

Introducción

Vivimos en un mundo sujeto a constantes cambios. Estas modificaciones, algunas muy radicales, llevan al establecimiento de nuevas instituciones dentro de los Estados o a una reformulación de las funciones ya existentes. Los jueces y juezas constitucionales no son una excepción.

Como resulta evidente, el concepto de Constitución y lo que se entiende por constitucionalismo ha variado drásticamente en el tiempo. La Constitución no es —como en un inicio tal vez podía entenderse— tan solo una descripción o el reflejo de un contexto social y político determinado, ni el establecimiento de ciertas pautas que buscan que algunos grupos puedan desenvolverse frente a otros, ni lo dispuesto por un monarca en su tentación de concentrar el poder frente a una sociedad estamental.

Hoy, la Constitución es norma jurídica o, si se quiere, un conjunto normativo con ese alcance. Pero no solo se reduce a ser la norma que establece una vía para el desarrollo y la renovación del ordenamiento jurídico de un Estado, garantizando su unidad, tal como lo planteaba en su momento Hans Kelsen.¹ La Constitución también tiene como objeto, entre otros, el de regular las fuentes o los modos de producción del derecho. Ello, qué duda cabe, implica la articulación de competencias en distintos órganos, así como el establecimiento, explícito o implícito, de algunos principios es-

¹ Un importante apunte sobre los alcances del pensamiento kelseniano al respecto lo encontramos en Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, p. 81.

Introducción

tructurales básicos y algunas fórmulas que aseguren la armonía del conjunto.² Como se ha dicho en acertada síntesis, hoy la Constitución no solo limita al poder: básicamente lo crea y le da forma (principalmente al poder político, aunque no exclusivamente, añadiríamos nosotros). En este sentido, al formalizar al poder lo legitima y, al mismo tiempo, lo somete también al derecho.³

Asimismo, tanto en el caso europeo continental como en el estadounidense siguieron dándose cambios que incidieron en la noción de Constitución. En Europa continental destacan acontecimientos tales como el reconocimiento de la fórmula de Radbruch (conforme a la cual no hay derecho válido por debajo de un umbral mínimo de justicia), los planteamientos referidos a la conexión entre derecho y moral, la distinción entre reglas y principios, el uso de normas *ius cogens* frente a la insuficiencia del derecho positivo (lo cual, p. ej., se puso en evidencia con los Procesos de Núremberg) o la consagración de la dignidad de la persona, que da cuenta del cambio respecto al rol que tiene una Constitución.⁴

Por otro lado, en Estados Unidos también se producen cambios relevantes. Y es que, si bien la fuerza normativa de la Constitución fue recogida desde inicios del siglo XIX, el reconocimien-

² *Ibidem*, pp. 81 y 82.

³ En este sentido, Biglino Campos, Paloma, “Elogio a Don Francisco Rubio Llorente (Homenaje por su incorporación como Doctor *Honoris Causa* en la Universidad de Valladolid, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Andalucía, año X, núm. 20, julio-diciembre de 2013, p. 339.

⁴ Ahora bien, en un primer estadio, el fenómeno de la convencionalización llevó a una fórmula de protección de derechos. Posteriormente es posible identificar que la evolución de derecho comunitario ha llevado a un importante desarrollo jurisprudencial, como es, por ejemplo, el hecho de que sea posible identificar en el continente europeo un énfasis en el derecho antidiscriminatorio, el cual es sintomático de la evolución social y política. En ese sentido, Fernando Rey señala que “desde una idea abstracta y universal de igualdad entre todos los ciudadanos, el nuevo enfoque del derecho antidiscriminatorio centra su atención, primordialmente, en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios”. Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017, pp. 125-171.

Introducción

to de derechos (lo cual en el ámbito estadounidense se produjo básicamente a través de enmiendas posteriores a la Constitución) no tomó en dicho momento la connotación que actualmente tiene, sino que respondió más bien a la jurisprudencia dada por la denominada “Corte Warren”, que permitió distinguir una comprensión del derecho a la igualdad en clave formal (como la adoptada en el caso *Plessy vs. Ferguson*) para asumir su entendimiento de este derecho más bien en clave material⁵ (así desde el caso *Brown vs. Board of Education*), poniéndose de ese modo en evidencia una efectiva apuesta por la defensa de derechos, sobre todo los de carácter civil.

Como bien anota Rubio Llorente,

[...] la declaración de derechos y su garantía deja de ser así un añadido de la Constitución, para pasar a ser su núcleo, y las libertades que esa declaración consagra cumplen ya una muy otra función [...]. No se persigue con ella operar la escisión entre el hombre y el ciudadano, asegurar la separación de Estado y Sociedad (que es resultado y no finalidad), sino hacer posible que el hombre sea ciudadano, garantizar que la sociedad no sea del Estado, sino el Estado de la Sociedad.⁶

La Constitución, norma que regula el modo en que se produce el derecho y que, a la vez, es fuente de derecho en sí misma (con todo lo que ello involucra),⁷ también es actualmente el punto de partida de una serie de fenómenos, como el de la constitucionalización del derecho, siendo uno de los más destacados, y tiene como objetivo central el garantizar la plena vigencia de los derechos. Todos estos importantes cambios han implicado también una modificación en la comprensión de lo que se entiende

⁵ Una muy completa explicación sobre la comprensión de este cambio de perspectiva, tanto en el escenario estadounidense como en el europeo, la encontramos en *idem*.

⁶ Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente...”, *cit.*, p. 85.

⁷ “[De la] Constitución surgirán entonces [...] obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece [...] como relación jurídica [...] porque la titularidad de la soberanía no le corresponde a él [el Estado], sino al pueblo, es decir [...], al conjunto de los ciudadanos”. En ese sentido, *ibidem*, p. 84.

Introducción

por constitucionalismo. Con ello se abandona la comprensión de lo que podría denominarse “constitucionalismo moderno” para pasar a lo que hoy se puede calificar como “constitucionalismo contemporáneo”.

En líneas generales, y sin perjuicio de lo que explicaremos con más detalle, podemos entender por “constitucionalismo contemporáneo” a la teoría o paradigma jurídico que surgió a mediados de siglo xx y, más específicamente, en el periodo de la posguerra luego de la Segunda Guerra Mundial, en contraposición tanto al positivismo legalista como a la ideología del constitucionalismo moderno. Esta nueva teoría del constitucionalismo contemporáneo se manifestó, principalmente, en el ya señalado proceso de constitucionalización, el cual implica que la Constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho y de la vida social. Aquello, desde luego, entre otros elementos, implica un importante cambio en la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como en la relación entre el derecho y la moral.

Lo expuesto va a suponer un verdadero cambio en las labores de los jueces y juezas constitucionales. En algunos casos en los que se preveía la existencia de órganos jurisdiccionales con competencia de control constitucional, se plantea su instauración. En cualquier caso, hoy —aunque muchas veces de manera más formal que realmente comprometida, justo es decirlo— se va a buscar que la plena vigencia y cumplimiento de los diversos preceptos constitucionales sean asegurados mediando una interpretación teleológica en favor de los derechos. Así, dicha interpretación teleológica de las normas constitucionales (como también de lo jurídico, lo político, lo económico, lo social o lo cultural, añadimos nosotros) debe tener en cuenta el *telos* de la Constitución y, para ello, el juez o la jueza constitucionales deben proceder a la creación o al mantenimiento de un orden abierto, dentro de una sociedad igualmente abierta, en donde la voluntad popular no tenga otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades de acción, salvo que aquello rompa con un respeto total a la dignidad de la persona, su libertad y sus demás derechos fundamentales.⁸

⁸ En líneas generales se coincide con Francisco Rubio Llorente, *ibidem*, p. 98.

Introducción

Hoy en día, ello implica hacer eficaz tanto al texto constitucional como al constitucionalismo contemporáneo mismo, cuyo talante democrático resulta innegable⁹ y acrecienta significativamente la labor de los jueces y juezas constitucionales, quienes quedan encargados de realizar o hacer efectiva la Constitución y, desde luego, los derechos que ella contiene.

En este sentido, bien puede entenderse que “La aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución. La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación”.¹⁰

Ahora bien, con base en lo anterior es posible considerar que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, muy claramente, el juez o la jueza constitucionales crean derecho,¹¹ incluso en el caso de que anulen una norma,¹² aunque lo hagan de manera distinta que el legislador.¹³ Y es que, más allá del rol “terapéutico” que se les confiaba, hoy los juzgadores y juzgadoras son los principales responsables, al concretizar los diversos preceptos, derechos y demás aspectos contemplados en un texto constitucional (o que se desprenden de él), de la constitucionalización del derecho, la constitucionalización de la política y la convencionalización del derecho de un Estado determinado. Asimismo, a la judicatura constitucional le compete, según veremos, algunas tareas como las de “poder mediador”, “integración social” y “orientación”. Ello, por cierto, independientemente del modelo de jurisdicción constitucional vigente en cada país.

⁹ Como veremos en este texto, estoy entre los que creemos que no se puede hablar de Constitución si no hablamos de Constitución democrática.

¹⁰ En este sentido, Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente...”, *cit.*, p. 98.

¹¹ Véase Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril de 1988, p. 495.

¹² *Ibidem*, p. 526.

¹³ *Ibidem*, pp. 523 y 524.

Introducción

Alcanzar este actual estado de cosas no ha sido sencillo y, desde luego, no se ha encontrado exento de problemas y cuestionamientos. Se ha pasado por diferentes etapas, las cuales, por lo menos en Europa continental, han permitido ir más allá de la sola emisión de pronunciamientos de control de constitucionalidad abstracto y con efectos *erga omnes*, tal como lo planteó originalmente Kelsen. Al respecto se constata, por ejemplo, que si bien es cierto que el legislador puede ser un garante de la voluntad general, a la vez es posible que también ignore las posiciones de las minorías y, sobre todo, en cualquiera de los casos, que termine lesionando derechos fundamentales y otros preceptos constitucionales. Ante ello, el juez o la jueza constitucionales tienen que ser, más que contralores, intérpretes de la Constitución, y tomar el texto de esta norma como un punto de partida cuyos alcances se concretizarán en la resolución de situaciones específicas.

Es más, en ese contexto, los jueces y juezas constitucionales muchas veces han cumplido una labor de democratización de las decisiones políticas, así como de juridificación de situaciones y supuestos adicionales. Asimismo, han facilitado la especialización (o la especificación) de algunos derechos y reconocido la titularidad de otros en favor de ciertos grupos o sectores (o respecto de determinadas situaciones). Ello, obviamente, se aprecia en modelos constitucionales que podemos calificar como “fuertes”, aunque también puede predicarse de aquellos casos que forman parte del denominado “constitucionalismo débil”, propio de algunos países del *Commonwealth*.

Para materializar tan loables objetivos, hoy se aprecia que los jueces y juezas constitucionales cuentan con diferentes y muy importantes apoyos. Así, por ejemplo, las diferentes teorías de la argumentación jurídica (principalmente las ahora consideradas dentro de la teoría estándar de la argumentación jurídica) vienen cumpliendo un rol central al respecto, creando nuevos escenarios para la interpretación de un conjunto normativo con características de suyo particulares. Las diferentes perspectivas interpretativas también aportan mucho al respecto. El uso de diversas técnicas (como es el caso de las sentencias interpretativas —y dentro de ellas las manipulativas— o también de las llamadas sentencias estructurales, entre otras) le otorga a los jueces

Introducción

y juezas constitucionales muchas atribuciones para trabajar en ese tenor, pero, justo es mencionarlo, puede generar también, si no se ejerce dentro de los parámetros propios de la jurisdicción constitucional, otro tipo de preocupaciones y problemas; más aún si el quehacer judicial, con estos nuevos alcances, muchas veces puede ir más allá de lo que podría denominarse un activismo moderado.

Y es que nos encontramos en una época donde la interpretación conforme a la Constitución y la resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente. Una época, en efecto, en la cual es inevitable reconocer que el referido quehacer jurisdiccional no solamente se encuentra dirigido al reconocimiento y la tutela de los derechos (si bien existe un énfasis central en esto último). Se busca, entonces, contar con jueces y juezas que conozcan y resuelvan en forma creativa —y conforme al derecho y a la justicia— las materias más relevantes dentro de una sociedad y Estado determinados. Aquello, sin duda, incluye, como no podría ser de otra manera, reflexiones y la generación de respuestas relacionadas con los canales utilizados y con las entidades llamadas a actuar dentro de estos. Y entre dichas entidades hoy destacan nítidamente las que configuran la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, lo anotado hasta aquí nos genera varias preguntas, algunas de las cuales tienen como preocupación central la naturaleza propiamente jurisdiccional de la labor hasta aquí esbozada. De este modo, uno bien puede preguntarse si todo es justiciable y, en cualquier caso, si la respuesta jurisdiccional es la más eficiente (o si por lo menos puede considerársele eficiente en ciertas situaciones). Otra preocupación en ese contexto se encuentra vinculada a reconocer los límites dentro de los cuales los jueces y juezas constitucionales desempeñan sus labores. Si bien esto tiene relación con la legitimidad de los tribunales (algo a lo que me referiré más adelante, sin descartar explorar la introducción de dinámicas dialógicas para fortalecer dicha legitimidad), centraré mi interés ahora en otra materia: la de señalar, siquiera muy puntualmente, en el actual contexto, cuáles serían los límites al quehacer del juez o de la jueza constitucionales, así como los retos que ello involucra.

Introducción

En este orden de ideas, conviene entonces hacer ciertas precisiones. En primer término, una dinámica propia del Estado constitucional es la del poder limitado, limitación que no viene dada solamente por la asignación de competencias a cada quien, sino además por el establecimiento de controles a las funciones que le corresponde a cada cual. En ese tenor, no puede pensarse a los jueces y juezas constitucionales como autoridades sin limitaciones en su quehacer, o cuyo único límite sería su *self-restraint*.

Desde luego, sobre este particular ya se han hecho algunas importantes aproximaciones. Al respecto, por ejemplo, Jorge Carpizo, luego de un interesante estudio,¹⁴ propuso como posibles límites frente a una eventual mayor acción de los jueces y juezas constitucionales los siguientes:

1. Respecto a sus propias competencias (como lo son la interpretación y defensa de la Constitución y el control de constitucionalidad de leyes y actos).
2. Respeto a cláusulas pétreas previstas por la propia Constitución.
3. El acatamiento de aquellos principios y valores recogidos en la Constitución o que se infieren de ella (para Carpizo, en un sentido material, esta alude a “los principios y valores fundamentales que individualizan a la ley fundamental, aun que no estén expresamente señalados”).¹⁵

Ahora bien, coincidiendo en principio con el atinado alcance de lo planteado por el profesor Carpizo, he querido en el presente texto facilitar algunos elementos de juicio adicionales, independientemente de los matices que puedan generar al respecto los ordenamientos jurídicos de cada país. En ese sentido, creo oportuno constatar la existencia de tensiones y condicionamientos para la jurisdicción constitucional, que he agrupado dentro de los acápites denominados “jurisdicción constitucional y democracia” y “jurisdicción constitucional y corrección funcional”. En este segundo tema incluyo aspectos como el de la multiplicidad

¹⁴ Aquí me estoy refiriendo a lo abordado por Jorge Carpizo a lo largo de todo su libro, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Grijley-Palestra, 2009.

¹⁵ *Ibidem*, p. 66.

Introducción

de intérpretes de la Constitución y su vinculación con la judicatura constitucional; la relación entre jurisdicción constitucional y política; los “tira y afloja” entre la judicatura constitucional y la ordinaria y, finalmente, las también complejas vinculaciones entre la jurisdicción constitucional y otros organismos constitucionalmente autónomos, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Luego de poner a la vista estos elementos de análisis, me permito sugerir la sistematización de algunos límites, que van más allá del *self-restraint* o del respeto del texto constitucional (lo que se infiere de este o lo que pueda decidirse en función de su interpretación sistemática o convencionalizada). En ese tenor, se advierte la existencia de una serie de límites a la labor del juez o de la jueza constitucionales en mérito de su carácter de autoridad. Ahora bien, es importante anotar que no estoy hablando de cualquier autoridad, sino de la que cuenta con función jurisdiccional.

Esta última aseveración tiene, sin duda alguna, connotaciones bastante relevantes que no deben perderse de vista, en la medida en que, por ejemplo, hay tareas que en principio les corresponde realizar a jueces y juezas y no a un legislador (y viceversa, tareas que le corresponde hacer exclusivamente al poder político y no a los jueces o juezas). Además, la naturaleza de las mismas situaciones que resuelve un juez o una jueza constitucionales (p. ej., casos fáciles, difíciles y trágicos) también opera como un límite al quehacer de ese juzgador. Finalmente, los mismos roles que cumplen en una sociedad democrática también operan como un límite a la labor de esos importantes funcionarios.

A todo ello se refiere el presente trabajo. Ciertamente, no busca ni por asomo dar por concluido el debate sobre un tema cuya riqueza y complejidad sin duda sobrepasa nuestra capacidad de análisis. Además, se trata de una materia que tiene una dinámica muy cambiante. En todo caso, lo que he buscado aquí es presentar un estado de la cuestión —aunque panorámico— y, en ese escenario, proponer algunos recaudos que sugiero tomar en cuenta, los cuales espero que tengan alguna utilidad.

En este orden de ideas, la motivación de este esfuerzo es muy clara: considero que el Estado constitucional y el constituciona-

Introducción

lismo contemporáneo tienen como elemento clave para su propia subsistencia a la labor activa de los jueces o juezas constitucionales. No obstante, también es necesario tener presente que dichos juzgadores no son el poder constituyente (si bien pueden complementar su actuación, no les corresponde subrogarse en su lugar), pues no fueron elegidos para eso ni cuentan con legitimación para asumir esas tareas. Asimismo, los jueces y juezas constitucionales tampoco son legisladores(as) y, por ende, no son los intérpretes vinculantes ordinarios de la Constitución (como sí puede considerarse a los congresos o parlamentos) ni les corresponde descalificar la labor legislativa (declarando su inconstitucionalidad) si ella puede comprenderse como conforme a los parámetros constitucionales.

No tener en cuenta estos recaudos, así como otros que serán reseñados a lo largo de este texto, puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y, sobre todo, para el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado. Ojalá, entonces, sirva lo aquí propuesto para proporcionar insumos que permitan, cada vez de mejor forma, seguir alcanzando los objetivos hoy considerados capitales en la configuración de todo Estado constitucional que se precie de serlo.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA