

## El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación

Francisco Fernández Segado

1. **A**UNQUE EL CONTROL de la constitucionalidad de las leyes suele considerarse que en Perú tiene su origen en la Constitución de 12 de julio de 1979, en cuyo Título V (arts. 295 a 305) se aborda la regulación de las garantías constitucionales, es lo cierto que ese control de constitucionalidad de las leyes y reglamentos ya estaba con anterioridad a cargo del Poder Judicial; encontrándose regulado, primero por el Código Civil muy tímidamente desde 1936 y, luego, de modo explícito, por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963. En puro rigor, pues, y técnicamente hablando, como advierte **García Belaunde** (en "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", en el colectivo "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate"), era innecesario el Tribunal con las funciones que le otorga la Constitución; pues sus dos competencias básicas (conocer en casación de las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y de la acción de amparo) ya eran ejercidas por el Poder Judicial, tangencialmente. Ello no obsta para reconocer que con la creación del Tribunal de Garantías se instaurará el modelo "concentrado" de control de la constitucionalidad. Este modelo va a coexistir con el control "difuso". Será la propia Constitución la que formalice ese doble control.

En efecto, el Tribunal de Garantías es competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Si la declaración de inconstitucionalidad afectare a normas que no tuvieran su origen en el Poder Legislativo, entonces, la norma quedará

derogada; derogación que, como resulta obvio, operará con efectos "*erga omnes*" desde el día siguiente a la publicación de la sentencia en el diario oficial. Si la inconstitucionalidad afectare por contra a una norma emanada del Poder Legislativo, la derogación no se producirá automáticamente, sino que será el Congreso quien, dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales, deba aprobar una ley derogatoria de la norma inconstitucional. De no hacerlo así, el art. 301 de la Constitución prescribe de modo taxativo que "se entiende derogada la norma inconstitucional", aunque entendemos que esta derogación se formaliza con la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano que debe ordenar el Tribunal en el supuesto de referencia. En definitiva, pues, bien directamente, bien a través de la mediación del Congreso, la norma declarada inconstitucional quedará derogada con efectos "*erga omnes*". Si a todo ello añadimos que el control es "*a posteriori*", no preventivo por tanto, y que se lleva a cabo por un órgano "*ad hoc*", especialmente diseñado para tal función, hemos de concluir que estamos en presencia de un auténtico modelo de control "*concentrado*".

Quisiéramos, no obstante, hacer una reflexión sobre la conveniencia de que intervenga el Congreso para derogar la norma declarada inconstitucional a través de la aprobación de una ley derogatoria. Es cierto que el Congreso a través de sus dos Cámaras, Senado y Cámara de Diputados, encarna, quizá en mayor medida que ningún otro órgano, la soberanía popular. Desde esta perspectiva, y en una línea de pensamiento no distante de la tan arraigada en Francia, de la primacía del principio de la soberanía parlamentaria, podría pensarse que la derogación automática de una ley teñida de un vicio sustancial o formal de inconstitucionalidad, podría suponer un cierto desdoro para el Poder Legislativo. Más aún, podría conducir a pensar que el Congreso está subordinado a la voluntad del Tribunal de Garantías, que puede actuar como un "legislador negativo". Sin embargo, este planteamiento no nos parece correcto.

Ante todo, hay que señalar que sí, como prescribe el art. 1 de la Ley No. 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 19 de mayo de 1982, el Tribunal es independiente de los demás órganos constitucionales, ello no significa que esté por encima de esos otros órganos. Ello sólo significa que en cuanto órgano de control de la Constitución, sólo se encuentra sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica. Tal previsión tiene como único norte subrayar la independencia del Tribunal con vistas a su trascendental misión de hacer efectiva jurídicamente la importante determinación del inciso inicial del art. 87 del Código Constitucional: "La Constitución prevalece sobre toda

otra norma legal". Desde esta perspectiva, la derogación de una norma legislativa afectada por un vicio de inconstitucionalidad no debe entenderse como un indicio de la subordinación del Congreso al Tribunal, sino como una prueba de la primacía de la "*lex legum*" sobre cualquier otra norma. Por todo ello, entendemos que quizá sería mejor solución generalizar la determinación del art. 302 de la Constitución, esto es, aplicarlo independientemente de cuál haya sido el origen (legislativo o no) de la norma inconstitucional. No hace falta decir que es ésta una consideración "*de lege ferenda*", pues su puesta en práctica pasaría por una reforma del articulado constitucional. Añadiríamos, finalmente, que lo que proponemos podría completarse con la específica determinación de la subsistencia de la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Junto al control "*concentrado*" nos encontramos, también en la Constitución de 1979, con el control "*difuso*" que subsiste quizá por el influjo del modelo existente con anterioridad al texto constitucional de 1979. El art. 236 de la Constitución determina que "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera". Es claro que tal previsión no es sino la consecuencia obligada de la primacía normativa de la Constitución. Este sistema puede conducir a un modelo similar al norteamericano en el que el precedente llegue a vincular, de modo especial, si a través de sucesivas impugnaciones se llega a la Corte Suprema de Justicia y ésta sienta jurisprudencia.

Ahora bien, en relación a este punto, se nos plantea un problema: ¿Están vinculados los jueces y los tribunales ordinarios por la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Garantías? Para nosotros, es claro que el Tribunal en cuanto órgano de control de la Constitución, debe ser el supremo intérprete de la misma. Es cierto que el art. 1 de su Ley Orgánica, inspirado en el art. 1 de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español, soslaya la referencia de este último al carácter de "intérprete supremo de la Constitución", que es sustituida por la de "órgano de control de la Constitución". Ello, aunque no deje de ser significativo, no obsta para que el Tribunal de Garantías deje de ser considerado como intérprete de la Constitución; pues es obvio que la constatación de la inconstitucionalidad de una norma implica una labor previa de hermenéutica constitucional. Desde este punto de vista, creemos que no puede descartarse por entero la posibilidad de que el Tribunal de Garantías dicte alguna sentencia interpretativa; esto es, alguna sentencia en la que supedita la constitucionalidad de una norma a una determinada interpretación de la misma que se entiende acorde a lo preceptuado por

el texto constitucional. Más aún, el Tribunal de Garantías, al conocer en vía de casación de las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, podría en algún supuesto sentar jurisprudencia en torno, por ejemplo, a cómo debe entenderse un determinado derecho.

Es cierto, desde luego, que el art. 9 de la Ley No. 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, de 7 de diciembre de 1982, prescribe al respecto que "las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general". Bien que se deje abierta la posibilidad de fallar en nuevos casos apartándose del precedente, supuesto en el que "los jueces explicarán las razones de hecho y derecho en que sustentan la nueva resolución". En todo caso, parece claro que la vinculatoriedad de la jurisprudencia a que alude el art. 9 de la Ley No. 23506 se refiere a la jurisprudencia sentada por las resoluciones de los órganos judiciales ordinarios.

En otro orden de consideraciones, debemos hacernos eco de las determinaciones del art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal, a cuyo tenor:

"Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal.

"Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular fundados en normas cuya inconstitucionalidad se halla en trámite ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución".

A la vista del citado precepto, parece clara la vinculación de los jueces y tribunales por los fallos dictados por el Tribunal. Ahora bien, sigue en pie, a nuestro juicio, la cuestión planteada con anterioridad respecto de la vinculatoriedad de la interpretación jurisprudencial de la Constitución sentada por el Tribunal de Garantías. Y no sólo nos referimos ya al supuesto de las sentencias interpretativas, sino también a las que la doctrina alemana llama "*tragende Gründe*", esto es, a aquellas razones o motivos sin los que el fallo no podría existir, por contraposición a los "*obiter dicta*", con lo que la vinculación, aun no extendiéndose a todos los razonamientos llevados a cabo por el Tribunal, sí habría de expandirse a aquella parte de los mismos que es relevante para el fallo; esto es, que soporta la decisión de tal modo que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal, sin que el resultado formulado en el fallo cambiara. Por todo lo dicho, hemos de concluir significando la conveniencia de una fórmula legal o constitucional que, con carácter general, subrayara

la vinculación de todos los Poderes Públicos a las sentencias del Tribunal. En España, la Ley Orgánica 2/79, del Tribunal Constitucional, prevé tal vinculación en su art. 38.1, que complementa por el art. 40.2, a cuyo tenor: "En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de la sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad". Con ello, no pretendemos mostrar un ejemplo a seguir, pues es claro que el modelo español es diferente en cuanto no admite el control "*difuso*", circunscribiéndose al control "*concentrado*".

En cualquier caso, alguna fórmula que resaltara la primacía última del Tribunal de Garantías y su jurisprudencia sí que creemos sería conveniente a la vista de la conjunción del modelo "*concentrado*" y del modelo "*difuso*", como modo de subrayar rotundamente esa función fundamental de órgano de control de la Constitución que ésta le atribuye.

II. Centrándonos ya en el análisis del *perfil orgánico del Tribunal*, hemos de señalar ante todo que su propia denominación, como ha puesto de relieve García Belaunde ("La influencia española en la Constitución Peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales"), fue tomada del borrador original de la Constitución española de 1978, que en este punto seguía a la Constitución de 1931, aun cuando, con posterioridad, la denominación citada cedería el paso a la de Tribunal Constitucional.

El Tribunal queda compuesto por nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo, y tres por la Corte Suprema de Justicia. En principio, este perfil nos recuerda al de la *Corte costituzionale* italiana que, aunque integrada por 15 magistrados, su elección se atribuye, por tercios, al Presidente de la República, al Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y a las supremas magistraturas, ordinaria y administrativas. A nuestro modo de ver, al distribuir la elección de los miembros del Tribunal entre los tres Poderes del Estado, se opta por una fórmula de equilibrio que consideramos acertada. Más afortunada, desde luego, que la que rige en España, en donde ocho de los doce magistrados que componen el Tribunal Constitucional son propuestos por las dos Cámaras legislativas (cuatro el Congreso y otros tantos el Senado), bien que este reparto por tercios sería de imposible cumplimiento en España en lo que al Jefe del Estado se refiere, pues la neutralidad que debe guiar la actuación del Rey en una monarquía parlamentaria imposibilita

al Monarca para que proceda, por ejemplo, a nombrar por su propia decisión a un determinado número de magistrados constitucionales.

De otro lado, nos parece asimismo afortunada la fórmula empleada para el nombramiento de miembros del Tribunal, por cuanto evita que otras instancias ajenas a los Poderes tradicionales del Estado puedan intervenir; lo que convertiría al Tribunal, o podría convertirlo, en un órgano heteróclito, dada la disparidad de origen de sus miembros. Este era el caso, como expone Palomino Manchego (en su trabajo sobre el "Tribunal de Garantías Constitucionales", aún inédito), de la composición que para el Tribunal se preveía en el Proyecto de Constitución, que incluía a miembros nombrados por el Senado (dos), por la Cámara de Diputados (uno), por el Ejecutivo (tres), por la Corte Suprema (tres), por los Colegios de Abogados de la República (uno), por el Consejo Nacional de la Magistratura (uno) y por las Facultades de Derecho de las Universidades de la República (uno).

En España, la experiencia del Tribunal de Garantías de la Segunda República muestra como una de las principales razones de su estrepitoso fracaso la politización de los vocales que lo integraban, y en ello tuvo buena parte de culpa la heterogeneidad de instancias legitimadas para proponer vocales del Tribunal.

Es cierto que en torno al punto que examinamos las opiniones discrepan a veces tangencialmente. Recordemos al efecto cómo Peláez Bazán (en "El Tribunal de Garantías Constitucionales", 2a. ed., Lima, 1980) entiende que el ideal sería que los miembros del Tribunal "sólo lo fuesen por delegación de los poderes elegidos por el voto de los pueblos, desde que sólo en ello radica la auténtica representación de la voluntad popular", posición ésta que no podemos compartir. Por su lado, Enrique Bernal (en su trabajo "Observaciones a la concepción y funcionamiento del Tribunal de Garantías" en el colectivo "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate") considera que la vinculación con los tres poderes del Estado se convierte en una razón de dependencia en el caso que nos ocupa. En el caso de los designados por el Poder Ejecutivo y Legislativo, porque la tendencia del gobierno y de su mayoría parlamentaria será la de politizar la composición del Tribunal, designando miembros políticos afines y excluyendo cualquier representante propuesto por las minorías opositoras. En el supuesto de los designados por el Poder Judicial, se sentirán comprometidos por su origen para casar resoluciones de Habeas Corpus o Amparo denegadas en la vía judicial. En cuanto a la primera objeción, que también parece compartir Guillermo Figallo (en sus "Co-

mentarios en torno a la reforma del Tribunal de Garantías Constitucionales", en la obra colectiva antes citada), que se inclina por un Tribunal integrado por miembros elegidos por las Universidades y Colegios de Abogados, reduciéndose el número de los designados por los Poderes Públicos, hemos de indicar que, a nuestro entender, partir de la inexorable politización de los miembros del Tribunal nombrados por los Poderes Legislativo y Ejecutivo es tomar como punto de partida un apriorismo valorativo que no siempre tiene por qué cumplirse. Pensemos que el Tribunal Constitucional Federal alemán es elegido, por mitades, por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* y, desde luego, si alguna crítica puede hacerse de este órgano, ésa no es, desde luego, la de su politización.

En España han sido frecuentes las críticas a la composición del Tribunal Constitucional, por entender que el hecho de que diez de sus doce componentes fuesen propuestos por órganos de naturaleza política (dos por el Gobierno, cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado) conducía inexorablemente a la politización partidista del Tribunal. La realidad, a nuestro modo de ver, no corrobora ese temor, sin que ello implique ignorar que ha existido un cierto llamémosle "acomodo" entre la composición del Tribunal y las mayorías parlamentarias; en especial desde el acceso en 1982 del P.S.O.E. al poder. Ahora bien, ese "acomodo" tampoco debe, de entrada, juzgarse negativamente. Estamos de acuerdo con **Jorge de Esteban** en la inconveniencia de una concepción "purista y asexuada" de los miembros de un Tribunal Constitucional; lo que, por supuesto, no debe entenderse en el sentido de que propugnemos una perfecta sintonía del Tribunal con las mayorías parlamentarias en cada momento existentes. Sería un grave error que el Tribunal reflejara miméticamente el perfil político-parlamentario; tal circunstancia le conduciría a una especie de tercera cámara.

En cuanto a la segunda objeción (los miembros del Tribunal propuestos por la Corte Suprema se sentirán coartados para casar resoluciones de Habeas Corpus o Amparo), no creemos que tenga necesariamente que ser así; puede que lo sea en algún caso, pero es una regla que, salvo apriorismos valorativos, no creemos que pueda generalizarse. Pensemos que la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías ha rodeado a los magistrados del Tribunal de un conjunto de garantías apreciables con las que se intenta salvaguardar su independencia. No sólo no están sujetos a mandato imperativo, sino que no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo; tampoco pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional. Bien es cierto que la reeligibilidad de los Magistrados

puede conducir, en algún caso, a mostrarse complaciente con el órgano que puede posibilitar su reelección. Por ello mismo, creemos que hubiera sido más conveniente establecer la irreelegibilidad, por lo menos inmediata, además de fijar un plazo algo más dilatado que el de seis años constitucionalmente establecido (art. 297).

En todo caso, el período de 6 años para el desempeño del cargo de magistrado del órgano de control de la Constitución, como afirma **Power Manchego-Muñoz** (en su obra "Constitución y Justicia"), no fue fijado por un acto carente de justificación, sin fundamento, dado que seis años es un período superior al de las personas que designan a los miembros del Tribunal (el Presidente de la República, los diputados y senadores son elegidos por un plazo de cinco años).

Nos parece, asimismo, muy adecuada la renovación por tercios del Tribunal, que nos recuerda la fórmula que al efecto rige en España; cada dos años ha de renovarse un tercio de los magistrados; a fin de cumplir tal exigencia, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley No. 23385, transcurridos los dos primeros años de la designación inicial de los magistrados, se procederá mediante "sorteo separado" a renovar un tercio de los miembros designados por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, es decir, uno por cada órgano; otro tanto se hará al vencimiento del cuarto año y, como parece lógico, agotado el sexto año, se renovarán los que aún permanecieran en el desempeño de su cargo, habiendo sido nombrados en el primer momento. La fórmula difiere de la acuñada en España, en donde, a efectos de la renovación, que se verifica también por tercios, se agrupan en tres bloques los doce magistrados, atendiendo para ello a su procedencia, englobando en un mismo bloque, a estos solos efectos, los propuestos por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial. Creo que la fórmula acuñada por la Ley Orgánica No. 23385 es más acertada, puesto que evita que un cambio brusco en la composición de uno de los órganos proponentes (pensemos en un nuevo Presidente de la República o en una mutación radical de las mayorías parlamentarias) se traduzca de inmediato, y con idéntica brusquedad, en una alteración drástica de la línea seguida por la instancia anterior en el nombramiento de los magistrados del Tribunal.

El art. 297 de la Constitución, en su inciso inicial, determina los requisitos exigidos para ser miembro del Tribunal: los mismos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos. A su vez, diremos que el art. 244 del Código Político exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

- 1o.) Ser peruano de nacimiento.
- 2o.) Ser ciudadano en ejercicio.
- 3o.) Ser mayor de cincuenta años, y
- 4o.) Haber sido magistrado de la Corte Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por un período no menor de veinte años.

Por su lado, el art. 12 de la Ley Orgánica No. 23385 ratifica puntualmente los requisitos precedentes.

Como indica con acierto el profesor **García Belaunde** (en su trabajo "La influencia española en la Constitución peruana"), de una comparación de estos requisitos con los exigidos por el art. 159.2 de la Constitución española de 1978, se desprende de modo inequívoco la mayor precisión en su enumeración y concreción, que contrasta con la ambigüedad con que en España se han determinado tales requisitos.

Aspecto en verdad novedoso lo constituye la exigencia de la "proba da ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos", explicable, según el propio **García Belaunde**, dentro de un medio en que muchos abogados y magistrados fueron colaboradores de los gobiernos militares. En todo caso, nosotros queremos significar la dificultad de concretar este requisito, su subjetivismo.

De otro lado, nos parece a todas luces excesiva la edad mínima de cincuenta años exigida para el acceso como magistrado del Tribunal. En ello creemos haber detectado una cierta coincidencia por parte de la doctrina peruana. Entendemos que bastaría con exigir haber cumplido un determinado período de ejercicio profesional como magistrado, catedrático o abogado; por ejemplo, como también se exige, veinte años. Es cierto que otros ordenamientos, como el germano-federal, contemplan parecidos requisitos (la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal exige la edad de cuarenta años para poder ser nombrado magistrado constitucional; en todo caso, es una edad bastante más reducida); sin embargo, nosotros estimamos más acertada la supresión de una edad mínima, pues la capacidad no se mide por la edad aunque sea indudable que haya un cierto acompasamiento entre una y otra.

El art. 14 de la Ley Orgánica No. 23385 enumera con suma minuciosidad las causas de incompatibilidad del cargo de magistrado del Tribunal. No vamos a reproducirlas, nos limitaremos a decir que se contemplan

con amplitud (incompatibilidad con el mandato parlamentario; con cualquier cargo político o administrativo a cualquier nivel, central, regional o local; con el ejercicio de cualquier jurisdicción; con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles ...); sin embargo, si nos detendremos en dos puntos diferenciados.

De un lado, la cuestión quizá más problemática: la compatibilidad (o incompatibilidad) de los magistrados constitucionales con la militancia en formaciones políticas o sindicales. A este respecto, el art. 14.6, básicamente, reproduce la previsión del art. 19.1, 6 de la Ley Orgánica 2/79, del Tribunal Constitucional español. A tenor del citado art. 14.6, el cargo de magistrado es incompatible "con el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, asociaciones sindicales, colegios profesionales y con toda clase de empleos al servicio de los mismos". Tal previsión implica implícitamente la compatibilidad con la militancia en partidos o sindicatos. Ahora bien, a mayor abundamiento, el apartado séptimo del propio art. 14, en su inciso final, puntualiza que les alcanzan, además (a los magistrados del Tribunal de Garantías), "las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial y están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga".

Con tal adición y, en especial, con la interdicción de "participar en política", se suscita la duda de si será compatible el cargo, o no, con la afiliación o pertenencia a un partido político. A nuestro modo de ver, la respuesta ha de ser negativa, pues, caso contrario, sobraría esta precisión del art. 14.7. En definitiva, un magistrado del Tribunal no puede militar en partidos políticos o sindicatos.

De otro lado, una segunda cuestión, también problemática, es la salvedad que hace el art. 14.2 respecto a la incompatibilidad del cargo de magistrado con el desempeño del mandato de diputado y senador. Tal previsión no afecta a los senadores vitalicios. De conformidad con el art. 166 de la Ley Superior, son senadores vitalicios los ex-presidentes constitucionales de la República. Valentín Paniagua (en "En torno al funcionamiento del Tribunal", en el colectivo ya referido, "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate"), ha explicado el porqué de tal excepción. En su origen, nos dice, la disposición tuvo una clara connotación personal, pues se propuso y sancionó con el pensamiento puesto en el entonces único senador vitalicio y jurista, el Dr. José Luis Bustamante y Rivero. En todo caso, toda excepción que se hace a una regla general, y que tiene como destinatario a una persona es algo por sí mismo discutible. Bien es verdad que esta salvedad puede plantearse desde otra perspec-

tiva, más aceptable, y que nos recordaría una norma similar de la Constitución francesa de la Quinta República, que declara miembros natos o "*de iure*" del "*Conseil constitutionnel*" a los ex-Presidentes de la República.

III. Nos referiremos ahora a ciertos aspectos relativos al *funcionamiento del Tribunal*. Es precisamente en este punto donde encontramos algunas de las determinaciones más discutibles y discutidas de la Ley Orgánica No. 23385.

Exige la Ley del Tribunal un quórum de seis miembros, obviamente, para que pueda adoptar acuerdos. Esta proporción es coincidente con la que prevé el art. 14 de la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal español, a cuyo tenor el Pleno del Tribunal podrá adoptar acuerdos cuando estén presentes, al menos, dos tercios de los miembros que en cada momento lo compongan.

Si nada hay que decir acerca de tal exigencia, no sucede lo mismo con la determinación del art. 8 de la Ley No. 23385, por cuya virtud: "El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de cinco votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción, que exigen seis votos conformes". Una exigencia de esta naturaleza implica la ineludibilidad de un altísimo grado de consenso en el Tribunal para que éste pueda decidir la inconstitucionalidad de una norma impugnada. Es cierto que con buen criterio, la Ley (art. 11, párrafo segundo) acoge el instituto de la "*prorogatio*", lo que supone que los magistrados continúen en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles. Ello evita auténticos "vacíos" en el funcionamiento del Tribunal que, sin lugar a dudas, se podrían producir de no admitirse este instituto. Ahora bien, basta con que exista una vacante en el Tribunal y que en un momento dado un magistrado permanezca ausente para que sea precisa casi la unanimidad para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Pero, con implicar esta circunstancia un cierto "encorsetamiento" del Tribunal, no es esto lo más preocupante. Lo más grave resulta de la exigencia de cinco votos conformes para que haya acuerdo, cualquiera que éste fuere lo que puede suponer —y de hecho ya ha supuesto— que el Tribunal se vea incapacitado para decidir en un caso dado. No nos parece nada acertada esta fórmula legal.

En España, el art. 90.1 de la Ley Orgánica 2/79, ya citada, prescribe al respecto lo que sigue: "Salvo en los casos para los que esta ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente". Tampoco esta fórmula nos parece del todo correcta, pues al venir compuesto el Tribunal por un número par de miembros —inconveniente grave que no se produce en el caso del Tribunal peruano— es posible el empate (tal circunstancia se ha producido ya en tres ocasiones), y para salir del "*impasse*" al que el empate conduce, sólo cabe el voto de calidad del Presidente, solución bastante criticable a nuestro modo de ver.

Por nuestra parte, propondríamos una fórmula similar a la existente en la República Federal Alemana, y en ello coincidimos con **Gius-tino D'Orazio**, quien también hace suya esa fórmula, proponiéndola como modelo a seguir en Italia. Se trata, en definitiva, de atribuir un contenido jurídico concreto a la paridad de votos, en vez de hacer depender el fallo de la voluntad presidencial. A tenor de la normativa germano-federal, "en el supuesto de empate de votos, no cabe constatar una infracción de la Constitución". Se opta, pues, por una presunción de constitucionalidad de la norma recurrida, salvo que una mayoría de jueces constatare formalmente que la norma fundamental ha sido conculcada. Quizá sea ésta, en último extremo, la filosofía inspiradora del art. 8 de la Ley No. 23385, pero en cuanto a tenor de ese precepto, no sólo no cabe declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando no existan seis votos conformes, sino que parece que tampoco cabe ningún acuerdo cuando no existan cinco votos conformes, parece que lo que se está propiciando es que no haya acuerdo alguno, ni favorable a la inconstitucionalidad, ni proclive a entender conforme a la Constitución la ley impugnada ante el Tribunal.

El profesor **Quiroga León** (en su trabajo "El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser", publicado en la Revista de Derecho "Thémis") se ha planteado, con minuciosidad, la problemática precedente. Tras admitir la racionalidad de la exigencia de seis votos para constatar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se interroga: ¿Cabe lo mismo para lo contrario?; es decir, si la inconstitucionalidad requiere de seis votos, ¿es exigible lo mismo para la constitucionalidad? Se hubiese podido optar, añade el citado autor, refiriéndose a los supuestos en que el Tribunal no tomó ningún tipo de resolución, por poner a votación la declaración de constitucionalidad, coincidiendo ello con lo que ha acontecido en la realidad: que las normas impugnadas se hallan vigentes.

El profesor **García Belaunde**, también en relación con la problemática suscitada, piensa que sería necesario considerar la figura de los magistrados suplentes, "porque en los dos casos importantes en los cuales no hubo resolución, como es el caso de los votos válidamente emitidos y el voto preferencial, si hubiera habido suplentes, se hubiera formado sentencia, a favor o en contra". En cualquier caso, con una visión de futuro, cabe pensar que al funcionar el Tribunal con la totalidad de sus miembros, el hecho de que, en un momento determinado, pueda retrasarse el nombramiento de uno de sus magistrados, no debe, en principio, amenazar el funcionamiento normal del Tribunal; la institución de la "*prorogatio*" tiende a impedir su posible paralización.

Ello no obstante, debiera flexibilizarse la fórmula legal a que venimos refiriéndonos, y al margen ya de optar por la presunción de constitucionalidad cuando no exista una mayoría (cualificada o no) de jueces proclives a apreciar un vicio de inconstitucionalidad, debiera de establecerse como módulo de cómputo de votos el de los jueces o magistrados del Tribunal que participen en la deliberación, a salvo, claro es, la exigencia legal de un quórum de seis de sus miembros.

IV. *Las competencias del Tribunal* están enumeradas por el art. 298 de la Constitución, a cuyo tenor, el Tribunal, que tiene jurisdicción en todo el territorio de la República, es competente para:

- 1o.) Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo, y
- 2o.) Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.

Veremos sucesivamente ambas atribuciones.

V. La *acción de inconstitucionalidad* puede ser interpuesta por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, 60 diputados, 20 senadores y 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

A nuestro modo de ver, la legitimación se contempla con gran amplitud. Es cierto que en cuanto a la legitimación popular se refiere, como ha advertido **García Belaunde**, lograr 50,000 firmas es poco menos que imposible, lo que convierte en casi inaplicable la participación popular en el control de constitucionalidad. Y también lo es, a nuestro modo de entender, que la exigencia de un número igual a la tercera parte de los senadores y al tercio de los diputados, para presentar una acción de inconstitucionalidad restringe considerablemente las posibilidades de la oposición parlamentaria, y desde luego de las minorías, en orden a la puesta en movimiento del mecanismo del control de la constitucionalidad; si comparamos esos porcentajes con los que rigen en España (50 diputados pueden presentar un recurso de inconstitucionalidad, frente a un total de 350 miembros que integran la Cámara baja, esto es, 1/7 del total; asimismo, 50 senadores están legitimados para la presentación de tal recurso, sobre un total de unos 250 miembros de la Cámara alta, esto es, 1/5 del total), se aprecia de inmediato la mayor dificultad que para las minorías supone en Perú la presentación de un recurso de inconstitucionalidad.

En todo caso, dada la legitimación de los distintos Poderes en orden a la presentación de una acción de este tipo, hemos de concluir significando la amplitud de la legitimación.

La acción que nos ocupa debe interponerse dentro de un plazo muy dilatado, seis años contados a partir de su publicación; pensamos que este plazo debiera en un futuro reducirse, pues el principio de seguridad jurídica, a nuestro juicio, así lo aconseja.

La sentencia que dicte el Tribunal tiene autoridad de cosa juzgada; asimismo, es interesante destacar que la sentencia denegatoria de inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de una nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional. De otro lado, si la norma impugnada ya no se encontrara vigente, el Tribunal se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Subrayaremos, por último, la irretroactividad (efectos "*ex nunc*") de la sentencia que declare, en todo o en parte, la inconstitucionalidad de una norma.

En cuanto a la incidencia de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad sobre la norma impugnada, ya nos referimos a esta importante cuestión, y ahora sólo insistiremos en la conveniencia, a nuestro

juicio, de generalizar el régimen seguido respecto de las normas regionales o municipales (los efectos de la sentencia se producen al día siguiente de su publicación oficial), haciéndolo extensivo también a las normas declaradas inconstitucionales que provengan del Poder Legislativo.

VI. En cuanto a la *casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de Habeas Corpus y Amparo*, cabe acudir a este recurso extraordinario una vez que quede agotada la vía judicial. Están legitimados al efecto el Ministerio Público o la parte, se supone que interesada. El plazo para interponer el recurso es de 15 días, a partir de notificada la resolución denegatoria de la Corte Suprema.

La intervención del Tribunal en esta materia se contempla, pues, con bastante más amplitud que la acción de inconstitucionalidad, lo que parece de todo punto lógico. Algo similar sucede con el recurso de amparo constitucional en el ordenamiento español, bien que el carácter de este recurso sea diferente en algún caso; así, por ejemplo, de conformidad con el art. 42 de la Ley Orgánica 2/79, cabe recurrir directamente las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, cuando se entienda que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Por el contrario, en las demás presunciones de actos supuestamente conculcadores de un derecho, esto es, cuando esos actos provengan de cualquier órgano o autoridad distinto de los órganos legislativos será preciso agotar la vía judicial previa para poder llegar al Tribunal Constitucional en demanda de amparo.

La casación, según el art. 43 de la Ley Orgánica No. 23385, tiene por objeto observar: 1o.) Que las resoluciones no hayan violado la ley. 2o.) Que en las resoluciones no se haya aplicado falsa o erróneamente la ley. Y 3o.) Que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo. El conocimiento que ha de llevar a cabo el Tribunal de Garantías en torno a la resolución judicial casada abarca tanto cuestiones formales como sustanciales. A la vista de ello, creemos que el Tribunal de Garantías puede encontrar en esta atribución un amplio campo de interpretación jurisprudencial de la Constitución.

Estimada la violación o errónea aplicación de la ley en que se funda la resolución judicial casada, el Tribunal devolverá los autos a la Sala de la Corte Suprema que conoció del asunto para que se pronuncie con arre-

glo a lo resuelto por el Tribunal. Ello nos recuerda lo que sucede en España con el recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial. Según el art. 54 de la Ley Orgánica 2/79, cuando la Sala conozca de un recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. En todo caso, aunque existe una cierta similitud, en especial, respecto de la común circunstancia de que el Tribunal, en ningún caso, entra a resolver el fondo de asunto, es claro que el Tribunal español no puede considerarse como órgano de casación, ni siquiera en su intervención en los supuestos precedentemente referidos; pues su intervención se circunscribe a determinar si se vulneró o no un derecho constitucional.

Cabe significar, por último, que es en la vía de casación frente a resoluciones denegatorias de amparo o habeas corpus donde el Tribunal de Garantías Constitucionales viene desempeñando un papel más destacado. Sería de desear que ello se extendiera, asimismo, a la vía de la acción de inconstitucionalidad.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA (\*)

- Bernales Ballesteros, Enrique: "Observaciones a la concepción y funcionamiento del Tribunal de Garantías". En el colectivo, "El Tribunal de Garantías en debate", Comisión Andina de Juristas — Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, págs. 149 y sigs.
- De Esteban, Jorge: "La renovación del Tribunal Constitucional: una voz disidente". Artículos publicados en el diario "El País", ediciones del 20 y 21 de marzo de 1983.
- D'Orazio, Giustino: "Giudice costituzionale". En: "Enciclopedia del Diritto", vol. XVIII, Giuffrè Editore, Milano-Varese, 1969, págs. 949 y sigs.
- Figallo A., Guillermo: "Comentarios en torno a la reforma del Tribunal de Garantías Constitucionales". En el colectivo, "El Tribunal de Garantías en debate", op. cit., págs. 155 y sigs.
- García Belaunde, Domingo: "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales". En el colectivo, "El Tribunal de Garantías en debate", op. cit., págs. 113 y sigs.
- García Belaunde, Domingo: "La influencia española en la Constitución peruana". (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales). En: Revista de Derecho Político (UNED), No. 16, invierno, Madrid, 1982-83, págs. 201 y sigs.
- Palomino Manchego, José F.: "Tribunal de Garantías Constitucionales". Trabajo aún inédito, de próxima publicación, una de cuyas copias me ha sido cedida amablemente por el autor.
- Paniagua, Valentín: "En torno al funcionamiento del Tribunal". En el colectivo "El Tribunal de Garantías en debate", op. cit., págs. 123 y sigs.
- Peláez Bazán: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", 2a. ed., Lima, 1980.
- Power Manchego-Muñoz, Jorge: "Constitución y Justicia", Editorial Andina, Lima, 1984.
- Quiroga León, Aníbal: "El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser". En "Themis", Revista de Derecho, 2a. época, 1986, No. 4, Lima, págs. 40 y sigs.

---

(\*) Este trabajo fue redactado con motivo del cursillo que tuve la satisfacción de impartir en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en el mes de noviembre de 1987, con motivo del Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional. La bibliografía transcrita se ciñe exclusivamente con las citas realizadas por el autor a lo largo del trabajo.