política de dificultar la presencia del sector femenino en los órganos más altos del sistema de administración de justicia, lo que, a todas luces, es negativo.

Tal realidad es similar en la integridad de la administración pública peruana. De acuerdo con el informe sobre la participación de la mujer en el servicio público, de 2020, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) llamó la atención sobre la baja participación de la mujer en puestos de nivel directivo. Solamente tres de cada diez funcionarios y directivos pertenecen al sector femenino, comprobándose, además, cierta tendencia decreciente desde el 2011».²⁷⁶ Al respecto, la gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil indicó que el informe reflejó que no había igualdad de condiciones, *«pues los perfiles de puestos exigían, por ejemplo, requisitos de experiencia en cargos de dirección que no eran necesarios. Ello constituía ya una barrera en el acceso»*.²⁷⁷ Por ello, se dio a conocer que se está trabajando medidas normativas con relación al establecimiento de puestos genéricos con requisitos mínimos para la totalidad de entidades públicas.

Por tanto, debemos resaltar la histórica elección, el 2 de diciembre de 2019, de la magistrada Marianella Ledesma como la primera mujer presidenta del Tribunal Constitucional del Perú. En su discurso de juramentación, precisamente, señaló lo siguiente: *«Se lo dedico a todas las mujeres de mi patria que, por años, esperan y luchan por igualdad de oportunidades. También a los pobres y a la esperanza de que, en un futuro, el tribunal tenga representantes de las culturas nativas»*.²⁷⁸ Como bien se expresó en dicha oportunidad, la presencia de la mujer en este campo tiene directa relación con la garantía del principio de igualdad y la defensa de la persona, como criterios fundamentales de justicia y de definición del Tribunal Constitucional como institución integradora.

La presidencia de Ledesma Narváez no solo es un hito del liderazgo femenino en la más alta magistratura constitucional, sino es el reflejo cierto de que la cuota de género se complementa con el principio de meritocracia. Para todos, es conocido su perfil intachable como jurista con reconocida solvencia y trayectoria, así como su compromiso efectivo con el fortalecimiento de la institucionalidad de la corporación. Basta ver las acciones emprendidas desde el inicio de su gestión: por primera vez en la historia del Tribunal Constitucional se hizo públicas las deliberaciones del Pleno para casos de manifiesto interés público (como el caso de la demanda competencial sobre la

²⁷⁵ Entrevista realizada por el autor de la presente investigación en febrero de 2019, como parte de una estancia de investigación doctoral realizada en la Universidad de Salamanca.

²⁷⁶ La mujer en el servicio civil peruano 2020, Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), Lima, marzo de 2020, p. 4.

²⁷⁷ Servir: presencia de mujeres en el Estado crece, pero brecha salarial persiste, en diario *El Comercio*, Lima, 8 de marzo de 2020.

²⁷⁸ Discurso de juramentación al cargo de presidenta del Tribunal Constitucional, Lima, 3 de enero de 2020.

disolución del Congreso²⁷⁹ y la demanda de inconstitucionalidad contra la norma que exceptúa a las corridas de toros de la Ley de Protección y Bienestar Animal,²⁸⁰ asimismo, promovió el cambio del enfoque personal de los casos emblemáticos por uno material, atendiendo a la trascendencia constitucional de los casos (esto, por cuanto, la prioridad en la resolución de los casos se venía realizando por la notoriedad de los personajes involucrados). En buena cuenta, hizo eficaces medidas que tienen correlato directo con los principios de transparencia y trato igualitario, que debieran ser políticas transversales en todo el aparato estatal.

En todo caso, debe resaltarse y ser consecuente con los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano 01479-2018-PA/TC, publicada simbólicamente el 8 de marzo de 2019, que precisó algunos aspectos, que bien podrían aplicarse a la institución colegiada, pues la premisa es que todas las entidades públicas y privadas deben aplicar el enfoque de género. Dicha resolución, recoge, por ejemplo, las siguientes citas:²⁸¹

«La perspectiva de igualdad de género (...) constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tornen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria (...)

(...) la adopción de la perspectiva de igualdad de género en el ámbito institucional supone un proceso de cambio en la acostumbrada forma de ejercer la función y el servicio públicos, que propicia, a su vez, ajustes en las estructuras institucionales (...).

En consecuencia, es categórico que el enfoque de género, como correctamente ha definido el Tribunal Constitucional, contribuye a la legitimidad e institucionalidad de las decisiones de los órganos públicos, más si se trata de aquellos que integran el sistema de administración de justicia. Lo señalado por la máxima instancia constitucional, si bien hace énfasis en la atención de los casos con perspectiva de género, resulta plenamente aplicable a la implementación de acciones afirmativas que se traduzcan en cambios estructurales respecto de los órganos jurisdiccionales. Ello, no solo tiene repercusión en la especialización de los funcionarios, sino también en la conformación directa de los órganos, donde deben tener presencia objetiva ambos géneros y en igualdad de condiciones.

Igualmente, la perspectiva de igualdad de género no colisiona con la exigencia de meritocracia que hemos desarrollado. El requisito de la meritocracia será acorde con la carta constitucional y los principios que la inspiran si considera la realidad en la que tiene cabida. En una sociedad como la peruana la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres aún es un objetivo en progreso, que debe superar brechas históricas en materia de acceso a derechos (educación, trabajo, seguridad, etc.) que son condición

²⁷⁹ Expediente 0006-2019-CC/TC.

²⁸⁰ Expediente 0022-2018-AI/TC.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 01479-2018-PA/TC, fundamentos jurídicos 9 a 11.

para el ejercicio de otros (como el ingreso a la función pública). En este entendido, la propia justicia constitucional ha reconocido que el enfoque de género en las decisiones públicas fortalece la legitimidad institucional. Por tanto, antes que contradecir a la meritocracia, el enfoque de género fortalece la promoción de una meritocracia real que integra los valores del Estado constitucional de derecho.

Asimismo, no debe dejar de atenderse que el Tribunal Constitucional resuelve casos que, en muchas ocasiones, representan verdaderas transformaciones en la vida jurídica y social del país. Al respecto, debe recordarse que, en su oportunidad, se pronunció sobre la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre menores de catorce a dieciocho años de edad;²⁸² reconoció el derecho a la identidad de género como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad (para el caso de personas transexuales);²⁸³ ordenó suspender el financiamiento estatal de centros educativos católicos, señalando que el Estado debe ser neutral y no debe adoctrinar ni sugerir un determinado culto.²⁸⁴ Quizás el caso que mayor cuestionamiento generó fue la declaración de inconstitucionalidad del reparto gratuito por parte del Estado de la píldora del día siguiente,²⁸⁵ pese a que las organizaciones internacionales y locales de salud con mayor autoridad han determinado que la pastilla no es abortiva. Debe precisarse que en esta última sentencia el Pleno del colegiado estuvo integrado exclusivamente por varones.

Es claro que, independientemente de que el tribunal haya emitido resoluciones notables y en algunos casos más que discutibles, el alcance de sus fallos exige razonablemente una evaluación con perspectiva plural, que involucre la participación de un sector que representa más del cincuenta por ciento de la población nacional.²⁸⁶ Los asuntos que son materia de conocimiento del tribunal trascienden al plano meramente legal o textual de las normas, la interpretación que emplea requiere un examen del impacto social y político que muchas veces sus decisiones generan.

Es importante hacer mención que ya en el Perú se cuenta con una experiencia reciente de un tribunal que, por mandato legal, cuenta con una conformación obligatoria de ambos géneros. Es el caso del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, creado por Decreto Legislativo 1353 de 2017. Este órgano colegiado está compuesto por dos salas conformadas por tres vocales cada una y, de acuerdo con el artículo 11.1 del reglamento del decreto antes mencionado, «*cada sala se integra por lo menos con una (1) mujer o un (1) hombre*».²⁸⁷ Aunque el tribunal citado es uno de carácter administrativo, debe mencionarse que sus decisiones tienen carácter definitivo en esta instancia y pueden configurar

²⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 00008-2012- PI/TC.

²⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 06040-2015-PA/TC.

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 00007-2014-PA/TC.

²⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 02005-2009-PA/TC.

²⁸⁶ Según los resultados del Censo Nacional de 2017, las mujeres representan el 50,8% de la población en el Perú.

²⁸⁷ Esta disposición fue incorporada por la modificación introducida mediante el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2018-JUS, publicado el 14 noviembre 2018.

precedentes vinculantes en la materia bajo su competencia. Naturalmente, la temática del principio de transparencia (principio constitucional y política pública transversal) y el acceso a la información pública (derecho constitucional) son aspectos de eminente atención en el marco de la Constitución, por lo que el haber considerado el enfoque de género en la conformación del tribunal indicado, resulta un significativo antecedente de lo que podría orientar la futura conformación de colegiados estatales, sobre todo, aquellos que se encargan de resolver asuntos vinculados a derechos fundamentales.

En este contexto, somos de la opinión que se debe instituir, en una reforma integral del modelo de elección de magistrados, la presencia obligatoria de ambos géneros a través del establecimiento de una cuota mínima, como se regula en Bélgica. Esta medida no obstaculiza el logro de la paridad y permite que el número de magistradas pueda ser mayor que el de magistrados, además, de ser expresión de una regulación con igualdad de trato.

8.2.8. Medidas inconsistentes con el modelo: la suplencia y el límite de edad

Finalmente, queremos dejar sentado nuestra oposición a dos medidas que, si bien existen en otros ordenamientos, no resultan coherentes con el modelo planteado en la presente investigación. Nos referimos a la posibilidad de nombrar magistrados suplentes y al límite de edad en el ejercicio del cargo.

En el primer caso, somos de la opinión, de acuerdo con lo desarrollado hasta aquí, que el cargo de magistrado constitucional es el de más alta investidura jurisdiccional y, por tanto, el compromiso en su pronta renovación (con los mecanismos de reforma estudiados) y el trato adecuado a los candidatos elegidos, no guarda correspondencia con una designación condicionada a la necesidad de suplencia o a la atención provisional de completar el colegiado. Los miembros del Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución, son altos funcionarios públicos y, por lo mismo, su función requiere representar la más alta autoridad en su fuero recaída en la más plena de titularidad de sus integrantes.

Del mismo modo, como hemos alegado anteriormente, el criterio para elegir a los nuevos magistrados debe tener fundamento en la más elevada competencia y trayectoria profesional. En ese sentido, una designación de un grupo de suplentes, que en su oportunidad ejercerán efectivamente el mandato, no es coherente con la finalidad de solo permitir el ingreso a la función de los candidatos mejor calificados. Ante esto, nos preguntamos ¿quiénes serán los suplentes?, ¿no serán acaso los que quedaron relegados en la evaluación, luego de los elegidos? La respuesta es evidente y, repetimos, no es consistente con el objetivo de lograr que solo cumplan el mandato los mejores juristas. Así también, no debe olvidarse que es importante generar incentivos para que los más cualificados candidatos participen en el proceso de elección, lo que no necesariamente ocurrirá si se toma en cuenta que un jurista de prestigio, razonablemente, no aspire a mantenerse en condición de suplente.

En segundo lugar, consideramos que limitar la edad para el ejercicio del cargo es una medida que se debe descartar. En la actualidad no solo existen tribunales

constitucionales, como el de Austria, cuyos integrantes cumplen la función hasta la edad de jubilación (70 años), sino que también cortes judiciales supremas de prestigio, como la norteamericana, siguen el criterio de cargo vitalicio, como ocurre con el Tribunal Constitucional de Bélgica. Esta situación es conforme a un hecho que se debe advertir: los magistrados del Tribunal Constitucional cumplen una función orientadora y elaboran doctrina jurisprudencial, lo que expresa que cumplen una tarea pedagógica, producto de su alta legitimidad y solvencia que le permite interpretar el texto constitucional. Así las cosas, lo deseable es que un jurista que accede al tribunal, lo haga con conciencia de que es la máxima aspiración jurisdiccional nacional y, por tanto, debe encontrarse en la cúspide de su experiencia profesional, forjada en años de trayectoria.

Por ello, el número de años de edad, lejos de ser un elemento riesgoso para el encargo, es un aspecto que debe ser valorado en su real dimensión en el caso de los miembros del colegiado. Además, no debe olvidarse que el modelo peruano establece un número de años mínimo para ejercer el cargo y un periodo específico de la función, criterios ambos que, complementados con lo señalado en esta parte, terminarán guiando adecuadamente a la selección que realicen los miembros de la comisión especial.

8.2.9. La promoción de la cultura constitucional

Ahora bien, una normativa adecuada no resulta suficiente para garantizar su éxito, siendo necesario el compromiso de los parlamentarios con una elección idónea en los términos antes expuestos; esto, naturalmente, tiene que ver con una formación sólida en valores democráticos y constitucionales, y con el respaldo de un sistema estatal con apreciable desarrollo de institucionalidad, aspectos que siempre hacen difícil una elección deseable.

Para tal efecto, es indispensable generar las condiciones para que la ciudadanía, de la que forman parte las autoridades públicas, guarde una razonable identificación con la carta política que reconoce sus derechos fundamentales. Dicha identificación debe comprender, ineludiblemente, el entendimiento de la importancia del resguardo de una magistratura constitucional imparcial y únicamente sometida al texto constitucional y a los fines que resguarda.

En tanto la Constitución es parte de la cultura de una sociedad, el profesor Peter Häberle, fuente imprescindible en la materia, señala:²⁸⁸

«La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas; para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas».

²⁸⁸ Häberle, Peter. *Ibidem*, p. 194.

Ciertamente, si lo que se persigue es que la Constitución sea eficaz, es impostergable que los ciudadanos internalicen una pertenencia cotidiana a ella, lo que traspasa al puro formalismo de mirarla como una norma ajena en el desenvolvimiento regular y permanente de los miembros de la sociedad donde tiene vigor. Si la Constitución reconoce derechos o mecanismos de participación ciudadana para lograr transparencia en las decisiones públicas, pero los ciudadanos no conocen los mismos o no tienen mayor interés en su ejercicio, entonces, no habrá cultura constitucional.

Es verdad, como afirmó el profesor Konrad Hesse, que el contenido de una norma constitucional no se agota en las pretensiones del texto, menos cuando esta es incompleta e indeterminada.²⁸⁹ La norma requiere realizarse, lo que se logra con la consideración de las relaciones vitales de la sociedad donde rige, caso contrario, camina al fracaso. Ahora bien, aun cuando la mutación constitucional, que es necesaria para dichos fines, es dinámica y la interpretación cumple un papel decisivo en su reconocimiento, también es cierto que la atención de la cultura en el desempeño de la Constitución, debe involucrar un mínimo de incentivo para los ciudadanos respecto no solo de su cumplimiento, sino también de su defensa.

La cultura constitucional no se debe agotar en que su contenido refleje las prácticas y aspiraciones de una comunidad determinada, también es preciso que promueva en la sociedad la motivación de hacerla cumplir en su dimensión objetiva. Es decir, que no solo se recurra a ella como fundamento o de modo directo para reclamar intereses personales. La cultura constitucional debe comprender la internalización de la población de ser parte activa en la defensa del contenido constitucional cuando medie el interés público. Así, la intervención puede ser preventiva (ante amenazas), posterior (para revertir situaciones indebidas) o solamente para ser parte de los procesos de decisión trascendental para el mantenimiento o fortalecimiento del orden constitucional (como es la elección de jueces constitucionales). Estas ideas, finalmente, tienen correlato en el mandato expreso del artículo 39 de la Constitución peruana, «*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución (...)*».

En tal sentido, se debe atender a que toda reforma requiere del apoyo indispensable de elementos complementarios para lograr su eficacia. La cultura constitucional requiere condiciones para tener practicidad, y si bien tendrá plenitud luego de un proceso secuencial, es urgente empezar a allanar el terreno. Así, se debe atender, por ejemplo, a la mejora en la regulación de la democracia interna en las organizaciones políticas y en la respectiva fiscalización que deba desempeñar la autoridad electoral, así como establecer un adecuado sistema de control del financiamiento de los partidos y la transparencia de los antecedentes de los candidatos. En buena cuenta, la reforma electoral integral que garantice autoridades, sobre todo parlamentarios, con perfil adecuado, es un asunto de sobresaliente atención para conseguir una labor congresal idónea.

²⁸⁹ Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de Pedro Cruz Villalón, 2da. Edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucional, 1992, p. 27.

No debería dejarse de mirar la profundidad de aquella frase emblemática, esbozada por el expresidente del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente,²⁹⁰ «*Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace*»; esto, a propósito del retraso en la renovación parlamentaria de miembros del tribunal por causa de conflictos partidarios, lo que complementó muy bien con la alegación de que «*solo la fidelidad al sistema, la lealtad constitucional y el afán de garantizar la apariencia y la realidad suprapartidaria del Tribunal Constitucional constituyen criterios infalibles para sortear en el futuro los escollos en que ahora se ha tropezado*». Creemos que estas ideas resultan más que apropiadas para entender que la cultura constitucional en el ámbito de la selección de jueces constitucionales es un asunto de preponderancia que no surge del azar, sino que exige un compromiso objetivo de forjarla mediante el impulso de gestos y acciones tangibles que construyan un cambio cierto, paulatino y sostenible en el sistema para asegurar que los responsables de la elección no toleren mella alguna a la institucionalidad de la justicia constitucional.

En el mismo sentido, los mecanismos de publicidad de la elección de magistrados, no tendrá el efecto ambicionado, sino se concreta una política estatal firme de educación en formación de ciudadanos conocedores de sus derechos y de la organización pública. La Constitución y su defensa son aspectos que deben estar presentes en el ideario común de las personas de modo continuo.

De la misma manera, atendiendo al alto encargo de los magistrados constitucionales, es forzoso generar las condiciones para orientar la consolidación de dicho compromiso. Una regulación limitativa del trabajo parlamentario con criterio de meritocracia e idoneidad en la selección; una accesible objeción a las candidaturas por parte de la ciudadanía y su trámite oportuno; y la eficacia del principio de transparencia en el desarrollo de todo el procedimiento parlamentario, contribuyen al mencionado objetivo.

Mencionamos al inicio del trabajo que el Tribunal Constitucional no trastoca negativamente el modelo de separación de poderes, siendo que este se encuentra más vigente que nunca en su contenido imprescindible: un límite al poder frente a la arbitrariedad. En esta dirección, el Parlamento en el ejercicio del mandato constitucional de elegir a los miembros del citado colegiado, no puede actuar sin límites y, menos, apartado de los fines de la jurisdicción constitucional, cuyo fortalecimiento incide directamente en la consolidación del régimen democrático.

No cabe duda que los límites advertidos tendrán mayor efectividad, en un contexto con ciudadanos informados y preocupados por la exigencia de una jurisdicción constitucional suprema. El afianzamiento de la cultura constitucional es un proceso, pero debe empezar ya, y el primer responsable en este campo es el Estado.

²⁹⁰ Discurso de despedida del presidente del Tribunal Constitucional, Don Francisco Tomás y Valiente, con ocasión de la renovación del Tribunal Constitucional, Madrid, 8 de julio de 1992, en: *Tribunal Constitucional: Discursos de sus presidentes (1980-2005)*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 35-36.

EPÍLOGO

La jurisdicción constitucional tiene incidencia en el cambio de paradigma del principio de separación de poderes. Su influencia reside en el fortalecimiento del sistema democrático y la vigencia de los derechos fundamentales. Por ello, la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional se encuentra en el texto constitucional, que lo reconoce en la cúspide de su defensa. La trascendencia de sus decisiones hace necesaria la garantía de su legitimidad de ejercicio, la que integra el principio de imparcialidad y el respeto irrestricto al cumplimiento de sus sentencias.

La interpretación constitucional, que tiene fundamento en la naturaleza abierta de las normas constitucionales y la repercusión del principio de supremacía constitucional, es una tarea permanente del Tribunal Constitucional para el cumplimiento cabal de los fines encomendados por la carta política fundamental. En esta lógica, el reconocimiento del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución se expresa en el valor definitivo de sus sentencias y en la ejecutoriedad indiscutible de las mismas. En el Perú no se han dejado de presentar casos de falta de observancia de esta condición por parte de entidades públicas, lo que resulta negativo para el fortalecimiento del régimen democrático y el Estado de derecho.

Dicha situación evidencia la necesidad de revisar el sistema en el que desenvuelve el Tribunal Constitucional y si existen las condiciones adecuadas para asegurar su alta legitimidad. En ese sentido, el modelo de elección y composición de sus magistrados reviste capital importancia. La intervención del Parlamento en la elección de magistrados constitucionales tiene razonable justificación en la ubicación del citado órgano en el sistema de separación de poderes. El problema se presenta cuando la elección no reúne las garantías de imparcialidad y objetividad para asegurar la designación de jueces idóneos.

El modelo peruano de elección de magistrados constitucionales se ha desarrollado en el marco de un estatuto general que permitió una amplia discrecionalidad por parte del Parlamento, lo que ha generado una constante práctica de protagonismo de intereses políticos y una alta dosis de subjetividad, que se reflejan en elecciones retrasadas, poco transparentes y sin previsibilidad a partir de un método de calificación técnico. En todo supuesto, los cuestionamientos a una elección política de magistrados constitucionales no es un asunto exclusivo del Perú, se presentan en colegiados con reconocido prestigio, como el caso alemán y la Suprema Corte de los Estados Unidos, y en tribunales de apreciable desarrollo en América Latina, como Colombia y Chile. Pese a ello, existen algunos elementos que se pueden tomar en cuenta para mejorar el sistema nacional, como los mecanismos de transparencia y participación ciudadana, previsión de estatutos más específicos y la pluralidad en los órganos que intervienen en el proceso.

De acuerdo con el desarrollo del total de procesos de elección de miembros del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia una permanente injerencia política, cuyas razones se encuentran

en la insuficiencia regulatoria del estatuto procedimental que se aplicó, en la falta de idoneidad de los miembros de la comisión especial del Congreso, en la poca transparencia e incentivos para el control ciudadano, en la informalidad con que actúa el Pleno del Parlamento y en la nula pluralidad de intervención de otros órganos estatales y la sociedad civil. El modelo normativo de elección parlamentaria desarrollado hasta el 2020, no genera estímulos para la presentación de los juristas con mayor prestigio en materia constitucional, existiendo casos de maltratos y acciones contrarias a la buena fe de los candidatos. El privilegio de intereses partidarios sobre la alta competencia de los candidatos, ha generado casos de intervención política en el trabajo del Tribunal Constitucional, lo que desmerece su legitimidad y trasluce la necesidad de reformar el modelo de elección y composición desde una perspectiva integral.

Según lo revisado y analizado, la reforma del modelo de elección y composición del Tribunal Constitucional debe integrar los siguientes aspectos: ajustes al nuevo reglamento especializado que erradiquen arbitrariedades e inconsistencias con la priorización de la meritocracia; refuerzo de medidas de transparencia y máxima publicidad; incorporación constitucional de los requisitos de reconocida competencia, trayectoria democrática y conducta intachable; una nueva y plural conformación de la comisión especial encargada de seleccionar a los candidatos; la ampliación del número de magistrados; la extensión del período del mandato; la renovación parcial de magistrados y el enfoque de género en la composición del colegiado. Todo ello, naturalmente, en el marco de la promoción de una cultura constitucional, como política de Estado prioritaria.

LISTA DE REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Joaquín

2012 Estudio preliminar a: Max Weber, Sociología del poder. Los tipos de dominación (Traducción, notas y glosario). Madrid: Alianza Editorial.

ALONSO DE ANTONIO, José Antonio y

ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis

2013 *Derecho Constitucional español*, 5ta. Edición. Madrid: Universitas.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

2003 *Curso de Derecho constitucional*, Vol. 1, 4ta. edición, Madrid: Tecnos.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar

1997 Derecho político español según la Constitución de 1978. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

2002 «Sobre la composición del Tribunal Constitucional español», en *Teoría y realidad constitucional*, Núms. 10-11. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

APARICIO PÉREZ, Miguel

2003 La función del Derecho Constitucional: selección de obras. Barcelona: Atelier.

ARAGÓN, Manuel

1990 Constitución y democracia. Madrid: Tecnos.

BAAMONDE GÓMEZ, Laura

2015 *La magistratura constitucional en España e Italia, Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*. Tesis doctoral. Universidad Carlos III, Madrid.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador)

2003 *Derecho Constitucional*, vol.1, 2da. Edición. Madrid: Tecnos.

BAYER, Kurt G.

S/F «Hans Kelsen redactor de la Constitución Federal Austriaca», en *Especial de la Corte de Justicia Constitucional*. México D.F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

BERNAL PULIDO, Carlos

2007 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

2003 «La Constitución española de 1978 y la peruana de 1979: dos procesos históricos con similitudes y divergencias», en *La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Madrid: Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BOBBIO, Norberto

1994 *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl

S/F «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I. Madrid: Civitas.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco

y otros

1997 *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill.

CALAMANDREI, Piero

1989 *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Buenos Aires: Ejea.

CARRILLO, Marc

2008 «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Marc Carrillo (coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch.

CRUZ VILLALÓN, Pedro

1982 «Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, n.º 5, mayo-agosto.

DE VERGOTTINI, Giuseppe

1983 *Derecho Constitucional Comparado*, traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Espasa-Calpe.

DEL VECCHIO, Giorgio

1956 *Teoría del Estado*, Barcelona: Bosch.

DÍAZ, Elías

1990 *Ética contra política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1998 *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Santillana.

ESCUIN PALOP, Vicente

2010 *Elementos de Derecho Público*, 6ta. Edición, Madrid: Tecnos.

ESTRADA MARÚN

2014 *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, Getafe.

FALLER, Hans Joachim

1992 «Cuarenta años del Tribunal Constitucional alemán», (traducción de Jaime Nicolás), en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 34, enero – abril.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

2009 *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, tomo III. Madrid: Dykinson.

2013 *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson.

FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón

1998 *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia Constitucional*. Madrid: Civitas.

FERRAJOLI, Luigi

2002 *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, traducción de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, en *Isonomía*, n.º 16, abril. Instituto Tecnológico Autónoma de México.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1982 «Influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)», en *Revista de Derecho Político*, n.º 16. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

2006 «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional», ponencia presentada al Congreso de reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 26 a 28, octubre.

GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción

2008 «¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona: octubre.

GARCÍA-PELAYO, Manuel

1981 «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, n.º 1.

GARCÍA ROCA, Javier

2000 «Del principio de la división de poderes», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 108, abril – junio.

2009 La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España. México D.F.: Porrúa.

GARCÍA ATANCE, María Victoria

2005 Introducción a la Teoría del Estado y la Constitución. Madrid: Sanz y Torres.

GARRORENA MORALES, Ángel

2014 *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 3era. Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GIL DE GÓMEZ, Carlos

2013 «¿Qué democracia tenemos? Democracia real y democracia liberal representativa», en *Nómaditas: Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 40, n.º 4, Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus

2016 «La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional», en *La reforma del Estado de partidos*, Garrido López y Sáenz Arroyo (coordinadores). Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José

2011 La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Navarra: Civitas Thomson Reuters.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro

2000 *El Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi, Elcano.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (coordinador) y otros

2015 *Elementos de Derecho Constitucional español*, 2da. Edición. Madrid: Marcial Pons.

HÄBERLE, Peter

1996 «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución». Publicado originalmente como «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» en *Revista JZ*, 1975, pp. 297-305, traducción de Xabier Arzoz Santisteban (Universidad del País Vasco) en *Retos actuales del Estado constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública*, Oñate.

2002 «La Constitución como cultura», en: *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 6.

HERNANDO MASDEUA, Javier

2013 La selección de magistrados del Tribunal Constitucional», tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

HESSE, Konrad

1992 *Escritos de Derecho Constitucional* (traducción de Pedro Cruz Villalón), 2da. Edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- 1997 «La jurisdicción constitucional en Alemania: Reflexiones del profesor Konrad Hesse», entrevista de César Landa, en: *Pensamiento Constitucional*, Año V, n.º 5, Lima.

KÄGI, Werner

- 2005 La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Estado constitucional, traducción de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven. Madrid: Dykinson.

KELSEN, Hans

- 2002 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, 2da. Edición. Madrid: Tecnos.
- 2016 *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Traducción al castellano de Rolando Tamayo). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LANDA ARROYO, César

- 2012 *Estatuto del juez constitucional en el Perú*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

LEIBHOLZ, Gerhard

- 1966 «El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, marzo/abril, Madrid.

LOCKE, John

- 1997 *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (traducción de Francisco Giménez Gracia). Madrid: edición Joaquín Abellán, Espasa – Calpe.

LÓPEZ GUERRA, Luis y otros

- 2016 Derecho Constitucional: el ordenamiento constitucional, derecho y deberes de los ciudadanos, Vol. I, 10ma. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARÍN, José Ángel

- 1998 Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional. Barcelona: Ariel.

NIETO DEAZA, Julia

- 2008 «Naturaleza de la Corte Constitucional Colombiana», en *Via Iuris*, Núm. 5, julio-diciembre.

NOGUERA ALCALÁ, Humberto

- 2010 «El estatuto de los jueces constitucionales en Chile», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14, Madrid.

ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César

- 2012 «El estatuto del juez constitucional de Colombia. El régimen jurídico de la Corte constitucional y de sus magistrados», en *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa*, FIX ZAMUDIO, Héctor y ASTUDILLO, César (coordinadores), Libro

homenaje al doctor Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

OTERO PARGA, Milagros

1997 «División de poderes: antes y ahora», en *Boletín de la Facultad de Derecho -UNED*, n.º 12, Madrid.

PALOMINO MANCHEGO, José

2017 «El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)», en *La Constitución y sus garantías: A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

PEGORARO, Lucio

2004 *La justicia constitucional: una perspectiva comparada* (traducción de Marta León Alonso). Madrid: Dykinson.

PÉREZ TREMP, Pablo

2016 *Sistema de Justicia Constitucional*, 2da. Edición. Navarra: Thompson Reuters, Aranzadi.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel

2012 «El Tribunal Constitucional alemán y los dilemas del constitucionalismo de los derechos», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, enero-abril.

RIVERA LEÓN, Mauro

2011 «Teoría contramayoritaria: Consideraciones de la countermajoritarian difficulty», en: *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 28. Madrid: UNED.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia

2014 «El Tribunal Constitucional», en *Derecho Constitucional básico* (obra colectiva). Colección Lex Académica. Barcelona: Huygens.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge

1980 «La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 7, UNED.

RUIZ LAPEÑA, Rosa

1982 *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*. Barcelona: Bosch.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario

2017 *El Federalismo Judicial Estadounidense*, en *Estudios de Deusto*, Vol. 65/1, enero-junio, Universidad de Deusto.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

2004 *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.

- 2006 «La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. y Argentina», en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, n.º 1, año 4, Santiago de Chile.

SALEM GESELL, Catalina

- 2017 «Integración del Tribunal Constitucional: un análisis crítico al sistema de designación actual», en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 11, octubre.

SERRA CRISTÓBAL Rosario,

- 2017 «El Federalismo Judicial Estadounidense», en *Estudios de Deusto*, Vol. 65/1, enero-junio, Universidad de Deusto.

SCHWABE, Jürgen

- 2003 *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (traducción de Marcela Anzola). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

SMITH, Tefft y otros

- 2013 El desafío de seleccionar a los mejores: La selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia. Washington: Due Process of Law Foundation.

TORRES MURO, Ignacio,

- 2016 «Tribunal Constitucional: composición y funciones», en *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2006 *Discursos de sus presidentes (1980-2005)*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

TROVÃO DO ROSÁRIO, Pedro

- 2015 «Tribunal Constitucional ¿un legislador negativo o positivo?», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 16.

VANDELLI, Luciano

- 2007 *Trastornos de las instituciones políticas*. Prólogo para españoles de Francisco Sosa Wagner. Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid: Trotta.

VARELA SUANZES-CARPEGNA

- 2012 Joaquín, Constituciones y leyes fundamentales. Madrid: Iustel.

VIVER PI-SUNYER Carles y LÓPEZ BOFILL, Héctor

- 2006 Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión», en *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Carles Viver Pi-Sunyer (coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch.

WOLDENBERG, José

2005 «Los retos de la democracia», en *Quórum: Revista de pensamiento iberoamericano*, n.º 13, Universidad de Alcalá.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1997 *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (traducción de Marina Gascón). Madrid: Trotta.

2008 Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política. Madrid: Trotta.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco

2010 «Tribunal Constitucional: problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14, Madrid.

DOCUMENTOS

Informe del presidente de la Corte Constitucional italiana, Paolo Grossi, XVIII Encuentro Trilateral con los tribunales constitucionales de España y Portugal, Roma, octubre de 2016.

Informe: La mujer en el servicio civil peruano 2020, Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), Lima, marzo de 2020

Documento de Trabajo n.º 32: Propuesta de modificación del Reglamento del Congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional para garantizar elecciones más transparentes, Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, Lima, 6 de agosto de 2009.

Plan Nacional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Lima, 2004.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional español 16/1982.

Sentencia del Tribunal Constitucional español 5/1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0002-1996-I/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0010-2002-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0024-2003-AI/TC / 3741-2004-AA/TC (acumulados).

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0090-2004-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0023-2005-PI-TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0025-2005-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 5854-2005-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados).

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0004-2006-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 1078-2007-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 3283-2007-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 2005-2009-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 3919-2010-PC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 1969-2011-PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0037-2012-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0008-2012- PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0265-2012-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 3485-2012-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0003-2013-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0007-2014-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0791-2014-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 6040-2015-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0006-2017-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 1479-2018-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0012-2018-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0006-2019-CC/TC.

Diseño y diagramación en la
Imprenta del Congreso de la República

Mayo 2021

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

“La obra del profesor Gutiérrez ha cumplido con rigurosidad y solvencia las exigencias propias del proceso de investigación, en todas sus etapas y dimensiones (...) se expresa de manera clara y justificada cuáles son los retos pendientes en la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional que, a su vez, son razones de fondo que impiden garantizar plenamente que dicha elección se realice en estricto apego a los mandatos constitucionales (...). Por ello, estoy convencida de que esta obra aporta valiosas reflexiones y propuestas para el debate académico de la comunidad jurídica, para la teoría y práctica del derecho constitucional, pero también para la vida institucional del país y el fortalecimiento de la participación ciudadana.” *(Extracto del prólogo)*

Marianella Ledesma Narváez

Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

SERIE CUADERNOS DE
INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA

CARÁTULA

Frontis del Palacio Legislativo y de la sede en Lima del Tribunal Constitucional