

LOS ORÍGENES Y LA DINÁMICA DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: EL PROBLEMA DEL CONSTITUCIONALISMO SIN DEMOCRACIA

Heber Joel Campos Bernal
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

A mi madre

En el presente trabajo se incide en los orígenes del control de constitucionalidad en el Perú, y se pone énfasis en sus momentos claves y en su práctica jurisprudencial. Se destaca el rol cumplido por el Tribunal de Garantías Constitucionales y por el Tribunal Constitucional. En el caso de este último, se señalan hasta tres momentos de su dinámica y evolución jurisprudencial: el tribunal sojuzgado, el tribunal de transición y el tribunal activista.

Una primera conclusión crítica que se desprende de este análisis es que en el Perú no poseemos una práctica constitucional consolidada y comprometida con los valores de la democracia y los derechos fundamentales. Esto se debe, en gran medida, a la debilidad histórica del Poder Judicial durante la República y a la presencia de gobiernos *de facto*, que minan, entre otras cosas, la convivencia entre los diversos sectores sociales y políticos del país.

Asimismo, se plantea una mirada normativa del rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional en una democracia, y se enfatiza la importancia que poseen para ese propósito la deliberación pública y la protección de los derechos. El marco teórico desde el cual se lleva a cabo este análisis es el del republicanism cívico, que constituye una apuesta más exigente que la del liberalismo por tratar de dotar de sentido al autogobierno popular en un escenario de pluralismo y diversidad cultural.

I. Presentación

En el presente artículo se desarrolla un análisis de la evolución de la jurisdicción constitucional a la luz de sus aportes y relaciones con la democracia. Para este fin, el análisis se fundamenta en una visión de la denominada democracia republicana. Según este enfoque, se sostiene que la democracia florece, esencialmente, en un contexto de participación y deliberación basado en la protección de los derechos y en un replanteo de la libertad, asumida como libertad positiva.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/heber-campos-bernal>

La reflexión se sustenta en la relación que existe entre el Tribunal Constitucional y la democracia y se centra, sobre todo, en el estudio crítico frente a lo que ha sido, en los últimos años, la puesta en marcha de dicha entidad.

El artículo está dividido en tres partes. La primera trata, brevemente, sobre la evolución histórica de la jurisdicción constitucional en el Perú; la segunda aborda la relación intrínseca entre el constitucionalismo y la democracia; y, por último, la tercera se ocupa de la relevancia del republicanismo en el análisis y comprensión del rol del Tribunal Constitucional como un instrumento para optimizar la deliberación pública.

2. Los orígenes de la jurisdicción constitucional en el Perú

Los orígenes del control constitucional en el Perú se remontan al siglo XIX. En aquella época, casi todas las constituciones —tanto liberales como conservadoras— mantuvieron un modelo de control constitucional político, es decir, un tipo de control constitucional a cargo del ejecutivo o del parlamento. Sin embargo, este modelo de control resultó ser ineficaz en la práctica. No existe información acerca de que en el siglo XIX se hayan emitido resoluciones a favor de la exequibilidad de una ley; lo cual se debió, tal vez, a la misma razón por la cual, años más tarde, en Europa continental Hans Kelsen abogó por un modelo de control concentrado alejado del parlamento, basado en el argumento de que quien emite las leyes no puede ser al mismo tiempo quien las controle¹.

Domingo García Belaunde sostiene que, si bien la Constitución de 1856 introdujo el principio de primacía de la Constitución, este no contó en los hechos con un mecanismo de protección específico. Es a nivel de la doctrina que se realizó el aporte más importante a favor del control de constitucionalidad de las leyes durante el siglo XIX. Este fue el caso, por ejemplo, de Bartolomé Herrera y Felipe Masías. El primero sostiene, en el comentario a la traducción al francés del *Compendio de derecho público* de Pinheiro Ferreira, que en Francia existía un poder moderador (inspirado en Benjamín Constant) encargado del control de constitucionalidad de las leyes. El segundo plantea, en su *Manual de derecho constitucional*, que el Poder Judicial debía llevar a cabo ese control (García, 2001, pp. 26-27).

Por otro lado, en 1919 la Comisión Prado, que debe su nombre al insigne humanista Javier Prado, propuso un anteproyecto de Constitución que incluía, de manera expresa, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. Este anteproyecto no se discutió en el pleno y la Constitución, aprobada en 1920, no incluyó este control entre las competencias del Poder Judicial. Su aporte, sin embargo, consistió en servir de insumo a la Comisión Reformadora del Código Civil, instalada en 1922, la cual aprobó, finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes en el Código Civil de 1936.

2.1. El modelo de control dual y el debate de la Asamblea Constituyente de 1979.

El modelo de jurisdicción constitucional previsto en la Constitución de 1979 se caracteriza por ser un modelo de control dual, vale decir que al mismo tiempo que permite el control difuso por parte del Poder Judicial, permite el control concentrado por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales sin «mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse» (García, 2001, p. 140). El profe-

¹ La información sobre la evolución y desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú es vasta. Las fuentes para este trabajo se encuentran en la sección de referencias.

sor García Belaunde señala que «los orígenes de este modelo [...] son simple consecuencia de la aplicación y desarrollo en nuestra América de los institutos creados en otras partes, pero que aquí han merecido un desarrollo autónomo y, en cierto sentido, peculiar, que le son distintivos y están motivados por nuestra propia evolución política-institucional» (García, 2001, p. 136).

En la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía las siguientes competencias: (i) conocer en casación las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* y amparo, una vez agotada la vía judicial; y (ii) conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad. El Tribunal estaba conformado por nueve miembros, elegidos a semejanza de la división de poderes tradicional, en temas que proponían el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Congreso². Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, además, tenían efectos *ex nunc* y vinculaban a todos los poderes públicos.

Una de las críticas iniciales a las competencias del Tribunal de Garantías provino del Poder Judicial. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que existe consenso acerca de que el Tribunal es el órgano de clausura del ordenamiento jurídico en materia de derechos fundamentales, en aquella época esta tesis aún no se había consolidado, lo cual generó, en algunos casos, tensiones que se traducían en el respaldo político por parte del Gobierno a favor de una u otra entidad (García, 2001, p. 257).

Domingo García Belaunde (2001) explica que el propósito de crear un Tribunal de Garantías Constitucionales fue evitar que, por interferencias políticas, el Poder Judicial no cumpliera a cabalidad sus funciones³. Ya para ese entonces en España se había creado un Tribunal Constitucional con funciones semejantes a las del Tribunal de Garantías peruano, pero con una conformación y un origen distintos.

En el Perú no existió, sino hasta mediados del siglo XX, un mecanismo de control constitucional específico. En el siglo XIX se desarrollaron algunas iniciativas provenientes, sobre todo, de la doctrina, pero ninguna que tuviera asidero ni en la Constitución, ni en sus leyes de desarrollo. Recién con el Código Civil de 1936, se crearía en el Perú un modelo de control constitucional difuso. La norma que lo regulaba señalaba lacónicamente lo siguiente: «En caso de conflicto entre la Constitución y la ley, y entre esta y otras normas de rango inferior, los jueces preferirán la primera». Esta norma, que en la práctica tuvo un efecto casi nulo (dado que en el breve lapso que estuvo vigente se sucedieron al menos dos gobiernos militares), fue reglamentada el año 1963 mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley 14605), que dispuso que su naturaleza era de derecho público y no de derecho privado, como señalaban los

2 Sobre el particular, Rubio y Bernaldes (1981) sostienen lo siguiente: «Es indiscutible que la mayoría constituyente ha considerado necesario limitar la autonomía de este tribunal. Anecdótico puede ser el silencio frente a su independencia, pero es claro que, conformado por tercios elegidos por cada poder, difícilmente podrá enfrentárseles en los casos más arduos de defensa constitucional que, precisamente, son los actos arbitrarios de la autoridad y las normas inconstitucionales» (p. 259).

3 «En 1979, cuando estaba en funciones la Asamblea Constituyente, sus miembros, que en gran mayoría habían sido opositores del gobierno militar, sobre todo en su primera fase, mostraron una aguda desconfianza frente al Poder Judicial. Por un lado, trataron de configurar una institución judicial independiente, que no viviera acicateada por tantas presiones, pero por otro, desconfiaban de él, pues en el inmediato pasado no había sido un defensor de la constitucionalidad. Por tanto, idearon una fórmula doble: consagraron, por vez primera a escala constitucional, el control difuso, o sea, el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de cualquier juez, y sujeta a una reglamentación posterior; y por otro, crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales, con dos funciones específicas: la primera, conocer en casación las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* y amparo, y la segunda, conocer de la acción de inconstitucionalidad, o sea el control abstracto de las leyes» (García, 2001, p. 28).

que se oponían a su aplicación. Una vez recobrada la democracia e instalado el nuevo gobierno, en 1980, entró en funciones el Tribunal de Garantías Constitucionales. Si bien el saldo de su gestión fue negativo (emitió apenas quince sentencias de inconstitucionalidad, de las cuales menos de un tercio fueron declaradas fundadas) sirvió para inscribir en el imaginario académico la tesis del control constitucional (Landa, 2005, pp. 79-82).

Las razones del fracaso del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la década de 1980 se inscriben en las siguientes categorías: (a) razones de tipo normativo y (b) razones de tipo cultural. Las primeras obedecen a las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales. Estas, como se ha mencionado, consistían en resolver en vía de casación los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus* y, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad. En la práctica, sin embargo, dichas competencias fueron limitadas por una serie de impedimentos tales como que para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad se necesitaban siete de nueve votos posibles, o que los procesos de amparo o *habeas corpus* no podían ser resueltos, directamente, por el Tribunal de Garantías. Lo anterior, sumado a la falta de apoyo institucional, terminó por afectar la labor del Tribunal de Garantías al extremo de que en el lapso de doce años apenas se emitieron quince sentencias, de las cuales solo cinco fueron declaradas fundadas.

Asimismo, las razones de tipo cultural que explican el fracaso del Tribunal de Garantías se basan en la ausencia de una cultura a favor de la protección de los derechos fundamentales en nuestro medio. En la década de 1980, no existía en el Perú una doctrina asentada de derecho público. Los principales referentes académicos de los peruanos se remontaban al siglo XIX y los aportes de los assembleístas que introdujeron el sistema de control concentrado consistieron en replicar la incipiente experiencia constitucional española⁴. No hubo, pues, una cultura de derechos que hiciera posible una crítica a los excesos del poder estatal de aquellos años, o la inclusión de amplios sectores de la sociedad en la toma de las decisiones públicas (Bernal, 1989, pp. 17-25).

La respuesta del Tribunal de Garantías ante dicho problema fue, casi siempre, formalista, lo cual impidió que se consolidara una práctica constitucional inspirada en la tradición jurídica del liberalismo clásico, acorde con una mirada que ve con recelo el uso indiscriminado del poder o la acumulación del mismo en un solo órgano del Estado. Asimismo, impidió que se tomara, tal como sucedió en otros países, los mejores aportes de la tradición continental o anglosajona, para reflexionar críticamente acerca de los alcances y límites de la constitución dogmática y orgánica (Gargarella, 2013).

2.2. El Tribunal Constitucional durante la época de Alberto Fujimori.

La Constitución de 1993 mantuvo el Tribunal de Garantías, aunque con una nueva denominación: Tribunal Constitucional. Esta entidad tuvo como competencias: (i) realizar el control concentrado de las leyes en instancia única, (ii) realizar el control de competencias entre los distintos poderes del Estado en instancia única, y (iii) resolver en última instancia los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento. El Tribunal Constitucional, asimismo, estaba compuesto por siete magistrados designados, de forma directa por el Congreso, por un periodo de cinco años sin posibilidad de reelección⁵.

4 De esta época cabe destacar el pionero libro de García de Enterría (2006).

5 Para un análisis sistemático de los avances y novedades introducidas en la Constitución de 1993, incluido el Tribunal Constitucional, véase: Abad (2006, pp. 11 y ss.) y Eguiguren (2002, pp. 341 y ss.).

El Tribunal Constitucional elevó el estándar de las sentencias, en cuanto al número y calidad, en comparación con el Tribunal de Garantías. En efecto, en los casi quince años que abarca la producción del Tribunal Constitucional —no hay que olvidar que este colegiado empezó sus actividades en 1996, pues antes de esa fecha no se pudieron designar a sus integrantes— se emitieron alrededor de cinco mil sentencias, las cuales, además de abarcar temas complejos como el rol del Estado en la economía o la legitimidad de la Constitución de 1993, generaron un impacto notable en la promoción y garantía de los derechos fundamentales y en la imposición de límites al poder político, pese a la experiencia aciaga del gobierno de Alberto Fujimori (Degregori, 2000, pp. 25 y ss.).

Así, por ejemplo, destacan, entre otras, la STC Exp. 010-2002-AI/TC, que replanteó los límites entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria; la STC Exp. 008-2003-AI/TC, que desarrolló el contenido esencial del principio de subsidiariedad del Estado en materia económica; y la STC Exp. 014-2002-AI/TC, que dispuso que los derechos humanos configuran un límite material del poder de reforma.

Desde su creación en el año 1993 hasta ahora, el Tribunal Constitucional ha atravesado cuatro etapas: (i) la de un tribunal sojuzgado, que abarca los años 1996 a 2000, (ii) la de un tribunal en transición que abarca los años 2000 a 2002, (iii) la de un tribunal activista, que abarca los años 2003 a 2007 (Campos, 2007, pp. 95 y ss.), y (iv) la de un tribunal conservador o reaccionario, que abarca los años 2008 a 2014.

La primera etapa se caracterizó por la falta de garantías mínimas para que el Tribunal Constitucional cumpliera a cabalidad con sus funciones. Quizás el acontecimiento más significativo de esta etapa fue la destitución de tres de sus integrantes en el año 1997, lo cual imposibilitó que el Tribunal Constitucional realizara el control abstracto de constitucionalidad de las leyes por falta de un *quorum* mínimo, hasta que dichos magistrados fueron restituidos en el año 2000, por orden de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ordenar la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional fue el siguiente:

[...] en el presente caso se dieron una serie de vicios en el proceso de acusación constitucional de los magistrados del Tribunal Constitucional. Estos vicios impidieron el ejercicio de la defensa ante un órgano imparcial y dieron lugar a una consecuente violación del debido proceso, producto de lo cual se dio la destitución de los tres magistrados mencionados en este caso. Dichos magistrados tampoco pudieron acceder a un recurso sencillo, rápido y efectivo para la restitución de los derechos conculcados (supra 93-97). Esta situación impidió a los magistrados mantenerse en sus cargos bajo las condiciones que se establecen en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001)

La segunda etapa del Tribunal Constitucional se inició en el año 2000, en un contexto en el que el país atravesaba una profunda crisis de legitimidad de sus instituciones. Si bien es cierto que durante dicha etapa no se emitieron sentencias notables desde el punto de vista técnico y, además, muchas de ellas pueden ser consideradas discretas, sí se tomaron acciones concretas para desmontar la densa red de corrupción tejida por el fujimorismo en la década previa. Entre estas medidas se encuentran: la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el apoyo a las políticas emprendidas por el gobierno de transición, y la emisión de sentencias que redujeron la enorme carga procesal heredada de los años en que el Tribunal estuvo sojuzgado.

La tercera etapa del Tribunal Constitucional se inició el año 2003 con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, los cuales no solo le dieron un nuevo impulso a la labor desarrollada por este cuerpo colegiado, sino que además dieron paso a una corriente nueva en nuestra jurisprudencia: el activismo judicial.

En efecto, durante el breve lapso que duró esta etapa, el Tribunal Constitucional emitió una serie de fallos que pusieron énfasis en la protección de los derechos sociales y en las omisiones del Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

La reacción de las autoridades políticas, desde luego, no se hizo esperar. Así, pues, el Gobierno, amparado en una doctrina de corte formalista, reclamó un mayor autocontrol a los miembros del Tribunal Constitucional, y algunos líderes políticos propusieron iniciativas legislativas destinadas a limitar las funciones de esta entidad con miras a que se abocara a su labor de legislador negativo, y dejara de lado el rol «creativo» que venía asumiendo.

Lo que sí prosperó fue la impronta de las sentencias del Tribunal Constitucional y las reacciones que generaron entre la ciudadanía. En un medio como el peruano, donde por lo general el Poder Judicial carece de apoyo, el respaldo a las decisiones del Tribunal Constitucional fue una muestra de que sus aportes eran bien recibidos y de que, en la práctica, podía actuar como un contrapeso eficaz para las medidas adoptadas por el Gobierno⁶.

Por último, la cuarta etapa del Tribunal Constitucional comprende los años desde el 2008 hasta el 2014. Aquí es posible, sin embargo, identificar hasta dos corrientes o líneas de actuación distintas. La primera, que se sitúa entre los años 2008 al 2010; y la segunda, que comprende los años 2010 al 2014. En la primera etapa, se culminó el trabajo realizado por el tribunal activista. Este fue un periodo de consolidación y reafirmación de varias de las líneas jurisprudenciales seguidas por el tribunal. Destacan de este periodo la emisión de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de los derechos de los pueblos indígenas, y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En esta etapa fue decisivo el liderazgo asumido por su presidente, el doctor César Landa⁷.

La segunda etapa se inició, formalmente, con la designación de un nuevo grupo de magistrados⁸, que se caracterizó por el rechazo a las decisiones adoptadas por la anterior conformación del Tribunal Constitucional y por una lectura tradicionalista del modelo de fuentes de nuestro sistema jurídico, según el cual la ley debía traducir los términos de la Constitución, al margen de la autonomía y relevancia que de por sí posee esta norma.

Destacan dos fallos en particular que servirán para contextualizar el anterior aserto: la sentencia recaída en el Exp. n. ° 4293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), que revocó el precedente vinculante que disponía que los órganos administrativos podían realizar el control difuso, y la sentencia recaída en el Exp. n. ° 02005-2009-PA/TC, que sostuvo que la anticoncepción oral de emergencia (AOE) atentaba (o podía atentar) contra el derecho a la vida. Ambas decisiones —es importante anotarlo— modificaron fallos previos⁹, y dieron a entender que, de

6 Sobre este punto se recomienda revisar el análisis realizado por Grandez (2010, pp. 58 y ss.).

7 César Landa fue Presidente del Tribunal Constitucional durante los años 2008 a 2010.

8 Este nuevo grupo de magistrados fue designado por el Congreso, mediante Resolución Legislativa n. ° 007-2007-CR del 6 de septiembre de 2007. Estos fueron: Fernando Calle, Ernesto Álvarez, y Gerardo Eto.

9 En el caso de la sentencia que declaró inconstitucional que los órganos administrativos realicen el control difuso, la decisión que fue revertida fue la sentencia recaída en el Exp. n. ° 03741-2004-PA/TC, mientras que en el caso de la AOE, la decisión que fue revertida fue la sentencia recaída en el Exp. n. ° 7435-2006-PC.

ser necesario, las líneas jurisprudenciales desarrolladas hasta ese entonces serían objeto de una revisión crítica, a la luz de nuevas consideraciones dogmáticas e ideológicas.

En los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido objeto de diversas críticas sobre todo por parte de personalidades del mundo académico y político. Estas críticas han girado en torno al retroceso en materia de protección de derechos de los grupos y sectores desaventajados y a la débil labor de contrapeso institucional y democrático de las decisiones que adoptan los denominados «poderes salvajes» (Ferrajoli, 2011, pp. 27 y ss.).

3. Constitucionalismo sin democracia

El derecho se nutre de la política a través del diálogo y del intercambio de puntos de vista que se originan en la deliberación pública y que hacen posible la creación y aprobación de las leyes. Como ha sostenido Carlos Nino, este intercambio no está exento de algunos límites (Nino, 1997). Estos consisten, por un lado, en las reglas procedimentales que se deben respetar durante la deliberación pública y, por el otro, en las reglas sustantivas que no pueden ser transgredidas so pena de poner en riesgo el denominado coto vedado de los derechos (Ferrajoli, 2006, pp. 37 y ss.).

La política deviene, por ello, en un sucedáneo del derecho que, como menciona Nino (1989): «[...] puede guiar a la persona moral hacia principios morales válidos, aunque esa guía tiene diferentes grados de certeza y no es nunca absolutamente confiable, y siempre queda la posibilidad de revisar la decisión alcanzada en base a la reflexión acerca de cuál hubiera sido el consenso ideal» (p. 397). Esta guía se vincula con el resultado del debate democrático, pues en un escenario en el que todas las partes tienen la misma oportunidad de exponer sus puntos de vista, es menos probable que no estén de acuerdo con el resultado de la deliberación (Fishkin, 1995).

Desde sus orígenes, el constitucionalismo liberal ha tenido como propósito garantizar la participación y la representación política de las mayorías, pero no ha tomado en cuenta —al menos con la atención debida— la importancia de la participación de las minorías en ese proceso. Maurizio Fioravanti señala al respecto que tanto la Revolución Francesa como la Revolución Americana pusieron un énfasis excesivo en el voto de las mayorías, con lo cual garantizaron, aunque debilitado por la protección de los derechos individuales, que se convirtiera en el criterio esencial para establecer la voluntad general del Estado (Fioravanti, 2000, pp. 97 y ss.). Esta combinación de mayorías y participación política pronto fue adoptada en América Latina como un rezago del ideal decimonónico de gobierno de las leyes y no de los hombres, que terminó por consolidar la cultura política y jurídica de nuestros países, con lo cual el positivismo se convirtió en la religión oficial del derecho durante el siglo XX (Lopez, 2004, pp. 235 y ss.).

La cultura cumple un papel esencial en la deliberación pública al generar las condiciones necesarias para que esta se lleve a cabo. En el Perú, por ejemplo, a pesar de que se han aprobado quince constituciones, las cuales, sin excepción, aceptan la división de poderes y el principio democrático, ha habido más regímenes autoritarios que democráticos. Esta paradoja, que algunos autores llaman, irónicamente, como la de un país con muchas constituciones pero con escaso o nulo constitucionalismo, se extiende hasta nuestros días e influye en aspectos tan relevantes como la defensa del Estado de derecho, el control de los actos políticos del Gobierno, o el rol del Poder Judicial en la protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales (Gonzales, 1998, pp. 85 y ss.).

3.1. Cultura legal y protección de los derechos.

La cultura legal, por otro lado, permite analizar la potencia crítica que posee el derecho en contextos de debilidad institucional como el nuestro. Si partimos de la hipótesis de que la cultura legal influye en el desarrollo de la democracia y de sus instituciones, es válido sostener que la protección de los derechos depende también de la cultura legal. La forma en la que la cultura influye en este campo radica en la actividad de interpretación (Kennedy, 2009). Pese a que formalmente los jueces se adhieren a lo que dispone la ley, en la práctica imprimen a esta su ideología y generan un sincretismo que no puede ser explicado sin hacer alusión al contexto del cual provienen las normas. Al respecto, la teoría de la argumentación jurídica ha resaltado la importancia del denominado «contexto de descubrimiento» (García y Gascón, 2005, pp. 142 y ss.), de la misma forma que el realismo jurídico ha sostenido que, al margen de las ataduras formales impuestas por los textos legales, los jueces tienen la autoridad suficiente para interpretar el derecho con discrecionalidad (Frank, 2001, pp. 25 y ss.).

La influencia de la cultura legal sobre el intérprete, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, no siempre es consciente. Esta se explica en ocasiones mediante el uso de estrategias argumentativas que apelan a un saber jurídico común, pero que en realidad responden a una visión ideologizada de la realidad. En el Perú, por ejemplo, las sentencias emitidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales durante los doce años que estuvo en funciones no excedían las cinco páginas (las más largas) y consistían, más allá de su intencionalidad política, en desentrañar el contenido esencial de los derechos. En ocasiones, sin embargo, ese saber común se explicita también a través del uso de conceptos normativos que se refieren a instituciones jurídicas tradicionales tales como la naturaleza jurídica o la interpretación histórica, que conforman lo que se denomina la dogmática, aquella corriente de pensamiento que considera que la interpretación es antes que un acto creativo, un acto de control y adhesión del saber generado ancestralmente.

Ahora bien, la cultura jurídica juega un rol decisivo en el diseño de las instituciones jurídicas y en las políticas públicas seguidas por el Gobierno para generar inclusión, igualdad, participación política, etc. Los métodos diseñados por el Estado se vinculan de forma más íntima con la cultura que con las leyes mismas o, incluso, que con las políticas públicas llevadas a cabo con la sutil esperanza de que sean capaces de reflejar, en los hechos, los principios y valores contenidos en las normas. Las instituciones jurídicas, en esa medida, sostienen una visión del derecho que, aunque pocos lo admitan, se relaciona con una perspectiva de la democracia que se puede denominar como representativa.

En el Perú, por ejemplo, en la última década, y a pesar de los esfuerzos realizados por el Tribunal Constitucional para cambiar el paradigma jurídico, las instituciones legales han buscado, sobre todo, optimizar el aspecto procesal de las normas, y han soslayado la potencia crítica de los principios constitucionales o la discusión moral que subyace a estas. Este hecho ha generado una interpretación sesgada de las instituciones jurídicas, las cuales, aunque se reclamen neutras, en la práctica responden a una visión y a una gramática ideológica, que tienen un impacto real en la democracia y en la inclusión política de los ciudadanos (Gargarella, 2008, pp. 23 y ss.).

Sin embargo, los jueces poseen el poder de interpretar las leyes y, aunque a veces siguen a pie juntillas los dictados de la cultura legal imperante, en ocasiones se alejan de esta, y crean un espacio de crítica y reflexión del derecho que, por ejemplo, en nuestro medio tuvo su pico en la labor realizada por el Tribunal Constitucional durante los años 2003 a 2007 (Campos, 2007). La interpretación de los jueces permite discutir, por ello, los límites y alcances de la cultura legal, e

introduce importantes cambios que pueden ser decisivos para una protección más robusta de los derechos fundamentales, cuando sus fallos poseen la condición de precedentes vinculantes.

Así, y a pesar de que los jueces no están en capacidad de cambiar totalmente la cultura legal de un país, pueden realizar aportes significativos, los cuales, en caso de ser seguidos, por ejemplo, por la comunidad de intérpretes (Haberle, 2003, pp. 149 y ss.), pueden convertirse en el derrotero de una cultura jurídica alternativa, tal como sucedió, por ejemplo, en países como Italia o Alemania que dejaron de lado la teoría positivista para dar paso a lo que Luigi Ferrajoli denomina una cultura legal constitucionalizada (Ferrajoli, 2010, pp. 57 y ss.).

4. El modelo republicano de democracia y la importancia del Tribunal Constitucional en su configuración práctica

Una de las funciones del Tribunal Constitucional es determinar la validez, en abstracto, de una norma de rango legal por contravenir una norma de mayor jerarquía o por ir en contra de un objetivo social y político legítimo. Sin embargo, cabe resaltar que la competencia de administrar justicia constitucional no se agota en la aplicación de una norma adjetiva —como es el caso de la ley orgánica de esta corporación—, ni de una lectura material de la Constitución. Dicha competencia implica una serie de matices que, por desgracia, la literatura académica en el Perú apenas trata de soslayo. Una de ellas es la que relaciona la labor del Tribunal Constitucional con la optimización de la democracia. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es un órgano político, las funciones que realiza tienen un impacto notable en la esfera pública, tanto porque limitan la actuación del Gobierno como porque introducen nuevas variables que pueden modificar, fomentar o reducir el proceso de deliberación pública.

Un enfoque como el señalado se aleja del modelo propuesto por el formalismo local respecto a las consecuencias de los fallos del Tribunal Constitucional. Esta crítica, a su vez, parte de una visión distinta de la democracia liberal que tiene como sus pilares esenciales a la división de poderes y al principio de legalidad. El modelo en el cual se basa este enfoque se denomina republicano y consiste en el rechazo de la democracia liberal en, al menos, los siguientes puntos: «(a) la crítica de la noción liberal de la libertad; (b) la reivindicación de la teoría republicana sobre el valor de la virtud cívica; y (c) la defensa de una idea “fuerte” de democracia» (Gargarella, Martí y Ovejero, 2004, p. 18). Estos pilares, que conforman la agenda mínima del republicanismo, retan al liberalismo en su defensa de los principios de igualdad y participación y, según un enfoque crítico, en la forma de pensar el diseño institucional de las sociedades contemporáneas.

4.1. La importancia de la deliberación.

Una de las finalidades de la deliberación es esclarecer aquellas dudas que, por falta de información o incentivos, no es posible absolver por uno mismo. Su principal virtud radica, en ese sentido, en la posibilidad de procesar, en un lapso de tiempo razonable, las demandas e intereses de quienes podrían verse afectados por las decisiones que adoptan los órganos políticos. Para Jon Elster, las bondades de la deliberación son las siguientes:

- Revela información privada
- Disminuye o supera el impacto de la racionalidad circunscripta
- Provoca o induce un modo determinado de justificar demandas
- Legitima la acción social
- Es conveniente por sí misma
- Conduce a decisiones superiores en la clasificación de Pareto

- Favorece mejores decisiones en términos de justicia distributiva
- Fomenta un consenso más amplio
- Mejora las cualidades morales o intelectuales de los participantes (Elster, 2001, p. 25)

De todas estas ventajas se destacan dos: (i) provoca o induce un modo determinado de justificar demandas y (ii) fomenta un consenso más amplio. Si bien las otras ventajas también incluyen igualdad y participación, revelan los beneficios de la deliberación, se refieren a un punto distinto del que se desea resaltar en este trabajo, el cual es el potencial emancipatorio que posee la jurisdicción constitucional para motivar la participación y discusión pública entre los ciudadanos.

En efecto, la deliberación genera un modo particular de justificar nuestras demandas, las cuales no se agotan en la labor que cumplen nuestros representantes, sino que incluye un diseño institucional que permita, por un lado, influir directamente en la toma de decisiones públicas y, por el otro, controlar de forma permanente los actos de nuestras autoridades. Asimismo, la deliberación permite arribar a un consenso más amplio del que es posible alcanzar cuando las decisiones son adoptadas solo por una pequeña camarilla. El consenso al cual se hace referencia no es, por supuesto, un consenso absoluto, sino contingente y se basa en la oportunidad que poseen todos, sin excepción, de expresar sus puntos de vista e influir a favor de sus intereses.

La deliberación es importante, además, porque, aunque no sea muy obvio, permite que las decisiones adoptadas por el Gobierno gocen de un mayor respaldo. Ese es el caso de aquellos países cuyos sistemas políticos privilegian la participación activa frente a aquellos que, por el contrario, la desalientan. Colombia, por ejemplo, es un país que, pese a sus dificultades, promueve la participación de sus ciudadanos al facilitar su acceso a la justicia (Rodríguez, 2005, pp. 330 y ss.). Perú, por el contrario, representa la otra cara de la moneda, al tener uno de los sistemas judiciales más conservadores de la región y con profundas brechas culturales y económicas que impiden que los reclamos de la ciudadanía tengan eco en las entidades de la administración pública (Gonzales, 1998, pp. 153 y ss.).

Las anteriores diferencias no implican en ningún caso una conclusión definitiva. Tanto Perú como Colombia, al igual que casi todos los países de la región, presentan serios problemas de representatividad y de confianza en sus instituciones, pero, en todo caso, ponen al descubierto la importancia de que se postule a la justicia como un elemento que contribuye a la formación de una cultura política que se caracteriza por la inclusión y la deliberación pública.

La deliberación, finalmente, no consiste, como muchos afirman, en convocar a la mayor cantidad de gente en el ágora pública (reclamo que no solo es absurdo, sino indeseable) (Mouffe, 2000, p. 108), sino en propiciar mecanismos institucionales que permitan que aquellos que podrían verse afectados por una decisión en particular, tengan la oportunidad de expresar sus puntos de vista ya sea a través de sus representantes en espacios de discusión libre, o por sí mismos, a través de acciones directas como las consultas populares o la presentación de iniciativas legislativas (Ackerman, 2007, pp. 103 y ss.). Desde este punto de vista el enfoque de la deliberación actúa como complemento de la visión tradicional de la democracia representativa, y como una alternativa crítica frente a la forma en que, desde los espacios tradicionales de poder, se piensa la participación popular y la concretización de los derechos.

4.2. El Tribunal Constitucional y la razón pública.

El Tribunal Constitucional es un foro que contribuye a determinar los alcances y límites del significado de la Constitución, considerando la complejidad que dicha actividad entraña. Como señala John Rawls, respecto al rol que le corresponde asumir a la Corte Suprema de los Estados Unidos: «[...] la razón pública es muy apropiada para ser la razón de la Corte Suprema, al ejercer esta su papel de intérprete judicial más alto, pero no de intérprete último de la ley más alta, y segundo, que la Corte Suprema es la rama gubernamental que sirve de entidad ejemplar de la razón pública» (Rawls, 2006, p. 220).

Esta mirada se complementa, a su vez, con la planteada por Carlos Nino, para quien la existencia de un órgano responsable de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes se justifica en el hecho de que: «La teoría epistémica de la democracia pone en cuestión el control judicial de constitucionalidad. Existen, sin embargo, tres excepciones a esta regla. Dos de esas excepciones están basadas en las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente confiables. La tercera está fundada en la condición que hace que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean, además, eficaces» (Nino, 1997, p. 273).

De estas excepciones me interesa subrayar la función de reconocer y garantizar los derechos de las minorías y grupos desaventajados de la sociedad, pues guarda correspondencia con lo anotado antes, en el sentido de que el Tribunal Constitucional debe contribuir a mejorar la calidad del debate democrático y la participación e inclusión de aquellos sectores que, tradicionalmente, no son tomados en cuenta por quienes ejercen el poder en el Estado. Los jueces, desde la perspectiva propuesta por Nino (1997), deben actuar movidos por un incentivo institucional, antes que por un incentivo formal o egoísta. Deben ser conscientes del impacto que sus sentencias tienen, antes que en la solución de casos concretos, en función de un parámetro, relativamente claro, como el de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, en la comprensión de la dinámica social y en la consolidación de una cultura legal comprometida con la democracia y los derechos.

Esto último parece tener sentido a partir del caso de la exigibilidad de los derechos sociales. Como se sabe, los derechos sociales durante mucho tiempo fueron considerados como derechos de segunda —y hasta de tercera— generación que no eran exigibles ante los tribunales porque generaban ingentes gastos al Estado. La posición de los jueces frente a estos fue, por lo general, escéptica, y se expresó en fallos que apelaban: o a su aplicación progresiva, o a su aplicación indirecta, a partir de su conexidad con otros derechos civiles y políticos.

Mark Tushnet sostiene que esta forma de pensar la exigibilidad de los derechos sociales es una prueba de que los órganos de justicia son los menos indicados para determinar cuál es el significado último de la Constitución. Según este autor, esta labor debería estar a cargo de los ciudadanos, y ser arrancado, de una vez, de los tribunales (*taking away the Constitution from the courts*) como una forma de honrar los valores en los que se funda una sociedad ordenada (Tushnet, 2000, pp. 6 y ss.). Frente a ello, Ronald Dworkin sostiene que los jueces sí pueden —y deben— cumplir con esta tarea, a partir de una concepción de la democracia que sostiene lo siguiente: «[...] que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas solo si cumplen otras condiciones que protegen los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa» (Dworkin, 2007, p. 168).

En el presente trabajo se sostiene que la justicia constitucional sí cumple un rol en la consolidación de la democracia, y que ello se debe a la presencia de una serie de elementos (e incentivos) institucionales que no se presentan en otros órganos de la administración pública. Los jueces, a diferencia de lo que sostiene Tushnet (2000), sí están en condiciones de determinar el significado último de la Constitución siempre que recurran a mecanismos o estrategias dialógicas que hagan que dicho significado surja no como producto de una voz —la suya— que se impone a las demás, sino como producto de una empresa cooperativa que busca actuar como un foro de principios, como un árbitro imparcial, que si bien no predetermina el resultado del juego, sí garantiza que este no sea ajeno a los principios en los que se basa la comunidad política.

4.3. El rol del Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública.

Si se asume la idea anterior como un planteamiento adecuado del potencial del Tribunal Constitucional para promover y optimizar la deliberación pública, lo que corresponde, a continuación, es determinar cuáles son los elementos que hacen posible ello. Conviene aclarar que ya no nos referimos a lo que hace que el Tribunal Constitucional pueda contribuir al debate democrático, sino a la forma en que dicho objetivo se concretiza en la práctica. Desde este punto de vista, es oportuno prestar atención a las razones esbozadas por María Luisa Rodríguez, para quien el Tribunal Constitucional puede cumplir con esta tarea a partir de la presencia de los siguientes elementos o incentivos institucionales: (a) su independencia respecto a los demás poderes del Estado, (b) su visibilidad pública, (c) el origen de sus miembros, (d) la oportunidad de guiar el debate público, y (e) el peso de sus decisiones (Rodríguez, 2005, pp. 30 y ss.).

Los jueces constitucionales, a diferencia de las autoridades políticas, no dependen de la simpatía de electores para mantenerse en el ejercicio de sus funciones. Esto les otorga una independencia que las autoridades políticas no poseen, pues no tienen la obligación de someterse a un proceso electoral para determinar si continúan o no en sus cargos. Esta independencia los hace menos permeables a las presiones de terceros para favorecer sus intereses o, lo que es peor, para soslayar los de los grupos minoritarios o desaventajados de la sociedad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional posee una posición institucional más visible que la de los otros órganos o entidades del Estado. Esto hace que sus decisiones conciten la atención de la opinión pública y motiven un intercambio positivo entre las demandas de las mayorías y las exigencias de reconocimiento de los derechos de las minorías. Por ejemplo, en el caso de la sentencia T-025 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, este aspecto fue evidente. Como sostiene César Rodríguez (2014, pp. 211 y ss.), en dicho fallo la Corte Constitucional ordenó al Gobierno colombiano desarrollar una serie de políticas públicas con enfoque de derechos humanos destinadas a atender la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encontraba la población desplazada a causa de la violencia interna en ese país. Se destaca que sus decisiones estuvieron mediadas por cabildos y asambleas públicas en las que participaron representantes del Gobierno, de las víctimas y de la sociedad civil, de tal suerte que se contó con mayor respaldo y legitimidad. Esto significó, en la práctica, una prueba efectiva de la potencia que posee el diálogo y la deliberación pública en contextos de debilidad institucional.

Asimismo, el origen de los miembros del Tribunal Constitucional juega un rol importante a la hora de analizar el potencial que posee esta corporación como un órgano capaz de promover la deliberación pública. Tradicionalmente, los jueces constitucionales son electos por alguno de los tres poderes del Estado, los cuales, a través de ternas o de concurso público,

evalúan sus competencias y trayectoria. Ahora bien, si se piensa en esta entidad no solo como un órgano jurisdiccional, sino como un órgano deliberativo, sus miembros deberían reflejar la diversidad de la comunidad política. Por ello, su mecanismo de elección debería incluir, además de ternas provenientes de los tres poderes del Estado, ternas propuestas por organismos de la sociedad civil, de los sindicatos o de los grupos minoritarios, a fin de motivar un intercambio más dinámico e igualitario, sin exclusiones de ningún tipo.

Por último, se debe poner énfasis en el tipo de debate que se suscita al interior del Tribunal Constitucional. Este, si bien es de naturaleza jurídica, se desarrolla con base en argumentos de principio, que apelan al interés público antes que al interés de un grupo determinado. El debate que se suscita al interior del Poder Judicial o de los órganos de la administración pública, en cambio, es de naturaleza distinta, pues en ellos lo que se dirime es un interés de parte o un conflicto que atañe a un sector en particular.

Los puntos mencionados sirven como un parámetro para analizar el nivel de incidencia del Tribunal Constitucional en la deliberación democrática. En ocasiones, estos factores dependen del contexto jurídico y político en el cual se inserta esta corporación, pero en ocasiones, y la realidad así lo demuestra, dependen también de la cultura legal imperante. En el medio peruano aún se está lejos de considerar a la jurisdicción constitucional como un espacio idóneo para la deliberación pública. Esto se debe al diseño institucional que posee la jurisdicción constitucional y a la escasa relevancia de sus fallos. Es a partir de los últimos años que el Tribunal Constitucional ha asumido un rol más activo que ha generado el rechazo de sectores representativos de la sociedad pero también el de aquellos considerados como más débiles que, pese a que empiezan a ser tomados en cuenta, aún sienten que sus derechos se encuentran postergados.

5. Conclusiones

- (1) En el Perú el control de constitucionalidad de las leyes es una figura jurídica que se viene consolidando desde fines del siglo XX. Antes de esta etapa, el control de constitucionalidad era realizado por los órganos políticos —siglo XIX— o por los jueces, aunque no con la energía y la potencia con que se ejerce en la actualidad.
- (2) No existe una mirada crítica respecto al rol que posee el Tribunal Constitucional en nuestro país. Dicha reflexión se circunscribe, por lo general, a la forma en que esta corporación resuelve los casos particulares, pero no se presta atención al impacto que sus decisiones tienen en la consolidación de la institucionalidad democrática y en la protección de los derechos, sobre todo los de las minorías y sectores desaventajados de la sociedad.
- (3) El Tribunal Constitucional atravesó durante su trayectoria institucional por cuatro etapas: (i) la del tribunal sojuzgado, entre los años 1996 y 2000, (ii) la del tribunal en transición, entre los años 2000 y 2003, (iii) la del tribunal activista, entre los años 2003 y 2007, y (iv) la del tribunal conservador, entre los años 2008 y 2014. No es posible realizar aún una evaluación del papel del Tribunal Constitucional actual, pues sus integrantes fueron elegidos recientemente.

- (4) El Tribunal Constitucional posee un enorme potencial para fomentar y optimizar la deliberación pública. Las razones que explican ello son las siguientes: (a) su independencia respecto a los demás poderes del Estado, (b) su posición institucional, (c) el origen de sus miembros, (d) la oportunidad de guiar el debate público, y (e) el peso de sus sentencias.
- (5) Desde el punto de vista del liberalismo decimonónico, el Tribunal Constitucional actúa como una institución centrada no solo en la solución de casos concretos, sino también en el impacto que esas decisiones tienen en el fortalecimiento de la democracia y en la promoción, reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Los jueces constitucionales pueden cumplir ese fin al convertir sus decisiones en incentivos para visibilizar los problemas de las minorías políticas y para subsanar las omisiones constitucionales, basadas en la política partisana o en los denominados poderes salvajes.

REFERENCIAS

- Abad, S. (2006). La Constitución de 1993: estudio introductorio. *Constitución: Procesos Constitucionales*. Lima: Palestra.
- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Bernales, E. (1989). *La constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Campos, H. J. (2007). *Críticas y aproximaciones sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el Perú* [Tesis para optar el título de licenciado en Derecho]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia del 31 de enero de 2001). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf
- Dahl, R. (2005). *La democracia: una guía para los ciudadanos*. México: Taurus.
- Degregori, C. I. (2000). La década de la antipolítica. Lima: IEP.
- Dworkin, R. (2007). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- Eguiguren, F. (2002). *Estudios constitucionales*. Lima: ARA.
- Elster, J. (2001). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Fernandez, F. (1999). El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (56).
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional*. Lima: Palestra.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Fishkin, J. (1995). *Democracia y deliberación*. Barcelona: Ariel.
- Fioravanti, M. (2000). *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Frank, J. (2001). *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara.
- García, D. (2001). La jurisdicción constitucional en el Perú. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Themis.
- García, D. (comp.). (2007). *¿Guerra de las cortes?*. Lima: Palestra.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

- García, A. y Gascón, M. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- Gargarella, R., Marti, J. L. y Ovejero, F. (comps.). (2004). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. (2008). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Gonzales, G. (2011). *El Juez*. Lima: Palestra.
- Gonzales, G. (1998). *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Grandez, P. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Grandez, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra. Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Kennedy, D. (2009). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Landa, C. (2005). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra.
- Lopez, D. (2004). *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- Mouffe, C. (2000). *The democratic paradox*. London: Verso.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa. Pasara, L. (2014). *Una reforma imposible: la justicia latinoamericana al banquillo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, C. (2014). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En R. Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Rodríguez, M. L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Rubio, M. y Bernal, E. (1981). *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: DESCO.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press.

COMENTARIOS

Betzabé Marciani Burgos

Profesora del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

«Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia», del profesor Heber Joel Campos, es un texto fundamental para entender las implicancias que hoy tienen las concepciones republicanistas y democrático-deliberativas en la realidad peruana, lo poco que se ha avanzado en ese aspecto en nuestra práctica judicial, y las posibilidades que existen para su implementación.

A través del análisis —enterado y crítico— de la evolución de la justicia constitucional en el Perú, el autor destaca el poco compromiso que ha tenido la misma con la protección de los derechos fundamentales, cuando menos hasta la década de 1980.

Los años ochenta coinciden con la recepción de las denominadas «teorías neoconstitucionalistas» provenientes de Europa, tanto en la filosofía del derecho como en la práctica constitucional de los países latinoamericanos. También es importante advertir la influencia del «legalismo», más acorde a los intereses promovidos por la concepción neoliberal que ha tenido gran influencia en la región a partir de esos años¹.

Como explica Campos, sin embargo, los cambios trascendentales en la jurisprudencia de las altas cortes referida a la protección de los derechos fundamentales se produjeron recién alrededor de la década de 1990 con la creación del Tribunal Constitucional, aunque con intervalos que oscilan entre el activismo y el conservadurismo.

Campos considera que la presencia de un constitucionalismo sin democracia en el Perú obedece al hecho de que nuestra cultura legal está edificada sobre un contexto de debilidad institucional que ha impedido que, a pesar de tener una gran cantidad de Constituciones, se desarrolle un verdadero constitucionalismo y una protección efectiva de los derechos (esta es la tesis que el autor defiende). La cultura legal ha influido en el modo en que los jueces han entendido su función como aplicadores del derecho, tradicionalmente identificados con una visión formalista del mismo.

Según Campos, los aportes de una concepción republicanista permitirían ver en el Tribunal Constitucional un actor importante en el desarrollo de la democracia, debido a la influencia de sus fallos en la deliberación pública.

La apuesta por una democracia deliberativa se basa en las bondades que identifica en este modelo de democracia Elster —a quien Campos cita—, tales como su importancia para inducir un modo de justificar las demandas que se hacen en el espacio público, el provocar una forma de legitimación de la acción social, favorecer mejores decisiones en términos dis-

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/betzabe-marciani-burgos/>

1 Véase Rodríguez Garavito, C. (2009). *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes, pp. 13-22.

tributivos, fomentar un consenso amplio, mejorar las cualidades morales e intelectuales de los participantes, y demás².

La labor del Tribunal Constitucional sería la de contribuir a la mejora de la calidad del debate democrático y a buscar la participación de los sectores afectados por sus decisiones, los que tradicionalmente no son tomados en cuenta en el proceso de decisión. En palabras del autor:

En el presente trabajo se sostiene que la justicia constitucional sí cumple un rol en la consolidación de la democracia, y que ello se debe a la presencia de una serie de elementos (e incentivos) institucionales que no se presentan en otros órganos de la administración pública. Los jueces, a diferencia de lo que sostiene Tushnet (2000), sí están en condiciones de determinar el significado último de la Constitución siempre que recurran a mecanismos o estrategias dialógicas que hagan que dicho significado surja no como producto de una voz —la suya— que se impone a las demás, sino como producto de una empresa cooperativa que busca actuar como un foro de principios, como un árbitro imparcial, que si bien no predetermina el resultado del juego, sí garantiza que este no sea ajeno a los principios en los que se basa la comunidad política³.

¿Cómo se lograría ese objetivo? ¿Cómo hacer realidad la aspiración de la democracia deliberativa a través de la labor de los jueces y del Tribunal Constitucional? El autor propone algunos ejemplos, como la experiencia derivada de la emisión de la sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana, que ordenó al gobierno desarrollar una serie de políticas públicas, aunque mediadas por la deliberación pública, la cual se hizo efectiva a través de la realización de cabildos y asambleas públicas en las que hubo participación de los representantes del Estado, de las víctimas de la violencia política y de la sociedad⁴.

¿Estas experiencias permitirían rebatir algunas de las objeciones de corte realista propuestas por los críticos de la democracia deliberativa? Pienso, por ejemplo, en las críticas de Francisco Laporta —un gran escéptico del modelo republicano—, para quien la presencia inmediata de los electores en la decisión —en los casos de referéndum o plebiscito, por ejemplo— socava lo que debería ser una reflexión más profunda y meditada del Parlamento; pero, además, donde la supuesta deliberación racional corre el riesgo de quedar a expensas de la manipulación del poder político y de los demagogos de turno⁵.

Este texto del profesor Campos es una invitación a reflexionar sobre las posibilidades y los peligros que conlleva este sugerente modelo democrático.

2 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 4.2.

3 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 4.3.

4 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 5.

5 Véase Laporta, F. (2005). El problema de la democracia deliberativa: una réplica. En M. Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 102.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco de sobremanera los comentarios de la Dra. Betzabé Marciani al *paper* de mi autoría, intitulado «Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú».

En las líneas que siguen deseo, antes que responder a sus observaciones, profundizar en algunos puntos de su lúcido análisis. Al igual que la Dra. Marciani, considero que es necesario seguir debatiendo sobre la práctica constitucional en nuestro país, y prestar atención a su impacto en nuestra comprensión de los derechos y la democracia.

Los comentarios que realizaré son los siguientes: por un lado, quisiera referirme a la necesidad de repensar la justicia constitucional en nuestro país tomando en cuenta, también, algunas características del constitucionalismo político; y, por el otro, quisiera poner énfasis en el vínculo, a veces incomprendido, entre la cultura legal y el desempeño de los jueces.

Sobre lo primero se puede afirmar que entre nosotros impera todavía una visión demasiado comprometida con el constitucionalismo de los derechos, esto es, con un enfoque que privilegia el rol de los jueces como intérpretes supremos —y a veces únicos— del significado, o significados, posible(s) de la Constitución y sus principios. Según este enfoque, la Constitución es una norma vinculante más, cuyos alcances y límites pueden ser abordados a través de la interpretación racional.

Al respecto, me parece importante tener presente que si bien la Constitución es, en efecto, una norma jurídica, su interpretación no debe ser privilegio solo de los jueces. La Constitución es también una norma viva, que hunde sus raíces en la lectura moral y pluralista de la sociedad, y que, como sostiene Zagrebelsky, impacta también en nuestra forma de relacionarnos, de interactuar y de convivir con el poder¹.

El propósito de mi *paper* era, en cierta medida, poner de relieve este aspecto al describir, aunque muy someramente, la evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú, desde el siglo XIX hasta nuestros días. Y lo que encontré fue que ese enfoque, si bien en algún momento de nuestra historia estuvo presente, en la actualidad ha sido reemplazado por uno donde se piensa y se aplica el derecho en general, y el derecho constitucional en particular; en función de los pronunciamientos de los jueces. El elitismo judicial, pues, parece ser la regla, y algunas manifestaciones de ello se encuentran, por caso, en líneas investigativas como el derecho procesal constitucional o la dogmática jurídica.

Ahora bien, respecto a mi segundo punto, considero que es importante no perder de vista que lo anterior (esta predilección por el elitismo judicial y la interpretación a puertas cerradas de las normas) es tributario de nuestra educación y cultura legal. En gran medida seguimos siendo formalistas, esto es, seguimos pensando que los problemas interpretativos pueden ser resueltos en función de lo que prescriben las normas, dejando de lado el componente moral y valorativo que subyace a aquellos².

Pero no es solo el formalismo lo que, en mi opinión, atenta contra nuestra comprensión del derecho; es también el rol que le damos a este en la formación de la voluntad política y en los límites al poder. Como señala Duncan Kennedy:

1 Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, pp. 25 y ss.

2 Barbieris, M. (2013). *Estado, derechos e interpretación*. Lima: Palestra, pp. 74 y ss.

[...] La gente que utiliza el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Hay mucho más espacio para la discusión en el sistema del que los abogados y jueces dicen que hay. Hay mucha más discrecionalidad y libertad de elección que la que admiten, sin perjuicio de que no se trata de una discrecionalidad total o de absoluta libertad de elección. Las reglas que ellos adoptan tienen un fuerte impacto en la distribución de la riqueza y del poder en la sociedad³.

El formalismo es, pues, una expresión de nuestra cultura legal y de nuestra mirada —a veces inconsciente— del poder y sus potenciales vínculos con los derechos; pero es también expresión de nuestras estructuras políticas. Por caso, es producto de cómo organizamos la administración de justicia, y los frutos que recibimos de ella cuando asumimos que actúa de manera eficiente y acorde con sus fines y objetivos institucionales.

Así, por ejemplo, quisiera poner de relieve el caso de nuestro Tribunal Constitucional. Este órgano, como se sabe, es el responsable de establecer, con alcances vinculantes, el sentido último de la Constitución. Sus decisiones, incluso, pueden adquirir la condición de precedentes y tener efectos *erga omnes* en los extremos que dicha corporación decida. No es, pues, una corte cualquiera, sino una que cumple un rol de la mayor importancia, al punto que algunos, incluso, la denominan —de manera un poco exagerada— «el supremo intérprete de la Constitución».

Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, presenta diversos problemas. En mi *paper* he querido llamar la atención sobre algunos de ellos al indicar las idas y vueltas —las rupturas y continuidades— que ha sufrido su jurisprudencia en los últimos años. Estos problemas no son producto de malas decisiones de los jueces que lo integran —o no solo—, sino resultado de un diseño institucional que piensa la justicia como un espacio cerrado y ajeno a las demandas y expectativas sociales. Por ejemplo, todavía resulta una hazaña interponer una demanda de inconstitucionalidad, cuando este derecho debería estar al alcance de cualquier ciudadano como una forma de prolongar y optimizar la deliberación democrática que se desarrolla en la arena política⁴.

El caso del Tribunal Constitucional sirve, en ese sentido, para ilustrar las dificultades que presenta, aún, nuestra democracia política y nuestra cultura legal. Hemos pensado demasiado en los derechos, pero hemos perdido de vista que estos se alimentan también de las luchas sociales y debates ideológicos⁵. Necesitamos, por ello, repensar el papel que cumple este colegiado en nuestro país; pero necesitamos hacerlo, sobre todo, en función del republicanismo cívico, un enfoque que centra su atención en la deliberación pública y en el reconocimiento y protección de los derechos como un medio para garantizar un ideal que, si bien parece un poco olvidado, no ha perdido, en lo absoluto, un ápice de su legitimidad. Se trata, pues, del autogobierno popular:

3 Kennedy, D. (2009). ¿Son los abogados realmente necesarios? *Desde otra mirada*. En C. Courtis (ed.). Buenos Aires: EUDEBA, p. 582.

4 Campos, H. J. (2007). *El control de constitucionalidad de las leyes o el Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública* (Tesis para optar el título de licenciado en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

5 Epp, C. (2013). *La revolución de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 33 y ss.