



César Landa Arroyo

*Ex Presidente del Tribunal Constitucional.
Profesor Principal de la PUCP y de la UNMSM*

Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional

Entrevista realizada por Pedro Grández, Director fundador de Palestra

1. Pedro Grández: Profesor Landa, agradecemos esta oportunidad de conversar con nosotros. Entiendo que no ha tenido usted ocasión de realizar un balance de su paso por el TC, en este diálogo quisiéramos que ése sea el punto de articulación. Comencemos entonces por su elección. Usted llega en un momento crucial al TC, quizá nunca antes el Perú había sentido tan intensamente el valor de la Constitución y su impacto en la organización de la vida democrática. Coméntenos sus primeras impresiones luego de su designación por el Congreso.

César Landa: Debido a mis estudios universitarios, mi doctorado en España y posteriormente una estancia postdoctoral en Alemania me especialicé en el Derecho Constitucional; lo cual me permitió ejercer la profesión básicamente en la docencia en la Universidad Católica y en la Universidad de San Marcos, así como, en la asesoría constitucional. Pero, con el propósito de afirmar el Estado Constitucional y la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, cuando se produce el autogolpe de Estado en 1992, se puso más evidente la necesidad de contribuir al fortalecimiento institucional de los valores democráticos. Por eso, asumí la invitación de Baldo Kresalja de participar como candidato al Congreso Constituyente Democrático por parte de la agrupación Solidaridad y Democracia que lideraba el destacado estadista Manuel Moreyra Loredo; pero, no fue en vano tener la experiencia de candidatear sin obtener una curul, porque me permitió hacer docencia pública sobre el valor de la Constitución, la democracia y los derechos humanos.

La recuperación de la democracia el año 2000 bajo la Presidencia de Valentín Paniagua, sirvió para que participara activamente en el grupo que convocó el Presidente para elaborar los Estudios de las Bases para la Reforma Constitucional, la misma que durante el gobierno de Alejandro Toledo continuaría, desde la Comisión del Constitución del Congreso, presidida por Henry Pease, donde trabajé bajo la Coordinación de Paniagua en el desarrollo del Anteproyecto de Constitución, que lamentablemente no llegó a terminar de ser aprobado en el Pleno del Congreso, por razones de coyuntura política; pero, dejamos un documento imprescindible para cualquier reforma total a la Constitución que se pretenda realzar. El compromiso asumido con el fortalecimiento del Estado constitucional, en consecuencia, se convirtió en un quehacer ya no sólo académico, sino también de interés público. Proceso durante el cual el Tribunal Constitucional había pasado de la etapa del cautiverio a una etapa de libertad, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder, haciendo de la Constitución una norma viva al servicio ciudadano y no del poder de turno.

2. Usted llega al Tribunal luego de una experiencia pública en el Ministerio de Justicia como Vice -Ministro. Esta experiencia le permitió un primer contacto con la función pública y con las actuaciones del Estado. Tal vez su experiencia (como Magistrado) permita hacer ahora una especie de relación entre la política y el derecho a partir de estas dos experiencias. Nos puede comentar donde está el punto de diferencia. ¿Qué diferencia a un funcionario que actúa políticamente de un juez?

Es cierto que toda persona ejerce sus funciones de responsabilidad pública o privada en un marco de referencia institucional que es el Estado, el cual en el caso del Tribunal Constitucional es la Constitución; la cual además, es materia de mi vocación profesional por la docencia, y la investigación constitucional. Modo tal, que las tareas del profesor, del juez, del político -o en otras palabras, de la docencia de la sentencia y de la ley respectivamente- tienen que ser ubicadas en dos principios fundamentales propios de un Estado Constitucional.

En primer lugar, el principio según el cual la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (tal como señala nuestro artículo primero de la Constitución), que define el quehacer de las personas y en la sociedad y en el Estado. Y, en segundo lugar, el principio del respeto a la división de poderes; en virtud del cual, cada entidad, pública (el Poder Legislativo, el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, entre otros-) tiene una tarea que está trazada en la Constitución y en las leyes y que se complementa con la jurisprudencia.

En todo caso, para poder encontrar el punto de equilibrio, este debe ejercerse bajo principios formales: las normas, pero también bajo principios materiales, por eso alguna vez, “hay que salir de la ley para regresar al derecho”. Es decir, que la norma no sea un corset que permita el abuso del derecho (la arbitrariedad, la impunidad o el falseamiento de los derechos) o incluso se utilice para incumplir la finalidad de la Constitución (que son los derechos fundamentales en última instancia), sino mas bien que estén al servicio del cumplimiento de estas finalidades del Orden Público Constitucional; el cual es en última instancia la expresión de los valores de la comunidad peruana que requiere remontar problemas no solamente materiales, sino también éticos.

Entonces creo que la responsabilidad recae ciertamente en quien tiene que tomar esa decisión: dónde termina lo político y dónde empieza lo jurídico. Y en un Estado Constitucional, no es una responsabilidad exclusiva del Tribunal Constitucional y del Juez, sino una responsabilidad que tiene que estar controlada por los poderes, no solamente públicos, sino también –y sobretodo- por la opinión pública. Debido a que en última instancia la sentencia no va a poder ser revisada por un poder legislativo, pero en caso de haber infracción a la Constitución o incluso delitos en el ejercicio de la función, la Constitución señala, que se puede investigar y eventualmente, mediante el ante juicio, sancionar si fuera el caso, a magistrados por ejemplo del Tribunal Constitucional o Congresistas de la República, por ejemplo si hubiera casos de corrupción.

Cosa que se produjo en la época del régimen de Fujimori el año 1997, con la destitución de tres Magistrados constitucionales Aguirre Roca, Rey Terri y Delia Revoredo por emitir un fallo independiente, valiente y sobre todo constitucional, de anteponer a requisitos o cuestiones formales del proceso de inconstitucionalidad, un asunto de seguridad jurídica de cuestiones materiales, como el principio de la alternancia en el poder, en las cuales se sostiene la Constitución y que no es otra cosa que base de nuestra democracia. Fallo que en su momento fue muy criticado por los juristas conservadores y miopes en la defensa constitucional de la democracia.

3. Permítanos ahora ingresar al análisis de su participación como Magistrado del Tribunal Constitucional. Usted participó en la conformación de un Pleno, que todavía podríamos llamar, fue el segundo pleno después del que dirigió el Magistrado Alva Orlandini. ¿Cuál es su balance, después de unos meses o semanas de haber dejado el Tribunal, de esos primeros años y si se puede hacer una comparación entre la conformación con el magistrado Alva y la nueva conformación que tuvo lugar después de la incorporación de nuevos magistrados en el años 2006 y 2007? ¿Hay perfiles que los diferencian?

Con mi incorporación al Tribunal Constitucional en el año 2004, se inicio mi experiencia como Magistrado en una etapa de consolidación de la transición democrática, no solo a nivel político sino también a nivel institucional; es decir con las reformas, del propio Tribunal Constitucional. Las tareas de control del poder, giraban en torno a tres valores fundamentales: la lucha contra la corrupción, la lucha contra el terrorismo y la lucha contra el narcotráfico. En ese marco y dada la composición de los integrantes del Tribunal, en principio se pudo tener unanimidad de criterio -salvo los votos singulares que emitía el Magistrado Vergara- en base a un constitucionalismo moderno y democrático, en la tutela sustantiva y procesal de los derechos fundamentales.

De modo tal, que estos compromisos implícitos, se impregnaron en la jurisprudencia garantista de los derechos fundamentales como limites al control del poder, dotando de un perfil al Tribunal Constitucional como el ente, que ejercía y daba fuerza normativa a la Constitución, con lo cual la Constitución dejó de ser considerada solamente como un código de referencia subsidiario a las leyes o al debate público, y pasó a ser un código con eficacia jurídica en las decisiones jurisdiccionales en el Poder Judicial, como también en el Parlamento y, progresivamente en general, en las demás áreas del derecho.

Precisamente, el pensamiento y la actitud madura de los magistrados del Tribunal Constitucional, es lo que garantizó el ejercicio regular y unitario de la institución que fue creciendo y fortaleciéndose en virtud a sus valores y a su unidad. Unidad no en sentido del número, sino en sentido del principio de integración de sentencias fundamentales donde se respetaba los votos singulares, votos discrepantes o fundamento de votos.

Otra característica fundamental de esa época, que me tocó participar fue que los magistrados del Tribunal tenían mayoritariamente un sentimiento de responsabilidad pública y no de intereses particulares (de buscar un provecho del cargo público), sino de servicio a la ciudadanía. Ya sea porque la mayoría habían tenido una experiencia política o pública de Estado (en cargos políticos o de funcionarios públicos u claras convicciones jurídico-sociales), o de una vocación de docencia y de servicio como regla.

Pero al cambio de gobierno de Alejandro Toledo por el de Alan García empiezan las nuevas incorporaciones el 2006 y el 2007, ya se ve un tránsito hacia una composición que da lugar incluso al discutido nombramiento e inmediata destitución de 4 magistrados designados en junio del 2007, por el propio parlamento, debido pues a una escena fotográfica en la cual aparece el ex-convicto líder aprista Agustín Mantilla con uno de los candidatos elegidos al TC – Ríos Castillo- y, sobre todo, con personajes cuestionados del entorno en el tráfico de armas del condenado Montesinos, viéndose obligado así al propio Congreso a deshacer lo que había hecho y nombrar a nuevos magistrados. Como se dice: una imagen vale más que mil palabras. Pero, todo este sainete puso en evidencia a algunos de los interesados en capturar el Tribunal Constitucional.

Simón Bolívar afirmaba cuando se formaba la República, que toda institución depende más de los hombres que de las normas. Entonces, quiero decir con esto, que el Tribunal formalmente siguió siendo el mismo que inicialmente se concibió, pero la composición de éste fue variando a partir del ingreso de nuevos cuatro magistrados –Eto, Alvarez, Calle, y Beaumont- y el “despertar” de dos magistrados –Mesía y Vergara- que dieron lugar a un cambio del perfil del Tribunal, un cambio en la actitud que tenía el Tribunal frente al Estado y a la sociedad, afirmándose incluso de la vinculación directa o indirecta de la mayoría con el gobierno.

Esto se puso en evidencia a raíz de algunas sentencias que tempranamente (2008) empiezan a surgir en el Tribunal con esta nueva composición mayoritaria, en la cual quedé en minoría con Beaumont en las primeras sentencias a favor de los Wolfenson o Jailiie, entre otros casos que eran emblemáticos en la lucha anticorrupción; también se reprodujo en el caso de la matanza del Frontón, un caso de bandera en la lucha contra la impunidad y a favor de los derechos humanos; asimismo, en la lucha contra el narcotráfico –investigación de lavado de activos- se quebró la jurisprudencia del TC, por cuanto en el caso Abanto Verástegui dispusieron en mayoría el archivamiento de la investigación fiscal, la cual ha sido materia de una editorial en el diario El Comercio, en la medida que ha servido para que el Poder Judicial archive la investigación fiscal por narcotráfico al Clan Sánchez Paredes. Todo lo cual ha puesto al Tribunal en una crisis de confianza ciudadana por estar acéfala la protección de los valores constitucionales de la transición democrática; por eso se ha señalado que se ha cerrado una etapa en el TC y se ha iniciado una nueva...

Es bueno precisar que las observaciones formuladas son obviamente a hechos y no a personas, sino a las consecuencias de sus decisiones y lo que eso ha generado en la pérdida de legitimidad de la institución, incluso se percibe con el retiro de muchos asesores. Claro que también hay decisiones que han permitido mantener cierto grado de esperanza, digamos de forma errática, como en los casos Cordillera Escalera y luego AIDSESP, que son causas importantes para la estabilidad jurídica del país; como, también, la jurisprudencia garantista en materia laboral o pensionaria, pero también dos precedentes vinculantes fueron dejados de lado, uno en la lucha contra la corrupción judicial y otro en materia de igualdad procesal, para que puedan acceder al TC no sólo las víctimas que hayan perdido en el Poder Judicial, por cuanto, hay casos de abuso del derecho –de empresas o personas- que consiguen sentencias que son contrarias a la Constitución –como en los casos de tragamonedas, de las licencias de pesca, las autorizaciones para la circulación de buses camión, entre otros-. Lo importante, en todo caso, son las decisiones que tienen una trascendencia política, porque eso es lo que puede impactar o dañar a la democracia, más aún si proviene de un órgano encargado de cautelar la Constitución y el Estado Constitucional.

4. Es verdad que usted esta haciendo, como bien dice, un análisis bastante objetivo en base al tipo de decisiones y su relevancia en la configuración de una política jurisdiccional sobre las políticas públicas, la definición de los valores del Estado Democrático, pero también si uno hace un comparativo, digamos, con relación a los perfiles, podría encontrar que estas dos composiciones, me refiero a la primera que presidio el magistrado Alva Orlandini y la composición que se configura hacia finales del año 2007, hay un elemento también subjetivo en el perfil del magistrado vinculado mas bien a la edad, digamos generacional, podríamos decir que este Tribunal actual es más joven. ¿Como aprecia este elemento en el perfil del Juez constitucional?

Bueno, la ley establece ciertos criterios que pueden ser arbitrarios porque para ser Presidente de la República solo se requiere 35 años (y es el máximo cargo de responsabilidad pública), pero para ser magistrado del Tribunal se requiere 45 años o para ser congresista se requiere 25 años, entonces con esto quiero decir que la edad máxima para ocupar un cargo público debería ser suficiente para ser magistrado del TC, Pero, hay jóvenes intolerantes con mentalidad conservadora, pero también hay gente mayor de 70 años con una mentalidad abierta y activista, que ha sido el caso de Javier Alva Orlandini en concreto.

Los requisitos de la edad deben ser vistos en un sentido de la experiencia en el servicio público, de responsabilidad, de trayectoria democrática, de honestidad en la vida profesional. De ahí que, es cierto que en esta nueva composición del Tribunal ha habido ostensiblemente una reducción del promedio de edad de la que tenía el grupo anterior y quizás también eso lleva a que la falta de experiencia pública, por ejemplo, de responsabilidad pública, sea un requisito a ser tomado en cuenta en adelante, pero no es suficiente.

Ese es el plus adicional que si tenía el grupo anterior. El de haber ocupado responsabilidades, no solamente políticas sino también funcionariales importantes o con una vocación social y ética jurídicamente hablando, muy caracterizada en valores y principios dentro del orden constitucional; pero, no precisamente faltos de experiencia o sin un prestigio profesional, lo que permitió que el juez constitucional se convirtiera en una persona conocida y respetable. Ahora, es legítimo que existan jueces que su legitimidad se base sólo en la elección de quienes detentan el poder; pero, por eso, la prensa quizás a criticado en los últimos tiempos que el TC está parcializado o contaminado por el gobierno, la iglesia, las fuerzas armadas o, los grupos de poder económico, debido a que tienen la *potestas* pero no siempre la *auctoritas*.

5. Desde su experiencia dentro del TC y ahora como observador desde fuera, ¿cómo observa el comportamiento jurisdiccional del Tribunal? ¿Comparte usted la opinión que se escucha en los ambientes académicos y judiciales, en sentido de que para cuestiones fundamentales de relevancia pública, el Tribunal está controlado políticamente?

Yo creo que los intereses siempre existen en un proceso, en los casos a resolver sobre intereses trascendentes a nivel económico, a nivel político, social o cultural, decía Von Triepel “detrás de una gran cuestión jurídica, hay una gran cuestión política”. Es evidente que dentro del Tribunal al recibir demandas de inconstitucionalidad, por ejemplo, sobre temas de tratados de Libre Comercio con EEUU o recibir demandas sobre el caso de las matanzas del Frontón o Cayara; asimismo de la regulación de los aranceles del cemento hay intereses y se producen gestiones y hasta presiones. Pero, el juez tiene que saber rechazarlas y paralizarlas.

El Tribunal Constitucional y el juez tienen una alta función pública pero no son funcionarios públicos, hay una relación de independencia de los poderes públicos y privados; y, dentro de ello también de cortesía o de coordinación para asuntos de Estado, que son precisamente materia de controversia a través de los procesos constitucionales. En consecuencia, yo diría que todo gobierno: el de hoy, el de ayer o el de mañana tiene legítimo interés dentro de los canales formales y los canales institucionales de tomar conocimiento del desarrollo del proceso y expresar su opinión en audiencias públicas o privadas con igualdad de oportunidad de otra parte.

Por eso, en su momento me correspondió promover la transparencia de quienes visitaban a los magistrados, a través de su publicación en la página web del TC. Lo cual no significa que so pretexto de informar de las visitas se soslaye los pedidos o presiones, implícitos o tácitos, o se

asuma como una moneda de cambio, el recibir, o tener que adelantar el sentido de los votos o del fallo. Yo creo que esta costumbre de dar adelanto de opiniones por ejemplo a la prensa o, peor a una de las partes, de cómo se resolvería, hace perder el sentido de la reserva del proceso que garantiza la independencia y neutralidad del juez; ya que la elaboración de la sentencias se realiza en un proceso de maduración argumental, para lo cual, se pueden presentar escritos, se producen audiencias públicas y si es del caso privadas, pero en el marco de la imparcialidad judicial.

6. Podríamos ahora ingresar al periodo, en el que usted fue presidente del Tribunal. ¿Cómo ve esa etapa de su paso por el Tribunal? Hubo dudas y muchos rumores en el momento en que usted dejó la Presidencia. Usted prefirió no hablar con la prensa en ese momento, no se si cree usted que ha llegado el momento, digamos de dar las razones o de explicar cuáles fueron los motivos reales de su renuncia a la presidencia del Tribunal Constitucional.

Yo asumo la presidencia en diciembre del año 2006 y durante el primer semestre del año 2007 se desarrolló la tarea sin dificultades; más bien se fue fortaleciendo la institución interna y externamente. En el 2007 se incorporan nuevos magistrados (en julio y setiembre) y es ahí donde se viene a producir una nueva composición del Tribunal, que resquebraja el perfil que tenía el Tribunal anterior y esto se pone en evidencia a inicios del 2008, en temas trascendentes como en la lucha contra la corrupción (el caso Wolfenson, Jaililie, Bringas, entre otros) y se avizoraba con el caso Frontón que estaba planteado y la presión que también se me formula en el Congreso desde el punto de vista político en torno a mi elección como magistrado el 2004; siendo mediáticamente impulsada por los diarios voceros políticamente de los grupos parlamentarios del Fujimorismo y del APRA.

En consecuencia, se va creando un ambiente donde tres de los cuatro nuevos magistrados – Calle, Eto y Alvarez- coaligados con otros dos magistrados -Mesía y Vergara- empezaron a cuestionar mi presidencia, quedando en una situación minoritaria con el magistrado Beaumont; ante la formulación de pedidos que cada vez eran de menos a más, donde habían no sólo exigencias presupuestales, sino que también impulsaban modificaciones importantes de la jurisprudencia constitucional. Todo lo cual ponía en evidencia que hacía imposible mantener por mucho tiempo la responsabilidad de la conducción del Tribunal Constitucional sin una mayoría necesaria. Particularmente señalé a ese grupo, y su vocero, que es el actual presidente interino del Tribunal, que mi mandato como presidente terminaba en diciembre de ese año –en cuatro meses- y que si tenía el respaldo mayoritario debería esperar al término de mi mandato en noviembre de 2008.

Pero, buscaba asumir la responsabilidad de asegurar y garantizar, este nuevo perfil del Tribunal Constitucional, que fue puesto en evidencia ese mismo año, en el caso el Frontón; donde esa nueva mayoría toma la decisión de inaplicar la línea principal del Tribunal (que es la protección de los derechos fundamentales). Esta, es entonces la razón que dio lugar a mi alejamiento de la presidencia del Tribunal, que en su momento no fue una cuestión mediática; por cuanto entendí que la responsabilidad de resolver los asuntos internos se debían afrontar institucionalmente.

En ese sentido, siempre he sentido un compromiso con el Tribunal en la medida de que pudiendo haber tenido una mayoría distinta y opiniones divididas, no era suficiente ni razón necesaria para que los periódicos que tienen otra agenda hicieran de la institución pasto de titulares, no fue una opción sino compartir lo que estaba sucediendo con juristas, ex-magistrados y algunos líderes políticos.

7. Haciendo ahora un análisis retrospectivo y poniendo en la balanza lo que ha venido sucediendo luego, con la nueva conformación del Pleno. ¿No cree que fue un error ceder tan fácilmente y sin dar mayor batalla por la Presidencia?

En particular asumo mis compromisos y mis responsabilidades bajo el principio de la ética de la convicción y de la ética de la responsabilidad, que significa que actúo y represento lo que considero personalmente y, digo lo que pienso en mis ponencias y votos que se publican. De modo tal que mantener una presidencia cuatro meses para representar los valores de este nuevo grupo que incluso me planteó que los representara, mientras iban trayendo abajo la importante jurisprudencia, por ejemplo en la lucha contra la corrupción, no era una opción pero tampoco una decisión fácil la de dejar la responsabilidad del cargo; sino, por el contrario, una decisión trágica. Pero, que puso en evidencia lo que se conocía *sotto voce* por quienes litigaban en el TC. Con mi renuncia la cara que representaba esta nueva mayoría se hizo pública y fue la responsable de las denuncias de la prensa y el desmanejo interno. Como ocurrió en el segundo semestre del 2008, donde mientras cinco magistrados y dos secretarios viajaban a Europa por dos semanas con donaciones de la Unión Europea, la prensa puso en evidencia una serie de maniobras no sólo en el caso EL Frontón, sino en casos críticos para el gobierno y los poderes privados. Al punto que el caso El Frontón, finalizó con el cambio del voto del magistrado Alvarez, antes de ser publicada la sentencia, debido a fuertes presiones del gobierno según denunció la prensa.

De modo tal que mi labor como magistrado, no era una labor que podía echarse por la borda al dejar la responsabilidad de la presidencia, sino precisamente en una suerte de atrincheramiento, ocupándome en adelante, a emitir votos singulares o fundamentos de voto; que me permitió -según opinión publica especializada- formar una opinión también distinta de lo que es la justicia constitucional, en casos concretos, no solo de derechos humanos, sino también en materias de arbitraje -caso RBC-, en materia de regulación de aranceles -caso Cementos Lima-, en fomento de la libre competencia -caso Peruval- en materia de pago por la explotación del recurso natural agua -caso Leche Gloria-, entre otros; todo lo cual puso en evidencia la falta de coherencia constitucional con que se han tomado decisiones importantes en estos últimos tiempos. Ello fue posible evidenciarlo precisamente desde mi rol de magistrado, donde pude mantener la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad.

8. Profesor Landa, el periodo en que usted asumió la Presidencia y también su actuación como Magistrado del Tribunal, ha dejado un periodo marcado, al punto que se escucha hablar, no solo al interior del TC, de la era Landa. También sus detractores, si cabe la expresión, reconocen esto en directa alusión al modelo de las sentencias, a la forma del razonamiento en que se expresan, las tendencias claras en algunos temas claves como la lucha contra la corrupción, la defensa de los derechos fundamentales sin ambages, la defensa de la imparcialidad e incluso en la forma de presentar la sentencia de inconstitucionalidad. Pero también podríamos decir que la "era Landa" representó en el Tribunal una época de un activismo conciente aunque a veces con algunos excesos ¿Cómo entiende usted el papel del juez constitucional en una democracia todavía con muchos déficits como la nuestra? ¿Reconoce que en algunos temas el TC se excedió en el ejercicio de sus funciones de control? Estoy pensando por ejemplo en el caso de la sentencia 006-2006-CC, el caso de los casinos y tragamonedas y la anulación de los amparos a su favor.

Yo pienso que el juez, en primer lugar, no es un funcionario público en el sentido que recibe órdenes de la autoridad superior, sino que tiene un marco de discrecionalidad a través de la interpretación de la Constitución y de la argumentación jurídica dentro de ciertos parámetros valorativos y también de orden formal.

En ese marco, yo diría que la función activista es una función natural, en el mejor sentido del término, porque precisamente así surge en Estados Unidos la justicia constitucional en 1803, con el caso *Marbury vs Madison*, donde el juez Marshall tiene que pronunciarse sobre un aspecto que no era materia de controversia, es decir, declarar la posibilidad de la inconstitucionalidad de una norma legal, o si nos remontamos a 1610 en Inglaterra, el juez Coke en el caso *Bonham*, quien produce una sentencia de control de la norma estatutaria en función del derecho común, que es una forma de transformar el sistema jurídico – político, ya que afirma el principio del control de los excesos del poder.

El Tribunal Constitucional, en particular en el Perú, en la presente década que está terminando, entró a una etapa de transición -de renacimiento y de refundación- luego de la caída del régimen anterior, donde el Tribunal simplemente estaba en cautiverio, encadenado al gobierno y al servicio de inteligencia, dirigido concretamente por Montesinos. Por eso un ex magistrado del Tribunal de entonces -García Marcelo- ha recibido condena penal privativa de libertad y donde hubo otros investigados. En esta etapa de transición democrática, el Tribunal Constitucional empezó a cumplir sus funciones de manera autónoma e independiente y, esto sorprende a quienes durante la época del régimen de Fujimori, no criticaban la autolimitación del Tribunal al servicio del poder.

De modo tal, que yo diría que una característica propia de un Tribunal Constitucional activo es que ejerza su función de controlar los excesos del poder y, restablecer los derechos fundamentales, dentro de los marcos interpretativos que la Constitución permite. En la medida que es una norma de principios a la que, mediante la autonomía procesal, se aplica las reglas procesales del Código Procesal Constitucional; en lo cual hemos ido contribuyendo a construir y reforzar la jurisprudencia que tutela de derechos fundamentales y garantiza el control de los excesos de los poderes públicos y privados.

Que se comentan excesos, evidentemente ha habido excesos, en el que he y hemos actuado conscientemente. Así, en el caso de las sentencia 006-2006-CC sobre tragamonedas y casinos, la decisión del tribunal Constitucional fue unánime, no sólo porque se trataba de un caso límite, en el cual los jueces ordinarios dejaban de lado las leyes que regulaba dicha actividad, y, las sentencias del TC que se habían pronunciado sobre la materia; sino que, también era por todos conocido que muchas empresas operaban con medidas cautelares fraudulentas, no pagaban tributos y se comentaba que servían para realizar lavado de activos. Lo cierto es que declarar la nulidad y la anulabilidad de la cosa juzgada fraudulenta, a través de un proceso constitucional, no es lo típico. Pero, estaban los instrumentos de derecho y procesales básicos para, en casos límite, restablecer la justicia y el orden público constitucional.

Lo cierto es que esa sentencia fue criticada no sólo por quienes vieron afectados sus intereses institucionales y económicos, respectivamente, sino también por quienes temen el cambio hacia un nuevo orden constitucional. Pero, pasada la tormenta, las propias Salas de la Corte Suprema de Justicia han ido pronunciándose a favor de revisar esos fallos anulados en la sentencia del TC. De modo que, la máxima instancia del Poder Judicial encargada de hacer de supremo intérprete de la ley asume –no sin debate- que hay legitimidad para revisar la cosa juzgada dispuesta en un proceso de conflicto de competencia en el caso de los casinos y tragamonedas. Entonces el “exceso” fue el necesario proporcionalmente para restablecer la justicia y el orden constitucional y legal.

9. Lo decía porque -y esto lo escuche al profesor Atienza plantearlo- existe la posibilidad de que en sociedades donde hay un sector (un poder fáctico y conservador) sí se puede hablar también de un activismo conservador, puesto que siempre se ha creído que el activismo es progresista y uno suele asimilarlo bien, pero la pregunta va en el sentido de si ese modelo del activismo de un Tribunal, que usted impulso en el Tribunal, puede luego terminar siendo una herramienta de doble filo.

Evidentemente el activismo es como el bisturí, un médico lo puede usar para operar u otro para asesinar. El activismo judicial, por ejemplo conservador, tuvo un claro ejemplo a comienzo del siglo XX en los EE.UU., ante la gran depresión económica, donde las reformas legales, que impulsaba el presidente Roosevelt fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo (muchas leyes de saneamiento económico – social y de protección obrera), y claro ese mismo activismo judicial pero usado liberalmente, sirvió en los años 50 para que con la Presidencia del Tribunal Warren se pudiera profundizar los derechos fundamentales, en particular de igualdad y no discriminación por razón de raza.

Que el activismo judicial sea pernicioso *per se*, yo creo que no, no es el activismo en sí, sino mas bien los valores de los operadores del derecho, y aquí estamos entrando al tema, de quiénes son elegidos jueces y cómo se les elige y qué órganos quedan encargados de la designación de los jueces, y, si la designación de los jueces que tienen valores x, y o z, cuenta con una capacidad jurídica, credibilidad ciudadana y respetabilidad ante la opinión pública. Se debería descartar a los advenedizos o impostados, o a los interesados en cargos y sueldos públicos, se debería reclutar a los juristas que tengan una voz y opinión jurídicas que sean respetadas aunque no compartida, ya sea si es una posición más conservadora o una posición mas liberal como ocurre con muchos jueces en EE.UU. y Europa.

Entonces, el correcto activismo judicial es propio de un país con tantas necesidades de justicia como el Perú, necesidades de restablecer derechos fundamentales, no sólo civiles y políticos, sino también económicos, sociales y culturales; o, en el reforzamiento de valores como la lucha contra el narcotráfico o contra la impunidad judicial. Pero, si por el contrario el activismo es usado, por ejemplo para reincorporar al Poder Judicial a magistrados cuestionados –Valdivia Cano, Walde Jauregui-, exculpar a una persona de un proceso penal -caso Chacón-, para convalidar que un trabajador que comete una falta grave como ir ebrio al trabajo se le reponga –caso Municipalidad de Chorrillos-, o desconocer la sanción de separación de la universidad a un alumno que fuma marihuana en la sede –caso Universidad USIL-, o, si se establece doce por ciento de arancel para la exportación de cemento para una empresa –caso Cementos Lima-, evidentemente es un activismo judicial pernicioso definitivamente para el sistema de valores constitucionales. Pero la responsabilidad no es del activismo en sí, sino de esos fallos porque no tienen argumentación o motivación suficiente, sino lo que trasunta es un “decisionismo” judicial, porque carecen de principios de pluralidad y de razonabilidad argumentativa; lo cual en muchos países latinoamericanos suele suceder en fallos que se construyen con arbitrariedad argumentativa a falta de imparcialidad o de competencia, lo cual no es propio de ningún activismo, sino decisionismo.

10. Para culminar, como experiencia personal, ¿cómo ve el litigio de los abogados en el Perú, en el ámbito de la justicia constitucional (ha ganado amigos, ha perdido amigos), cómo ha sido su relación después con los abogados en el Tribunal Constitucional?

Como académico evidentemente tengo colegas que son profesores y a su vez son abogados y algunos jueces también, no obstante, la función de la imparcialidad del juez parte de una regla que en EEUU se conoce como el principio de la ingratitud, según el cual no obstante uno llega al cargo de juez por los votos de quienes lo han designado o lo han apoyado directa o indirectamente, el deber de la ingratitud, supone respetar a la autoridad y a su independencia. Al comienzo fue un poco difícil poder distinguir claramente la línea divisoria, para lo cual la regla de oro fue la neutralidad basada en la Constitución.

Por eso, desde el primer día recibí a los litigantes conocidos o no conocidos con un asistente, de esa forma no había lugar a poder recibir ningún tipo de planteamiento fuera de lugar, aunque tampoco terceros que no conozco se han atrevido, sino hubieran salido inmediatamente de mi despacho y de ser el caso con una denuncia.

Evidentemente que hay susceptibilidades de diferente naturaleza en la búsqueda de la justicia; pero la independencia del juez esta en impartir justicia en el marco de la Constitución; por eso puedo decir que he resuelto una causa en contra de una prima-hermana. Asimismo, familiarmente alguna vez me pidieron que considere legítimamente un tema, claro que lo considere humanamente, pero simplemente no le correspondía recibir el derecho demandado.

11. Un caso paradigmático seguramente, que incluye el principio que define al juez como persona imparcial se vio en el caso de la Universidad Católica, donde lo recusaron a usted y donde luego usted se apartó del caso y no participó. Quisiera saber su apreciación del caso, donde el Tribunal ha tenido una decisión que sigue generando polémica y debate periodístico, pero digamos también académico.

La mayoría de los magistrados ha sido docentes universitarios, de modo que la regla siempre fue que los magistrados no se inhibían, sino que con respeto mutuo se asumía lo resuelto con independencia y neutralidad, así por ejemplo los magistrados profesores de la Universidad San Martín de Porres han suscrito varias al menos siete sentencias y mucho menos quienes son magistrados y profesores en San Marcos, Ricardo Palma y Garcilazo.

Nunca hubo impedimentos porque el docente, finalmente es, un profesor por horas que forma parte de una comunidad en la cual hay independencia y libertad de cátedra. Más aún, en el ejercicio profesional del derecho se puede dar lugar, a que un profesor esté litigando a lo mejor en un sentido contrario a las tesis o planteamientos de la entidad universitaria empleadora. Porque, antes que profesor, uno es juez y asume una responsabilidad pública de impartir justicia en base a la Constitución.

Pero, como quiera que se cuestionara mi participación en esa causa, cabe señalar que fue un cuestionamiento de orden político, no jurídico; concretamente alentados por periódicos enemigos de la lucha contra la corrupción y en contra de los juicios en defensa de los derechos humanos. Esta última, sobretodo, ha sido parte del quehacer de la Universidad Católica, en la medida que su ex-Rector, Salomón Lerner presidió la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. No obstante que en la universidad hay pluralidad en la formación de los estudiantes, por ello de sus claustros han salido también ministros o autoridades del gobierno de Fujimori o del APRA.

Ahora que esa sentencia haya entrado a pronunciarse sobre aspectos que no eran materia de la controversia, en base a un activismo perverso o “decisionista”, que entra a pronunciarse sobre una cuestión testamentaria que es materia de un proceso civil en el Poder Judicial, viola las garantías judiciales mínimas de un tribunal competente e imparcial. Por eso, este fallo ha

generado toda una crítica jurídica por su deficiente argumentación, al margen de la opinión de fondo.

Tal como lo ha puesto por escrito el jurista español Manuel Atienza en el último número de la revista de Derecho de la Universidad Católica. Allí, se pone en evidencia que la sentencia tiene una falta de argumentación, falta de coherencia y sobretodo un uso no justificado, sino arbitrario de lo que es materia de decisión. Esa decisión, parece llevar el *animus* de dañar la autonomía de la universidad, que es quizás la que mas ha aportado, no solamente en el desarrollo de los derechos humanos, sino también en el desarrollo de las ciencias humanas, jurídicas, sociales e ingenierías, Pero, lo que más destaco es la formación ética, como forma de enseñanza humanista que yacen en los valores cristianos en la cual se forma a los alumnos en la universidad.

12. En este caso seguramente, la discusión va a llevar hacia otros temas también. Ahora se discute por ejemplo el efecto vinculante de esa sentencia con relación a los jueces y ahí entra una discusión académica interesante, pero también política. Hay una presión mediática inocultable a los jueces que están decidiendo las cuestiones de fondo a efecto de que incluso se pretendió inscribir esta sentencia en registros públicos, tratando de generar un efecto que en esencia no tendría. ¿Cuál es su impresión sobre los efectos de esta decisión en los procesos que se vienen a nivel judicial?

Desde fuera diría que lo que he aprendido en el Tribunal es que la fórmula Radbruch, “el derecho injusto no es derecho” se ve muy claramente en materia de derechos humanos, pero también es aplicable en materia de derechos fundamentales que también goza la comunidad universitaria. De modo tal que un juez ordinario no está compelido a cumplir lo que no es una sentencia desde el punto de vista formal, si es que hay algún elemento material arbitrariamente estipulado; más aún, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, consagra el principio de elasticidad, en virtud del cual el juez y los Tribunales deben preferir los aspectos sustanciales a los formales en el proceso.

Yo creo que este y otros principios procesales son cláusulas de apertura que permiten que los jueces tengan la capacidad de poder controlar los excesos del Tribunal Constitucional, en casos (claro está) en los cuales sea objetivamente evidente la arbitrariedad, sin que ello signifique tampoco un ejercicio abusivo de un juez en una causa. Un juez podría cuestionar una sentencia arbitraria del Tribunal Constitucional bajo este principio, cuando vea que no haya argumentación, motivación ni justificación suficiente, además, que pueda demostrar que viola la Constitución y/o la Convención Americana de Derechos Humanos; que son parámetros de control con que cuenta el juez nacional para hacer cumplir una sentencia. Así, por ejemplo en caso el Frontón, si hay sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -casos Neira Alegría y Durán Ugarte-, donde el Estado esta condenado y debe perseguir y encontrar a los responsables, una sentencia nacional no puede oponerse a una sentencia internacional. Por ello, un juez ordinario tiene capacidad para realizar el “control de convencionalidad”; es decir, preferir aplicar la sentencia o la norma internacional a la sentencia nacional, cualquiera sea esta.

13. Sus comentarios finales y coméntenos de cuales son sus proyectos ahora desde la cátedra.

Primero decirles que la experiencia del ejercicio como juez constitucional ha sido muy satisfactoria, haciendo un balance como todo en la vida, en lo positivo en lo negativo, la diferencia es un saldo positivo, no solo en lo personal, sino también creo para los justiciables, que así lo hayan entendido, sentido y recibido en mis votos. En segundo lugar, la experiencia jurisdiccional es un aporte que me llevo a la vida académica; la que me permitirá relanzar o promover algunos proyectos como por ejemplo un observatorio de la jurisprudencia constitucional, donde podamos seguir trabajando, lo que dejamos hecho en la Gaceta del Tribunal Constitucional -que ha sido desactivada-. Entonces producir más publicaciones entorno a este proyecto, no solamente de experiencia o balance del Tribunal sino también nuevos temas que me encuentro evaluando y participar en actividades académicas fuera y dentro del país. Finalmente, como *homo academicus* que soy, me toca reflexionar y escribir entorno a esta experiencia judicial de los últimos 5 años.