

LA ELECCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Por CÉSAR LANDA *

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.—2. CUOTAS PARLAMENTARIAS Y ELECCIÓN POLÍTICA: A) Primera Comisión Evaluadora, convocatoria y votación. B) Segunda Comisión Evaluadora, convocatoria y votación. C) Tercera convocatoria y votación. D) Cuarta votación y reforma de la LOTC. E) Quinta votación. F) Reforma de la LOTC, cuarta convocatoria y sexta votación.—3. PERFIL DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL: A) Condiciones de imparcialidad y especialidad. B) Cualidades personales y humanas.—4. PRINCIPIOS DE SELECCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL: A) Independencia judicial. B) Legitimidad democrática. C) Control y balance de poderes.—5. CONCLUSIÓN.

No cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, ni son democráticas, ni son libres.

PEDRO DE VEGA

1. PRESENTACIÓN

Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe contribuir a fortalecerlo, mediante la adecuada identificación del perfil del magistrado constitucional, así como el establecimiento y respeto de las reglas de su elección. Esto no siempre supone que el organismo encargado del control constitucional se encuentre necesariamente debilitado o afectado en sus elementos constitutivos.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Sin embargo, en el Perú sucedió, debido a que durante el período gubernamental de Fujimori la justicia constitucional en una etapa fue clausurada y luego de su restablecimiento fue puesta en cuestión peligrosamente. Esto se dio en la medida que el ex presidente ejerció el poder en los bordes y fuera del consenso de su propia Constitución de 1993¹. Más aún, la mayoría parlamentaria que le acompañó durante su mandato, al dictar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), reguló a este organismo con falta de lealtad democrática, al atrofiar su función de control constitucional.

Como quiera que esa conducta política sólo es propia de los regímenes presidencialistas latinoamericanos², la posición que ocupe el Tribunal Constitucional en una democracia en formación o reconstrucción hace que la organización y funcionamiento de la jurisdicción constitucional tenga que estar en relación directa con el tipo de sistema constitucional y democrático que se busque establecer. Por eso, en el actual proceso de democratización del Estado peruano, que se inició en noviembre de 2000 con el gobierno transitorio de Valentín Paniagua y que continúa desde julio de 2001 con el electo presidente Alejandro Toledo, se debe reconstruir la jurisdicción constitucional, estableciendo principios y mecanismos especiales de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Si bien esta tarea se encuentra estrechamente vinculada a la reforma del sistema político del fujimorismo, en tanto que el Tribunal, como órgano de control de la constitucionalidad del poder, forma parte del núcleo del sistema político democrático³; también se puede decir que hay una directa vinculación entre el sistema de nombramiento de los magistrados, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional con la producción de sus sentencias⁴. En esa medida, la independencia o la dependencia de los magistrados respecto del poder político se puede verificar en el análisis de su jurisprudencia, así como en la conducta pública de los magistrados, en tanto actúen o no con autonomía de criterio frente a los poderes públicos y privados⁵.

¹ CÉSAR LANDA, «Constitutional Justice in Peru», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge/Band 44 (Herausgeben von Peter Häberle), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 583-595.

² JUAN LINZ y ARTURO VALENZUELA (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994, pp. 3 ss y 286 ss.; asimismo, GERHARD LEIBHOLZ, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 15-30.

³ CÉSAR LANDA, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, pp. 127 y ss.

⁴ HEINRICH TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, Heft 5, 1929, p. 27; asimismo, H. MÜLLER, «Die Auswahl der Verfassungsrichter», en *Öster-ZöfFR*, Band VIII (Neue Folge), Springer Verlag, Wien, 1957/1958, pp. 149 y ss.

⁵ PETER HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 57 y ss.

Un caso emblemático de la existencia de una relación de dependencia entre el sistema de nombramiento de los magistrados y su vinculación con el poder político se produjo con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de la reelección presidencial de Fujimori. En efecto, en 1996, cuando la mayoría del Congreso aprobó la ley n.º 26657, denominada ley de reelección presidencial, se permitió, vía una interpretación del art. 112 de la Constitución de 1993, que la reelección inmediata, reconocida en nuestra Constitución por una sola vez, fuera aplicada arbitrariamente al entonces presidente para un tercer período presidencial.

La inconstitucionalidad de dicha norma legal fue incoada ante el Tribunal Constitucional. Éste la declaró inaplicable para el caso concreto del presidente Fujimori, haciendo prevalecer el principio de supremacía constitucional antes que el de legalidad.

En este marco interpretativo expidió un fallo de control difuso de la ley en un proceso de control abstracto⁶. Esta decisión judicial no pacífica⁷ tuvo como respuesta de la mayoría parlamentaria oficialista que los magistrados firmantes de dicha resolución, los doctores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, fueran destituidos arbitrariamente de sus cargos, mediante las Resoluciones Legislativas del Congreso de la República n.ºs 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, emitidas el 29 de mayo de 1997.

No obstante que el cargo de magistrado constitucional sólo podía vacar si incurrían en alguna de las causales señaladas en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que la vacancia en el cargo puede producirse por: a) muerte; b) renuncia; c) incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función; d) incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; e) violar la reserva propia de la función; f) haber sido condenado por la comisión de delito doloso; g) incompatibilidad sobreviniente. Causales legales que no fueron el sustento para la decisión del Congreso, sino que utilizaron arbitraria y vindicativamente el supuesto de

⁶ MICHEL FROMMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 41 ss.

⁷ CÉSAR LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Pontificia Universidad Católica del Perú - Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 210-221 y 482-497; ALBERTO OTÁROLA (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, Foro Democrático - Fundación Han Seidel, Lima, 1998, donde se reúnen diversos ensayos sobre la reelección presidencial; asimismo, Edgard Carpio, «Constitución y reelección presidencial: el caso peruano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 98, nueva serie, año XXXIII, mayo-agosto 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 447-503; asimismo, el especial sobre la resolución del Jurado Nacional de Elecciones en torno a la reelección presidencial, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, año 6, número 16, enero 2000.

la infracción del art. 99 de la Constitución de 1993, como un juicio político contra la decisión judicial del Tribunal Constitucional⁸.

Es evidente que la separación del cargo de los mencionados magistrados obedeció a razones de tipo político contrarias a la razón y al Derecho. Motivo por el cual los magistrados destituidos recurrieron dicha decisión parlamentaria arbitraria, mediante un proceso de amparo ante el Poder Judicial. El amparo fue desestimado por la Corte Suprema y, al recurrir en recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional, los cuatro magistrados restantes declararon infundada la demanda, poniendo en total evidencia su falta de independencia del poder de turno, abdicando de su función de control constitucional de los excesos de las mayorías parlamentarias transitorias.

Pero fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien recomendó su restitución debido a que la destitución de dichos magistrados era contraria a los derechos a la independencia y autonomía judicial, al debido proceso y a la estabilidad de los funcionarios públicos, reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también luego fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien desestimó el írrito retiro del gobierno peruano de la competencia contenciosa de la Corte para obviar el juicio de la misma, garantizando así, también, el derecho a la tutela judicial internacional de los peticionantes⁹.

De otro lado, en noviembre del 2000, luego de la caída del gobierno de Fujimori, con motivo del establecimiento del gobierno democrático transitorio del presidente Paniagua, el Congreso de la República, mediante la Resolución Legislativa n.º 007-2000-CR, del 17 de noviembre de 2000, declaró nulas y sin efecto alguno las resoluciones de destitución de los magistrados constitucionales, restituyéndolos en todos sus derechos en el Tribunal Constitucional.

Como quiera que el período de los magistrados del Tribunal Constitucional es de cinco años, según dispone el art. 201 de la Constitución de 1993, se ha abierto el debate acerca de si los siete magistrados nombrados por el Congreso en julio de 1996 debían terminar sus mandatos en julio de

⁸ «Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997», en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Anuario de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 445-461.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999*. Asimismo, revisar opiniones a favor del retiro: HÉCTOR GROS ESPIELL, *Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 15-26; asimismo, opiniones en contra: CÉSAR LANDA, *Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 27-51, y FRANCISCO EGUIGUREN, «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte», pp. 51-69, en *Revista Peruana de Derecho Público*; año I, núm. 1, Lima, diciembre 2000.

2001. Si fuera así, el período efectivo de las funciones de los tres magistrados que estuvieron destituidos hubiera sido recortado durante el tiempo de su separación, es decir, durante tres años, cinco meses y diecinueve días en que estuvieron imposibilitados de ejercer sus cargos. Motivo por el cual corresponde que el Congreso realice la convocatoria para cubrir sólo las cuatro plazas restantes de los magistrados: Ricardo Nugent López-Chávez, Francisco Acosta Sánchez, José García Marcelo y Guillermo Díaz Valverde.

En el actual proceso de democratización, la jurisdicción constitucional en el Perú tiene que volver a legitimarse no sólo por la forma de la selección de sus nuevos magistrados, sino también por sus propios fallos, para lo cual el Congreso debe redefinir piezas claves del diseño normativo del Tribunal Constitucional, para que su quehacer de control jurisdiccional esté articulado tanto con la realidad constitucional como de los valores democráticos¹⁰.

En consecuencia, un indicador del avance del proceso de democratización del Estado debe verificarse tanto por el resultado de sus resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional como por la legitimidad en su origen, organización y funcionamiento, donde la selección del juez constitucional juega un papel medular de dicho proceso. Este último tópico es el que se analiza a continuación, a través de la dramática experiencia de las cuotas parlamentarias para la elección, así como delineando el perfil de los magistrados y los principios de selección y nominación de los magistrados del Tribunal Constitucional.

2. CUOTAS PARLAMENTARIAS Y ELECCIÓN POLÍTICA

El sistema de selección y elección de los magistrados del Tribunal Constitucional indirectamente asume una extraordinaria repercusión en el Estado, la política, la economía y la sociedad, cuando se materializa en la expedición de resoluciones judiciales, en tanto que dichos jueces integran el organismo constitucional y judicial encargado de controlar los excesos de los poderes públicos, en el marco de las disposiciones establecidas en la Constitución¹¹.

¹⁰ HANS LIETZMANN, *Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie*, Leske + Budrich, Opladen, 1988, pp. 52 y ss.

¹¹ FROWEIN/MEYER/SCHNEIDER, *Bundesverfassungsgericht in dritten Jahrzehnt*, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973, pp. 68 y ss.; ULRICH PREUß, «Die Wahl der Mitglieder des BverfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem», en *ZfP*, 21. Jahrgang, 1988, pp. 389 y ss.; HELMUT SIMON, «Jurisdicción Constitucional», en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Madrid, 1996, pp. 843 y ss.; ponencia de HANS PETER IPSEN en *Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages*, tomo II, *Sitzungsbericht der Verhandlungen der Öffentlich-Rechtlichen Abteilung*, Hamburg, 1953, pp. C 24 y ss.; asimis-

En tal entendido, según el artículo 201 de la Constitución del Perú de 1993, corresponde al Congreso el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento veinte representantes. Lo que supone la necesaria concertación de pareceres de la mayoría parlamentaria con las minorías parlamentarias, para lograr la nominación de los candidatos con ochenta votos como mínimo¹².

Sin embargo, la práctica de la elección de los primeros siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú entre 1995 y 1996 puso en evidencia un doble déficit para el sistema democrático de control constitucional, debido a que se desarrolló entre la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección y el maltrato de los candidatos, y el sistema de cuotas y negociación política que fue utilizado finalmente para transar entre la mayoría y las minorías parlamentarias, que hicieron del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición.

Sin embargo, para evitar una nueva convocatoria y votación de los magistrados que tenga algún viso de similitud no deseado con el pasado, es necesario caracterizar dicho accidentado proceso de selección de los magistrados constitucionales, periodificando las convocatorias, negociaciones y votaciones realizadas, a fin de identificar los yerros del mismo, base sobre la cual se plantean las alternativas.

A) Primera Comisión Evaluadora, convocatoria y votación

De acuerdo con la primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), para la primera elección de los magistrados al TC, el entonces Congreso Constituyente Democrático debía designar a una Comisión Especial Calificadora hasta el 15 de enero de 1995, así como aplicar el Reglamento del Congreso del 8 de septiembre de 1982 para el proceso de selección de los magistrados constitucionales, en lo que fuese posible.

En ese sentido, la Comisión debía integrarse por un mínimo de cinco y un máximo de nueve constituyentes, respetando en lo posible la representación proporcional existente en el Congreso; asimismo, esta Comisión estaba encargada de realizar el proceso de convocatoria y preselección de los candidatos a magistrados constitucionales; nómina de aptos que luego de-

mo, KLAUS KRÖGER, *Richterwahl*, en CHRISTIAN STARCK (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo I, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 76-103.

¹² ENRIQUE BERNALES con la colaboración de ALBERTO OTÁROLA, *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, CIEDLA, Lima, 1996, p. 722.

bía elevar al Congreso Constituyente para que el Pleno votase, con los dos tercios del número legal de sus miembros, a los siete integrantes del Tribunal Constitucional, según dispuso el artículo 7.º de la LOTC.

No obstante, a mediados de enero de 1995, la mayoría del Congreso Constituyente aplazó el debate para la creación de la Comisión Especial Evaluadora, argumentando que la coyuntura electoral de entonces no era la más adecuada, ya que todos sus esfuerzos políticos estaban concentrados en la reelección del presidente Fujimori. Pese a los pedidos de la minoría constituyente de independizar la elección de los magistrados constitucionales de las elecciones políticas presidenciales y parlamentarias, sólo recién el 26 de abril de 1995, luego de la reelección de Fujimori, se instaló la Comisión Especial Calificadora de los postulantes al Tribunal Constitucional, dominada por la mayoría oficialista¹³. Asimismo, en esa misma fecha se publicó el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, en el que parcamente en nueve artículos se establecieron lineamientos generales para el proceso de selección¹⁴.

En ese sentido, la Comisión estuvo encargada de recibir las propuestas directas de los candidatos o de las personas o instituciones que decidieron presentar candidatos, que cumplieran los requisitos siguientes: haber sido magistrado supremo o superior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años, ser mayor de cuarenta y cinco años, ser ciudadano en ejercicio y ser peruano de nacimiento, según disponen los artículos 201 y 147 de la Constitución de 1993 y el artículo 10 de la LOTC, así como enviar su *curriculum vitae*.

La Comisión Evaluadora recibió la candidatura de cuarenta postulantes, a quienes evaluó por su *curriculum vitae* y luego en entrevistas personales. La Comisión Evaluadora elevó el 15 de junio de 1995 la lista de los seis postulantes aptos para ser votados por el Congreso, pero la mayoría parlamentaria en el Pleno consideró postergar la sesión de votación previstas para el 28 de junio, debido a que había sólo seis candidaturas para cubrir siete cargos de magistrados constitucionales. Los candidatos aptos eran Manuel Aguirre Roca, Luis Guillermo Díaz Valverde, David Pezúa Vivanco, Armando Zolezzi Möller y Fernando Romero Díez Canseco. Pese a las protestas de las minorías parlamentarias, el Congreso no procedió a votar sobre los candidatos aptos¹⁵.

¹³ MANUEL AGUIRRE ROCA, «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú», en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* núm. 13, CAJ, Lima, 1997, pp. 144 y ss.

¹⁴ Congreso Constituyente Democrático, Resolución núm. 031-95-CCD (26-045-95), Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional.

¹⁵ *El Comercio*, «Parálisis del Tribunal Constitucional», Lima, edición del 1.º de marzo de 1996, p. A6.

B) Segunda Comisión Evaluadora, convocatoria y votación

Con la instalación el 29 de julio de 1995 del nuevo Congreso Unicameral de ciento veinte miembros, se procedió a formar el 17 de agosto de ese año una segunda Comisión Especial Evaluadora de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, con el mismo esquema de representación proporcional que la Comisión anterior, integrada por nueve miembros, seis de la mayoría y tres de la minoría. Lo cual no reflejó proporcionalmente la cuota parlamentaria de la oposición, a la que le correspondían cuatro integrantes de los nueve miembros, debido a que la mayoría parlamentaria oficialista había obtenido una votación levemente inferior que en las elecciones anteriores¹⁶.

El segundo intento de convocatoria se produce recién en octubre, con un esquema de trabajo previsto para que el Pleno del Congreso se pronuncie sobre las candidaturas en la víspera del término de la primera legislatura ordinaria, en diciembre de 1995. La Comisión consideró que se mantenía la postulación de los seis candidatos aptos, a los cuales se añadieron otros seis candidatos seleccionados de los nuevos veinticinco postulantes¹⁷. Por fin, el 14 de diciembre de 1995, en el Pleno del Congreso, se votó por vez primera por los candidatos aptos presentados, pero sin alcanzar ninguno los dos tercios de los votos necesarios, debido a que la mayoría parlamentaria alteró el acuerdo a que se había llegado con la minoría en la Comisión Evaluadora, frustrándose el segundo intento de designación de los magistrados constitucionales.

C) Tercera convocatoria y votación

La Comisión acordó el 17 de enero de 1996 una tercera convocatoria de postulantes para magistrados del Tribunal Constitucional, para desconcierto de la opinión pública especializada y escarnio de los postulantes hábiles, muchos de los cuales renunciaron. No obstante, en esta nueva convocatoria la mayoría y la minoría parlamentaria encontraron candidatos más públicos y representativos a sus expectativas, así como acordaron elegir en la Comisión Evaluadora a los postulantes aptos a pasar al Pleno, con

¹⁶ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, p. 815.

¹⁷ *El Comercio*, «Congreso de la República. Comisión Especial para la elección de los magistrados al Tribunal Constitucional. Aviso», edición del 5 de noviembre de 1995, Sección A, p. 5, donde se publica la relación de los candidatos susceptibles de tachas: Alberto Quispe Correa, César Valega García, Pelayo Samanamud Rubin, Antonio Belaunde Moreyra, Carlos Thorne Boas, Nicolás de Piérola Balta, José Santos Chichizoa y otros.

los votos de los dos tercios del número de sus miembros, es decir, con seis votos de nueve¹⁸.

En esta tercera convocatoria se produce la tacha de la candidatura de Antonio Antonioli, ex ministro de Trabajo del gobierno *de facto* de Fujimori, quien públicamente reiteraba su apoyo incondicional al autogolpe de Estado de 1992 y se jactaba de haber sido funcionario del Servicio de Inteligencia Nacional; no obstante esta falta de trayectoria democrática, la tacha fue desestimada por la mayoría oficialista¹⁹. Quedando conformada la lista de los doce candidatos de la Comisión Calificadora con los siguientes ex-magistrados, abogados y profesores de Derecho: Manuel Aguirre, José García Marcelo y Armando Zolezzi, quienes obtuvieron una selección por consenso, así como por: Francisco Acosta, Augusto Antonioli, Ricardo Beamont, Antonio Belaunde, Luis Díaz, David Pezúa, Delia Revoredo, Fernando Romero y Arturo Seminario, quienes lograron los dos tercios de votos.

La Comisión envió al Congreso la relación de los doce candidatos hábiles, el Pleno del Congreso sesionó el 3 de abril de 1996 para realizar la tercera votación sobre los candidatos al Tribunal Constitucional. Pero la mayoría parlamentaria impuso la votación en primer lugar de la postulación del polémico candidato Antonioli, la misma que fue rechazada por el Congreso al no alcanzar los ochenta votos necesarios –dos tercios del número legal de miembros del Congreso unicameral–. Motivo por el cual la mayoría fujimorista suspendió *de facto* la votación de los siguientes candidatos, frustrando así la sesión de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional²⁰. En esta accidentada sesión incluso se produjo la adulteración de votos de la primera votación, ya que se detectó una cédula de sufragio más del número de congresistas en el hemicycle, lo que motivó que se repitiera la votación parlamentaria con igual resultado para el controvertido candidato oficialista.

No sin razón se ha señalado que este proceso de preselección de los candidatos, nominación de los postulantes hábiles y votación calificada final en el Pleno del Congreso, no contó con la voluntad política de la mayoría parlamentaria de nombrar a los guardianes de la Constitución o controladores de las leyes, motivo por el cual, cuando la candidatura más representativa del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 de Fujimori se

¹⁸ *El Comercio*, «Hasta hoy se reciben tachas a candidatos al Tribunal Constitucional», edición del 5 de marzo de 1996, Sección A, p. 6.

¹⁹ *El Comercio*, «Candidatos al Tribunal Constitucional», Lima, edición del 1.º de mayo de 1996, Sección A, p. 6.

²⁰ *El Comercio*, «Se frustró elección del Tribunal Constitucional. Oficialismo suspendió votación, tras rechazo de su candidato», Lima, edición del 4 de abril de 1996, Sección A, p. 1; asimismo, en la misma edición, «En accidentada sesión pleno rechazó candidatura de Antonio Antonioli», Sección A, p. 4.

rechazó en el Congreso, dio lugar a que se reprodujese el enfrentamiento anómico entre la mayoría y la minoría parlamentaria de aquella época, dando muestras de falta de tolerancia parlamentaria y vocación de consenso, así como de minusvaloración de la defensa de la democracia constitucional²¹.

Lo cierto es que una de las críticas fundamentales no sólo gubernamentales, sino también de la oposición, fue la politización del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales²²; sin embargo, la elección boicoteada de los magistrados del Tribunal Constitucional por haberse censurado al candidato predilecto de la mayoría parlamentaria oficial reveló el abierto interés político del gobierno de Fujimori de controlar al organismo encargado del control constitucional. Es decir, que se demostró la falta de búsqueda de independencia política de los candidatos en el proceso de selección, lo cual motivó la renuncia del candidato Beumont, quedando sólo once candidatos aptos²³.

Es del caso recordar que la Constitución del Perú de 1979 a diferencia de la Constitución de 1993, establecía como requisito para ser candidato al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, una probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos, entre otros requisitos, que es una exigencia imprescindible en sociedades inestables con gobiernos renuentes al control constitucional y con muchos candidatos desleales a la democracia constitucional.

D) Cuarta votación y reforma de la LOTC

La frustrada votación del Congreso dio lugar a que la minoría buscara mecanismos de votación de las candidaturas al Tribunal, como si el problema de la voluntad política estuviese en el sistema de votación, mientras que la mayoría parlamentaria se apuraba en preparar un proyecto modificando de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para reducir de seis a un año el período después del cual entrada en vigencia una norma legal, pudiese plantearse una acción de inconstitucionalidad, proyecto que fue finalmente aprobado por la mayoría, pero reduciendo incluso a seis meses el plazo para presentar las acciones de inconstitucionalidad de las leyes.

El 18 de abril de 1996 se realiza la cuarta votación del Congreso para

²¹ CÉSAR LANDA, «La tolerancia política en el quehacer parlamentario», en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1994, pp. 38 y ss.

²² DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La Constitución traicionada*, Seglusa editores, Lima, 1993, p. 61.

²³ PEDRO PLANAS, «El desorden constitucional», en *El Comercio*, edición de Lima, 6 de abril de 1996, sección A, p. 2; asimismo, en el mismo diario, «Candidato renuncia a su postulación al Tribunal Constitucional», edición de Lima, 17 de abril de 1996, Sección A, p. 5.

elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional, sobre la base de once candidatos, insistiendo en la postulación de Antonioli la mayoría parlamentaria al interpretar discutiblemente que los postulantes que no alcanzaron el número requerido para su elección —o sea, Antonioli, que fue el único censurado— tenían derecho a una segunda postulación. Los resultados fueron una clara muestra de la falta de consenso entre la mayoría y la minoría parlamentaria, debido a que ningún candidato alcanzó los dos tercios de los votos —80— del Pleno, sesión en la que se contó con la asistencia de sólo 84 congresistas de 120²⁴.

Como producto de la cuarta elección fracasada del Congreso, la mayoría de la Comisión de Constitución del Congreso decidió modificar el artículo 7.º de la LOTC, en el sentido de que en la segunda votación sobre los candidatos no aprobados se hiciese mediante votación individual por cédulas, debiendo el Pleno disponer si la votación era nominal o secreta.

E) Quinta votación

Ante este nuevo escenario de falta de consenso en las reglas de votación y la voracidad política de la mayoría parlamentaria para nominar a cinco de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, el 16 de mayo de 1996 se realiza la quinta votación del Congreso entre los once candidatos al Tribunal Constitucional, baloteados más de una vez por las mayorías y minorías parlamentarias.

Sin embargo, en esta votación el Congreso sólo logra elegir a dos magistrados: a Manuel Aguirre Roca con 103 votos y a Francisco Acosta Sánchez con 95 votos. Los demás candidatos no alcanzaron la votación mínima de ochenta votos; entre ellos el candidato de la discordia radical entre mayoría y minoría: Augusto Antonioli, quien sólo obtuvo 78 votos. Mientras que los otros candidatos obtuvieron: José García, 71 votos; Armando Zolezzi, 59 votos; Luis Díaz, 45 votos; Delia Revoredo, 39 votos; Antonio Belaunde, 36 votos; Arturo Seminario, 30 votos; David Pezúa, 27 votos, y Fernando Romero, 23 votos. Se contó con la asistencia de 117 congresistas de 120²⁵.

Ante el fracaso de la selección de los candidatos aptos a juicio del Ple-

²⁴ *El Comercio*, «Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional», Lima, edición del 19 de abril de 1996, Sección A, p. 2; asimismo, en la misma edición, «Abstención de oficialismo casi frustra plenaria convocada ayer para la elección del Tribunal Constitucional», Sección A, p. 4.

²⁵ *El Peruano*, «Congreso elige dos magistrados para el Tribunal Constitucional», edición de Lima, 17 de mayo de 1996, p. 3; asimismo, *El Comercio*, «En 10 días debe haber nuevas propuestas para Tribunal Constitucional», Lima, edición del 17 de mayo de 1996, Sección A, p. 4.

no del Congreso, en esta oportunidad las críticas se centraron en la Comisión Evaluadora; más aún, se retiraron tres miembros de la oposición de dicha Comisión. Lo cierto es que la opinión pública especializada observó que salvo la postulación de algunos ex-magistrados y catedráticos de Derecho de universidades, el gran número de abogados al servicio de la administración pública y del gobierno tenían una escasa trayectoria en materia de Derecho Constitucional²⁶.

Esa situación, en principio, podía aparecer como una pluralidad enriquecedora, en tanto el Tribunal Constitucional requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política; pero, en realidad, en este caso se ponía en evidencia la orfandad de candidatos preparados para asumir la responsabilidad de ser jueces constitucionales, en parte debido a la escasa cultura democrática y constitucional de un país que más años ha vivido en dictadura que en democracia, lo que se puso en evidencia en las relaciones políticas entre la mayoría parlamentaria y las minorías parlamentarias.

F) Reforma de la LOTC, cuarta convocatoria y sexta votación

Ante el grave deterioro de la imagen del Congreso y en base a la negociación política de la mayoría con la minoría parlamentaria, así como a la aceptación de un sistema de consenso para invitar a candidatos y el reparto por cuotas entre la mayoría y la minoría parlamentaria, se hizo una cuarta convocatoria a magistrados del Tribunal, la misma que dio lugar al retiro de varios candidatos: Belaunde, Zolezzi y Antonioli²⁷. Sin embargo, los restantes seis candidatos continuaron en carrera, a pesar de haber recibido un triple baloteo parlamentario.

En este sentido, el Congreso aprobó y se publicó el 14 de junio de 1996, la ley n.º 26622 que modificó otra vez el artículo 7.º de la LOTC, señalando que «cuando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20 por 100 de los congresistas, podrá efectuarse, por acuerdo del Pleno, una convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso».

²⁶ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «Derogación o Reforma de la Constitución», entrevista realizada por Carlos Mesía y José Ferreira, en *Cuadernos Constitucionales*, n.º 1, Lima, 1992, p. 8; DOMINGO GARCÍA BELAUNDE/PEDRO PLANAS, *La Constitución traicionada...*, op. cit., pp. 60-61; asimismo, JAVIER VARGAS, «El Tribunal Constitucional», en *El Comercio*, Lima, edición del 17 de mayo de 1996, Sección A2.

²⁷ *El Comercio*, «Parlamento ya dio su última palabra y no he sido elegido», Lima, edición del 20 de mayo de 1996, Sección A, p. 4.

Con este acuerdo y la publicación de la ley modificatoria, la mayoría parlamentaria invitó a postular a los cinco candidatos que no habían obtenido los 80 votos, pero que obtuvieron la mayor votación siguiente a los dos candidatos a magistrados ya electos. Así también, se extendió la invitación a dos candidatos que se desempeñaban como magistrados del Jurado Nacional de Elecciones y que en los últimos procesos electorales habían demostrado una conducta judicial independiente, propuesta que contó con un tácito apoyo multipartidario.

En consecuencia, el 15 de junio de 1996 se puso a votación en el Pleno del Congreso la lista cerrada de los cinco postulantes cooptados e invitados de la mayoría y de las minorías parlamentarias. En esta sexta votación, finalmente se logró aprobar con cien votos a favor, trece abstenciones y siete ausentes, la nominación finalmente de los cinco magistrados restantes del Tribunal Constitucional²⁸. La lista contó con un perfil más judicial, incorporando a Ricardo Nugent como presidente del Jurado Nacional de Elecciones, a Guillermo Rey Terry, vocal de dicho Jurado, Guillermo Díaz Valverde, ex-magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales, Delia Revoredo, profesora universitaria y José García Marcelo, abogado al servicio del gobierno, quien había apoyado en un segundo plano el autogolpe del 5 de abril de 1992²⁹.

Con este sistema de lista cerrada fue aprobada en el Pleno del Congreso la nominación de los nuevos magistrados constitucionales, quedando incorporados como magistrados del Tribunal Constitucional³⁰. Pero esto se logró «sólo después de largas marchas forzadas —idas y venidas, negociaciones y forcejeos— provocados por el terco propósito de dicha mayoría oficialista (Cambio 90 - Nueva Mayoría) de imponer en el TC a varios de sus candidatos; finalmente, año y medio después de promulgada la LOTC quedó, pues, hacia fines de junio de 1996, constituido el flamante —y tan desdichado— TC»³¹.

El 26 de junio de 1996 se instala el Tribunal Constitucional y los magistrados eligieron a Ricardo Nugent como su Presidente, quien venía de ocupar reconocidamente la presidencia del Jurado Nacional de Elecciones

²⁸ *El Comercio*, «Trece congresistas se abstuvieron de votar», edición de Lima, 16 de junio de 1996, p. A4.

²⁹ MANUEL D'ORNELLAS, «El Tribunal de toma y daca», en *Expreso* (Lima), año XXXV, n.º 12701, edición del sábado 15 de junio de 1996, p. 2A.

³⁰ Congreso de la República, Resolución Legislativa n.º 001-96-CR, del 20 de junio de 1996, mediante la cual nombre a los siete magistrados elegidos para el Tribunal Constitucional: Francisco Acosta Sánchez, Manuel Aguirre Roca, Ricardo Nugent López-Chávez, Guillermo Rey Terry, José García Marcelo, Luis Guillermo Díaz Valverde y Delia Revoredo Marsano de Mur.

³¹ MANUEL AGUIRRE ROCA, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 122-123.

y de haber sido dos veces presidente de la Corte Suprema de Justicia. Lo cierto es que el proceso de selección, negociación y votación calificada de los magistrados del Tribunal Constitucional, dio muestras de que el sistema previsto en la ley no funciona, cuando no hay voluntad política de consenso entre la mayoría y la minoría parlamentarias o cuando la mayoría gubernamental guarda gran desconfianza en la creación de un organismo constitucional encargado del control constitucional a los poderes *de jure*.

Dado el peso de la jurisdicción constitucional en la vida política democrática, es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales los partidos políticos parlamentarios tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es indudable, dado el grado de interrelación entre la Constitución y la política³². Pero ese proceso político debe justificarse a través del requisito de los dos tercios del número de miembros del Congreso (80 votos), lo que supone mínima y obligatoriamente el diálogo, la negociación y la concertación y, a su vez, sirve de un mecanismo de control de las minorías a fin de evitar que la mayoría pueda excederse.

En el marco de un informal Estado de Derecho, bajó la férula de Fujimori, no existían posibilidades de que la mayoría y minorías parlamentarias implementaran mecanismos democráticos de negociación y acuerdos de criterios para la elección de los candidatos hábiles para ser magistrados constitucionales, como sí ocurre en el caso de España o Alemania. Aunque, también, en estas latitudes se escuchan algunas voces críticas al sistema de selección debido a la «*lottizzazione*» o cupos partidarios, motivo por el cual se propone dar mayor transparencia al proceso de selección, mediante la comparecencia parlamentaria de los candidatos, en una suerte de audiencias públicas, «*hearings*»³³.

En el contexto autoritario de los noventa, como quiera que el gobierno y la oposición parlamentaria mantuvieron una relación de suma cero, donde los éxitos de uno fueron la derrota del otro y viceversa, «la misma elección parlamentaria de los jueces constitucionales *comportó* un riesgo no desdeñable de excesiva politización y demasiada homogeneización política

³² ULRICH PREUß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, en *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (U. PREUß, editor), Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, pp. 7-33.

³³ PETER HÄBERLE, *Bundesverfassungsrichter-Kandidatentum auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis «öffentlicher Anhörung»*, en BERND GUGGENBERGER/ANDREAS MEIER (editores), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pp. 131-133; WILHELM GECK, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 33-41; HELMUT SIMON, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 844; asimismo, ELISEO AJA, «La elección de magistrados del Tribunal Constitucional», en *El País*, Madrid, edición del 17 de junio de 1998, p. 16.

entre la parte controlada y el órgano controlante *que restó credibilidad y operatividad al sistema de garantías*»³⁴.

Sin embargo, en la actual etapa de democratización del Estado, habría que esperar un proceso de selección de magistrados constitucionales radicalmente diferente; primero, por cuanto el escenario político parlamentario no se encuentra más polarizado entre la mayoría oficialista y la oposición democrática, sino entre fuerzas parlamentarias plurales, pero dentro de un amplio espectro antiautoritario. No obstante, ello no es óbice para que la confrontación política parlamentaria pueda crear posiciones y actitudes intolerantes, que desnaturalicen el proceso democrático de selección de los magistrados constitucionales, como ocurrió en el pasado.

La consecuencia inevitable de aquel proceso de selección de magistrados fue el profundo deterioro no sólo del Tribunal Constitucional, sino también del modelo democrático del consenso, como ahondar la desconfianza de la opinión pública ciudadana sobre las instituciones del Estado de Derecho.

3. PERFIL DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL

Si bien la inmadurez y la intolerancia políticas —sobre todo, de la mayoría parlamentaria— generaron el anormal proceso de designación de las magistraturas constitucionales en el Perú entre 1995 y 1996, cabe señalar que el objetivo de la norma constitucional que busca el consenso parlamentario no fue correctamente planteado. La mayoría y la minoría parlamentarias debieron orientarse a valorar y definir a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, antes que centrar la elección en los acuerdos de las cúpulas de los grupos parlamentarios; en ese sentido, es importante ahondar en la búsqueda del perfil del juez constitucional, a fin de precisar algunas características que se deben buscar en la preselección y nominación de los candidatos a magistrados constitucionales, sin llegar a desconocer la posición del Tribunal Constitucional en el seno del régimen político³⁵.

A) Condiciones de imparcialidad y especialidad

Una condición previa a buscar en los candidatos es su imparcialidad y su especialización, en la medida que el magistrado constitucional debe ser

³⁴ JOSÉ LUIS CASCAJO, «Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional», en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Monografías 4, Madrid, 1986, p. 11.

³⁵ HEINZ LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 254 ss., 278 ss. y 312 ss.

ante todo un jurista que, a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del Derecho y su experiencia frente a las causas, así como que sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil del magistrado constitucional que requiere el Tribunal Constitucional³⁶.

Desde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez ha estado basada en la observancia de la ley, como ahora desde el neopositivismo la independencia del juez se halla también en la sumisión a la Constitución³⁷. Pero, desde la teoría institucional constitucional, la fuente de la independencia judicial se encuentra tanto en la Constitución como en la sociedad civil, en tanto generadoras del sistema normativo-valorativo. No se requiere de jueces amanuenses de las normas, sino de verdaderos ciudadanos con toga, que ciertamente se encuentren obligados primero por la Constitución y luego a la ley, pero no sólo en un sentido formal, sino también en un sentido material en tanto norma de principios sociales³⁸.

Ahora bien, no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza social e institucional que fundamenta la vida política de un país. En ese sentido se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico³⁹.

Ello significa que el juez constitucional está más allá del maniqueo planteamiento iuspositivista, o la política que transforma el mundo o el

³⁶ FROWEIN/MEYER/SCHNEIDER, *Bundesverfassungsgericht in dritten Jahrzehnt*, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973, pp. 73 y ss.; asimismo, OTTO KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, Europäische Verlagsanstalt, Germany, 1981, pp. 37 y ss.

³⁷ MANUEL ARAGÓN, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad (I)», en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), UAM - BOE, Madrid, 1997, pp. 179 y ss.; asimismo, PETER QUART, *Umfang und Grenzen politischer Betätigungsfreiheit des Richters. Eine richterrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung*, Peter Lang, Frankfurt - Bern - Paris - New York, 1990, pp. 40 y ss.

³⁸ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Fonteamor, México, 1997, pp. 19 y ss.; asimismo, PETER HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 66 y ss.; asimismo, KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsliches Problem...*, op. cit., pp. 66 ss., y 215 ss.

³⁹ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, pp. 82 y ss.; asimismo, HORST SÄCKER, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele*, Verlag C. H. Beck, München, 1975, p. 25.

Derecho que se abstiene de la política para sólo aplicar la norma, sino que se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad⁴⁰. Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional «es un tipo de juez que posee *experiencia política* y que le preocupa la *reflexión política*»⁴¹. En este sentido se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado.

De esa manera, cuando se alcance el perfil de los magistrados constitucionales, en base a los principios y características de independencia política y calidad jurídica, el Tribunal Constitucional se acercará a ocupar una posición legítima en el sistema de control y balance entre los poderes. Posición que los magistrados sabrán defender en la medida que tengan las cualidades de imparcialidad y especialidad.

B) Cualidades personales y humanas

Para ser magistrado constitucional se requiere no sólo condiciones de especialidad e imparcialidad, sino también de cualidades humanas. Una profunda fundamentación en valores personales y capacidad de trabajar en equipo es también una eficaz garantía de protección de la independencia⁴². Así, se necesita contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual; con estos valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que a menudo se presentan como valores contrapuestos, donde se debe estar abierto y dispuesto a incorporar a las distintas opiniones y puntos de vista. Precisamente, la capacidad de trabajo colegiada supone características personales pluralistas y tolerantes, imprescindibles en el debate y resolución, sobre todo, de causas límites.

⁴⁰ PETER HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien...*, op. cit., pp. 73 y ss.; HEINZ LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß...*, op. cit., pp. 479 y ss.; asimismo, REINHOLD ZIPPELIUS, *Rechtsgefühl und Rechtsgewissen*, en ERNST-JOACHIM LAMPE (editor), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Band X, Westdeutscher Verlag, pp. 17 y ss., donde reúnen las distintas ponencias sobre el sentimiento jurídico, de autores como ZIPPELIUS, KRIELE, MÜLLER-DIETZ, KAUFMANN, entre otros.

⁴¹ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., p. 84; asimismo, aunque con menos énfasis, DIETER GRIMM, *Politik und Recht*, en *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag* (E. KLEIN editor), C.F. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 99 y ss.

⁴² KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem...*, op. cit., pp. 238 y ss.

Sin embargo, se debe ser consciente de que el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares, pero también resulta altamente sospechoso de una falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo, que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares⁴³.

Es utópico pensar en la objetividad del hombre, como castigar la subjetividad, más aún, el *homo iudex absolutus* no existe, lo que no quiere decir que los jueces constitucionales se abandonen a sus criterios subjetivos acerca de la Constitución y su aplicación; por eso se ha dicho «nosotros no podemos ser imparciales. Nosotros sólo podemos ser intelectualmente honestos... conscientes de nuestras pasiones y en guardia con ellos. La imparcialidad es un sueño, la honestidad un deber»⁴⁴.

En este sentido, el juez constitucional debe ser consciente que siempre en sus sentencias hay una parte de su propia subjetividad, como una mancha blanca; que al interior del debate y resolución colegiada de los jueces puede madurar o quedar neutralizada mediante las técnicas de la interpretación constitucional⁴⁵. En cualquier caso, para una selección responsable de los jueces constitucionales se debe considerar que en última instancia los factores subjetivos van a estar presentes en las decisiones judiciales.

Es por eso que resulta importante conocer los puntos de vista de los candidatos sobre aspectos fundamentales de la vida de la sociedad civil y política al momento de su preselección, como son la política económica, social, filosófica y ética, así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país. Por eso, «no hay espacio en el Tribunal Constitucional para una limitada concepción apolítica, en un proceso de desarrollo jurídico del valor libertad»⁴⁶.

En consecuencia, es importante tener claridad en dos condiciones. De un lado, saber cuál es el compromiso de los candidatos a magistrados constitucionales, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad, a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y

⁴³ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., pp. 110 y ss.; asimismo, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Una democracia en transición*, Okura, Lima, 1986, p. 46.

⁴⁴ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., pp. 86-87.

⁴⁵ WILLI GEIGER, *Recht und Politik in Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1980, pp. 10 y ss.

⁴⁶ HORST SÄCKER, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele*, Verlag C. H. Beck, München, 1975, p. 25; asimismo, ROLF LAMPRECHT y WOLFGANG MALANOWSKI, *Richter machen Politik, Auftrag und Anspruch des Bundesverfassungsgerichts*, Fischer Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1979, pp. 42 y ss.

minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados en el Tribunal Constitucional con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos.

En consecuencia, la neutralidad formal en tanto indiferencia o ambivalencia con relación a los problemas de la vida social es perjudicial en el perfil del magistrado constitucional; por el contrario, se requiere de jueces autoconscientes de su subjetividad y de la representación pluralista de los distintos intereses de la sociedad, que es una forma real para acercarse a la justicia⁴⁷.

De otro lado, la personalidad de cada candidato, ya sea conservadora, liberal o progresista, centralista o descentralista, debe estar fundamentada desde una perspectiva democrática y constitucional, así como deben dar muestras de que las resoluciones sobre los problemas constitucionales son posibles de resolver no sólo desde su punto de vista, sino también que hay un espacio de interpretación distinto al suyo. Esta vocación pluralista y realista de los magistrados tiene especial significado en la posición que obtenga el Tribunal Constitucional en el sistema de gobierno⁴⁸.

Sin perjuicio de definir el perfil del magistrado constitucional que se busca, se deben también establecer algunos criterios rectores que se usen en la selección de los magistrados, que están estrechamente vinculados con la imagen-objetivo del juez constitucional.

4. PRINCIPIOS DE SELECCIÓN DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL

El perfil de los candidatos a magistrados no es suficiente para asegurar una buena composición del Tribunal Constitucional, sino que la selección y el procedimiento de elección de los candidatos constituyen otra fase de suma importancia, para una adecuada conformación del mismo. En ese sentido, la selección y el procedimiento de elección deben estar orientados por los siguientes principios⁴⁹.

A) Independencia judicial

El Tribunal Constitucional es un organismo constitucional autónomo, razón por la cual los magistrados constitucionales deben ser independien-

⁴⁷ KLAUS SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, pp. 262 y ss.; asimismo, CHESTER JAMES ANTIEAU, *Adjudicating constitutional issues*, Oceana Publications, London - Rome - New York, 1985, pp. 201 y ss.

⁴⁸ Horst Säcker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele...*, op. cit., p. 24.

⁴⁹ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*. Duncker & Humblot, Berlin, 1974, pp. 61 ss., 71 ss y 86-120.

tes, en la toma de sus decisiones judiciales, del poder político y de los poderes privados. Determinar el grado de independencia personal de los jueces es un factor esencial en el procedimiento de selección de los mismos. Una garantía de ello es evaluar el nivel de vinculación que mantendrían los aspirantes con la realidad social antes que con los poderes políticos a través de las tareas de la interpretación constitucional⁵⁰. Sin embargo, se debe cuidar que una determinada fuerza económica o política no esté detrás de la candidatura de los magistrados constitucionales, ya que posteriormente habría una suerte de deuda de los magistrados que se podría expresar en sus decisiones jurisdiccionales.

Es cierto que los partidos políticos representados en el Congreso y el Ejecutivo están muy interesados en la conformación del Tribunal que va a tener por función controlar sus actos legislativos de gobierno; sobre todo, por la peregrina idea de que quien nombra a los jueces es el que hace la justicia, lo que distorsiona el balance necesario entre la política y el Derecho, en el sistema de elección de los jueces constitucionales⁵¹. Pero ello se vuelve un peligro cuando, sobre todo la mayoría parlamentaria y el Ejecutivo temerosos del poder de control que ejercerán los magistrados constitucionales sobre sus normas, pretendan asegurar la presencia de jueces que hagan depender sus decisiones jurisdiccionales directa o indirectamente de su fuerza política.

Eso no significa que el Tribunal opere exclusivamente como una corte y que la Constitución sea asumida sólo como una ley suprema⁵², sino que el rol de los magistrados constitucionales, por su origen y por sus decisiones judiciales, tiene un valor político y social pero no partidista, aunque al inicio del funcionamiento de los tribunales constitucionales siempre se presenten conflictos políticos de reconocimiento de su labor jurisdiccional⁵³. Por eso, la posición del juez debe ser concebida como una tarea de compromiso constitucional, ético y democrático, pero sin sobrecargar las responsabilidades de los magistrados constitucionales, poniéndoles a resolu-

⁵⁰ FRIEDRICH DARMSTAEDTER, «Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsgewissen», en *DRiZ*, Heft 9, 19. Jahrgang, 1951, pp. 169 y ss.; asimismo, WERNER BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., pp. 90 y ss.

⁵¹ RICHARD LEY, *Die Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes. Eine Dokumentation anlässlich des 40 jährigen Bestehens*, en *Parlaments Fragen*, Herausgeben von der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen, 22. Jahrgang, 1991, pp. 430 y ss.

⁵² CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, pp. 1 ss. y 42 ss.; asimismo, WILLI GEIGER, «Das Bundesverfassungsgericht im Spannung zwischen Recht und Politik», en *EuGRZ*, 12, Jg. Heft 1, Straßburg, 1985, pp. 402 y ss.

⁵³ RICHARD HAÜBLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 22-74.

ción judicial lo que, en el ámbito de la política, el Gobierno y la oposición no han sido capaces de resolver institucionalmente. Por cuanto, como dice Schmitt, en vez de judicializar la política se termina politizando la justicia, aun cuando sean otros los deseos⁵⁴.

Con razón cabe recordar lo que el juez Picots dijo: «Yo soy sólo un hombre y lo que ustedes me demandan está por encima de lo humano... Yo no me puedo elevar siempre más allá de mí mismo, si ustedes no me protegen a la vez contra mí y contra ustedes... Prométneme que yo no saldré del tribunal a menos que no sea convencido de haber traicionado el deber que me han impuesto...»⁵⁵. Definitivamente, la independencia judicial no es un asunto de información, sino de formación y experiencia previa, pero que se afirma o se debilita si en la práctica judicial se conquista o se pierde la autoridad y la legitimidad constitucional de que debe gozar todo Tribunal Constitucional.

Por ello, como ya se ha señalado, el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido taxativamente causales específicas para declarar la vacancia del cargo del magistrado constitucional por: a) muerte; b) renuncia; c) incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función; d) incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; e) violar la reserva propia de la función; f) haber sido condenado por la comisión de delito doloso; g) incompatibilidad sobreviniente.

De esta manera se defiende la independencia del magistrado constitucional frente al poder político, pues se enumera taxativamente cuáles son las acciones que podrían provocar una destitución en el cargo y se intenta descartar todas aquellas situaciones en las que se podría pretender usar la presión política (como usar la figura de la vacancia) para obtener fallos *ad hoc* a las necesidades del gobernante de turno.

B) Legitimidad democrática

Junto con asegurar la selección de los candidatos a los más capaces de ejercer dicha función con independencia judicial debido a sus consecuencias políticas muy claras, pero sin temor a los resultados derivados de causas políticas, el Tribunal Constitucional, en la medida que asume una responsabilidad muy alta, debe buscar magistrados constitucionales capaces de

⁵⁴ REINHARD FENNER, *Recht oder Politik? Die deutsche Frage vor dem Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Hamburg, 1980, pp. 347 y ss.

⁵⁵ KONRAD ULRICH, *Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republik*, Zürich, 1904, p. 9.

representar también el principio de legitimidad democrática⁵⁶. En una democracia representativa todo poder se ejerce en nombre del pueblo directa o indirectamente y retorna a él en forma de leyes, resoluciones o decretos.

En este sentido, la confianza ciudadana es depositada en los magistrados constitucionales, como mandatarios de la voluntad general, aunque sea de manera indirecta mediante el voto del Congreso⁵⁷. Por ello, la legitimidad social del Tribunal Constitucional es un principio que los magistrados constitucionales deben ser conscientes de valorar y desarrollar; en este sentido, los jueces constitucionales son responsables materialmente de sus decisiones frente al pueblo. Este principio y la responsabilidad consecuente con la sociedad civil no es sólo un postulado teórico, sino que debe ser razón de peso suficiente para su control o eventual suspensión o destitución, a través del principio de la autodisciplina del propio Pleno del Tribunal Constitucional⁵⁸, cuando hayan cometido una falta grave o un delito comprobado⁵⁹.

En consecuencia, el procedimiento dispuesto de selección de candidatos al Tribunal Constitucional debe tener la posibilidad de evaluar la capacidad de los candidatos de convertirse en portadores de la voluntad popular; claro está, dentro del marco de sus competencias judiciales constitucionales. En efecto, por el principio de soberanía popular, consideramos que la jurisdicción constitucional debe legitimarse en función de la opinión pública mayoritaria y minoritaria⁶⁰. Para ello debe crear confianza, «Vertrauensbildung», en la sociedad sobre las decisiones del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la dependencia de la jurisdicción constitucional de la opinión pública no puede ser absoluta, sino que tiene sus límites en la Cons-

⁵⁶ RENE MARCIC, *Machtkampf zwischen Bonn und Karlsruhe. Der Streit um die Reform des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, en *Der Staatsbürger*, n.º 8, Serie 14, 1955; asimismo, PAUL FEUCHTE, «Das Demokratische Prinzip und die Rechtsprechung in Verfassungssachen», en *DÖV*, n.º 13, 1964, pp. 433 y ss.

⁵⁷ WALTER HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA. Fragen der Justiziabilität in der Höchststrichterrlichen Rechtsprechung*, en Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1972, pp. 320 ss. y 353 ss.; asimismo, HEINZ LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Prozess...*, op. cit., pp. 189 ss., 207 y 210 ss.

⁵⁸ RUDOLF KATZ, «Stellung und Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts», en *DRiZ*, en 37. Jahrgang, 1959, p. 8.

⁵⁹ MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag C.H. Beck. München, 1995, § 105, 2, p. 4 y ss.; DIETER UMBACH, THOMAS CLEMENS (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 105, 2, p. 1437; asimismo, ULRICH PREuß, «Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und politisches Problem», en *ZfP*, 21. Jahrgang, 1988, pp. 392 y ss.

⁶⁰ JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981, pp. 145 y ss.; asimismo, ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 177 y ss.

titución y en los valores democráticos. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional se encuentra a mitad de camino entre la sociedad y el Estado, en tanto defiende el consenso del interés general de la sociedad y los derechos fundamentales de las personas frente a los poderes públicos y privados⁶¹.

En un Estado democrático pluralista y tolerante, el consenso constitucional a defender no es sólo el de la mayoría, sino también el de las minorías; más aún, la protección de las minorías es un objetivo clave en ese modelo de democracia avanzada⁶². En consecuencia, la selección y nominación de los candidatos al Tribunal Constitucional debe incorporar este criterio democrático, a fin de dar eficacia integradora al consenso constitucional existente.

Pero la dinámica política y social es un referente concreto que vincula a los magistrados constitucionales con la realidad; por eso, una eficaz función del Tribunal Constitucional consiste en controlar constitutivamente el proceso político que, mediante leyes, decida la mayoría, como también las minorías, en el Congreso y el Ejecutivo, sin perjuicio del control constitucional a las resoluciones del Poder Judicial que no tutelen los derechos fundamentales.

C) Control y balance de poderes

La vocación de independencia judicial y de legitimidad democrática de los magistrados constitucionales es importante en la identificación y selección de los candidatos al Tribunal Constitucional; pero no hay que olvidar que la independencia judicial es una consecuencia de la división del poder y que la legitimidad democrática, entendida como control y balance de poderes, se debe también al principio de la división del poder, en función de lo cual deben abordar prudentemente las cuestiones políticas como cuestiones no justiciables, según la doctrina autolimitativa de la *political clause*⁶³.

⁶¹ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., pp. 96 y ss.

⁶² JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 170 y ss.; asimismo, CÉSAR LANDA, *Derecho Político, del gobierno y la oposición democrática*, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1990, pp. 116-123.

⁶³ CÉSAR LANDA, «Justicia constitucional y political questions», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4 (año 2000), CEPC, Madrid, 2000, pp. 173-203; asimismo, JÜRGEN K. BÖHM, *Staatsnotstand und Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Würzburg, 1963, pp. 118 ss. y 132 ss.; JUTA LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor*, conferencia en la Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Speyer, 1995, pp. 11 ss. y 19 ss.; asimismo, FRIEDRICH KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, Verlag Achendorf, Münster, 1996, pp. 2 y ss.

Pero hay que recordar que el Tribunal Constitucional no apareció bajo la sombra de la clásica división del poder, sino en el juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes y en la búsqueda de la unidad constitucional, respetando la diversidad política; en virtud de lo cual el Tribunal Constitucional goza de una reserva jurisdiccional en materia constitucional, así como el Legislativo tiene la reserva de ley o el Ejecutivo la reserva reglamentaria. Sobre la base de la reserva judicial constitucional el Tribunal debería ir delimitando cuidadosamente sus competencias a fin de garantizar la eficacia de sus sentencias⁶⁴, como asegurar su independencia de los partidos políticos y grupos de presión⁶⁵.

Por ello, «la división del poder adquiere sentido cuando el sistema de poderes se vincula de manera absoluta con los grupos políticos y sociales de poder en el marco de la ley, cuando los reales poderes políticos en la vida pública, en determinados casos, se limitan mutuamente y, de este modo, establecen un cierto equilibrio de fuerza, que finalmente repercute también en la balanza de las decisiones de las instancias superiores. En tanto que los componentes político-sociales de la división del poder son criterios de decisión. Sólo desde este punto de vista se puede cumplir el deseo fundamental de la división del poder: garantizar la libertad de los ciudadanos, conservando y desarrollando la dignidad de la persona humana⁶⁶.

En este sentido, para el Tribunal Constitucional la división, el control y el balance de poder es un tema de primera línea, en cuanto el control y balance de poderes es tanto un presupuesto de su actuación jurisdiccional, como también un resultado de su actuación independiente. Pero el papel de los magistrados constitucionales ya no se encontraría en el distanciamiento de la mayoría del Congreso y del Ejecutivo por un lado y de la oposición parlamentaria por otro lado, sino que, como consecuencia de la independencia del Tribunal Constitucional, el rol de los magistrados constitucionales se ubica en la mediación de la tensión entre gobierno y oposición o mayoría y minorías, así como en la aceptación social de sus resoluciones⁶⁷.

⁶⁴ JUTTA LIMBACH, «In Namen des Volkes» *Macht und Verantwortung der Richter*, DVA, Stuttgart, 1999, pp. 89-104; asimismo, FROWEIN/MEYER/SCHNEIDER, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt...*, op. cit., pp. 60 y ss.

⁶⁵ WILHELM GECK, *Wahl und Amtsrecht der Bundesfassungsrichter*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp., 72 y ss.; asimismo, para una visión comparada del rol de los grupos de presión en los gobiernos europeos, revisar la introducción de JEREMY RICHARDSON (editor), *Pressure Groups*, Oxford University Press, 1993, pp. 1-15; para el caso de Estados Unidos, revisar: GLENDON SCHUBERT, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make*, Rinehart and Winston, New York, 1960, pp. 69 y ss.

⁶⁶ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»...*, op. cit., p. 102.

⁶⁷ FELIX ERMACORA, «Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945», en JÖR, Band 8, 1959, pp. 49-56; en el mismo número, GAETANO AZZARITI, *Die Stellung des*

Sin embargo, los magistrados deben observar atentamente la función de los medios de comunicación y de los poderes privados, que muchas veces juegan un papel constitucionalmente mayor que la propia opinión pública y que los poderes *de jure*. Por eso, la labor de control constitucional del Tribunal, para no quedar como un control semántico de la Constitución, en tanto que en las sociedades corporativas la clásica división del poder deja de tener sentido real, debe orientarse, en el marco de sus competencias, también al control de los reales operadores del poder, que se extiende a los poderes privados que actúan en el ámbito público corporativamente, la mayoría de las veces camufladamente en los espacios públicos constitucionales, sin control de los entes estatales ni de la opinión pública y, en consecuencia, sin responsabilidad alguna por las decisiones que impulsan⁶⁸.

Ese estatus de legitimidad del Tribunal Constitucional sólo es posible de obtener a partir de que los jueces constitucionales asuman una postura equilibrada: de defensa de la división del poder a través de la corrección funcional de las mayorías y minorías, de la integración de las demandas de la sociedad y de los poderes de la autoridad, del respeto de la autonomía del poder político y del poder judicial, así como del balance de poder entre el gobierno central y los gobiernos locales⁶⁹.

Sólo así, en el proceso de designación de magistrados, se podrá asegurar que los candidatos a jueces constitucionales no se abstengan del control constitucional, sino que ejerzan ponderada y creativamente su función de control constitucional frente a los clásicos poderes, como también a los nuevos poderes sociales y políticos de las sociedades corporativas. Lo cual, ciertamente, está en relación con las competencias que le faculta la Constitución, la ley y el desarrollo jurisprudencial que a partir de ellas realice el Tribunal.

5. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el voto de no menos de dos tercios del número legal de miem-

Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung, pp. 13-27; asimismo, JUTTA LIMBACH, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen; Vortrag in der rechtswissenschaftlichen Fakultät am 2. Juli 1996*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Verlag Regensburg, 1997, p. 9.

⁶⁸ JÜRGEN HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, pp. 355 y ss.; asimismo, LUIGI FERRAJOLI, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción* (PERFECTO IBÁÑEZ, editor), editorial Trotta, Madrid, 1996, pp. 15-29.

⁶⁹ ERNST BENDA, *Richter und Politik*, en COTTA/BENDA/SCHAMBECK/MALINVERNI, *Richter und Politik. Giudice e Politica*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, pp. 37 y ss.; asimismo, ERICH KAUFMANN, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, Heft 9, Berlin, 1952, pp. 4 y ss.

bros del Congreso, el ejercicio de sus funciones debe enmarcarse en un contexto de absoluta independencia frente al Congreso y demás poderes del Estado. En esa medida los magistrados son elegidos para cumplir sus funciones de control constitucional sobre los poderes públicos, por un período de cinco años y sin la posibilidad de una reelección inmediata, de acuerdo a lo establecido en el artículo 201 de la Constitución y en el artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la práctica parlamentaria durante el régimen fujimorista no ha dado muestras de un verdadero consenso constitucional ni democrático en la designación de los magistrados del Tribunal, lo que puso en evidencia la tensión permanente entre el gobierno y la oposición, como también entre la política y el Derecho⁷⁰, tema que, por lo demás, no es pacífico en ninguna latitud⁷¹. Asunto que en el actual proceso democrático puede tomar nuevos rumbos institucionales, si es que se procede a la reforma del sistema de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.

En ese sentido, cabe pensar en trasladar la responsabilidad de la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso al Consejo Nacional de la Magistratura. En la medida en que este organismo constitucional tiene la función de nominar a los magistrados del Poder Judicial, podría también hacerse cargo de la selección técnica de los candidatos a magistrados constitucionales. En esta medida, el Consejo propondría ternas al Congreso que contemplasen las características propias del perfil del magistrado constitucional y los principios de su selección, requisitos y cualidades necesarios para el cumplimiento de su función jurídicopolítica de control de los poderes públicos⁷².

Este planteamiento fue propuesto en la Comisión de Bases para el Estudio de Reforma Constitucional, nombrada por el gobierno transitorio de Valentín Paniagua, pero finalmente se aprobó que: «el Congreso, con el acuerdo de los dos tercios de sus miembros, elige a los magistrados del Tribunal, a propuesta del Senado. La propuesta debe contener el número total de candidatos que triplique a los que deben ser elegidos. La elección es por siete años y no admite reelección. El Senado debe seleccionar solamente a aquellos candidatos que demuestren una clara trayectoria democrática, probada defensa de los derechos humanos, independencia en el

⁷⁰ DIETER GRIMM, *Politik und Recht*, en *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag* (E. KLEIN editor), C.F. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 91 y ss.

⁷¹ ERNST BENDA y ECKART KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, pp. 37 y ss.; asimismo, WERNER KÄGI y FRIEDRICH GIESE, *Richterwahlen im Rechtsstaat*, en *Der Wähler*, Heft 7&8, Frankfurt, 1952, pp. 306 y ss.

⁷² MANUEL AGUIRRE ROCA, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 145.

desempeño de la labor judicial y/o calidades de jurista. La edad mínima requerida es de cuarenta años»⁷³.

Si tenemos en cuenta que «hay pocos lugares en los que un poder sea ejercido de modo tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del TCF, una selección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente»⁷⁴. Por eso, el sentido común democrático señala la necesidad imprescindible de racionalizar y tecnificar el proceso de selección del juez constitucional, mediante la identificación del perfil de los candidatos a magistrados constitucionales, así como establecer los principios que deben regir dicha selección, a través de un organismo constitucional como el Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que el Estado de Derecho se fortalezca en el actual proceso democrático constitucional.

En cualquier caso, la selección de las cuatro plazas de magistrados del Tribunal Constitucional, que han cumplido el período de cinco años para el cual fueron elegidos por el Congreso, no puede quedar resuelto cubriendo únicamente dichas vacantes, incluso poniéndose de acuerdo la mayoría y la minoría parlamentaria o el gobierno y la oposición, sobre la base de los criterios establecidos. Por cuanto, para que la actuación de los magistrados seleccionados sea válida y eficaz en el cumplimiento de las funciones del control de la constitucionalidad, el proceso de selección pasa simultáneamente por la reforma democrática de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la promoción de la participación política de la sociedad en los procesos constitucionales.

Por ello, finalmente: «sólo tiene sentido hablar de justicia constitucional en aquellos países y aquellas situaciones donde la Constitución, aparte de ser un texto escrito, es ante todo una vivencia colectiva, donde las contradicciones e incoherencias de la Constitución formal tienen una vía de solución por la existencia de una Constitución material»⁷⁵.

⁷³ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Lima, julio 2001, p. 71.

⁷⁴ KLAUS SCHLAICH, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, en FAVOREU, LUCHAIRE, SCHLAICH, RIVERO, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, CEC, Madrid 1984, p. 146.

⁷⁵ PEDRO DE VEGA GARCÍA, *Estudios político constitucionales*, UNAM, México, 1987, p. 309.

