

Capítulo 1

Constitución y jurisdicción constitucional

1.1. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LOS FENÓMENOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO, CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

1.1.1. Constitución y constitucionalismo moderno: el inicio de una tendencia

Los orígenes del constitucionalismo pueden rastrearse desde la época de la Edad Media, cuando a lo largo de toda Europa comenzaron a expedirse cartas con el objeto de señalar algunas garantías, derechos o prerrogativas que les correspondían a los ciudadanos, a fin de frenar eventuales arbitrariedades; sin embargo, ello no alude todavía al “constitucionalismo moderno” en sentido estricto, y menos aún al “constitucionalismo contemporáneo”, tal como veremos. Estas cartas, entre las cuales destaca la Carta Magna inglesa, básicamente eran reconocimientos de determinadas coberturas en favor de ciertos estamentos, pero que luego comenzaron a ser leídos en otra clave, o sustituidos por documentos que, por lo menos formalmente, respondían a otra motivación.

Sin querer desconocer con ello el importante aporte de la Revolución inglesa, puede decirse que, en rigor, será recién con ocasión de las revoluciones liberales del siglo XVIII (las cuales fueron promovidas, como se sabe, para derrotar al Antiguo Régimen y su sistema absolutista o autoritario —que es el caso

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

de la Revolución francesa, primordialmente— o para enfrentar al gran opresor que impedía que se cumplieran los convenios que les permitían vivir en sociedad tal como se había pactado —que es principalmente el caso estadounidense—) que surgieron las primeras constituciones modernas.

Estas primeras constituciones se caracterizaron por establecer límites a los poderes gubernamentales y por defender una esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, consideradas naturales o fundamentales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, suscrita en Francia (que señala, p. ej., que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”) o la Declaración de Derechos (*The Bill of Rights*), de 1791, adoptada en Estados Unidos (la cual alude a los derechos no escritos “que retiene el pueblo”) constituyen claros ejemplos de este constitucionalismo moderno; sin embargo, justo es anotar cómo en ese primer momento el énfasis de los textos recaía, en lo esencial, en la limitación o la configuración del poder. En ese contexto, los derechos estaban básicamente recogidos en declaraciones (Francia) o fueron incluidos mediante enmiendas (Estados Unidos) y, en cualquier caso, se presentaban más bien como deberes de quienes detentan el poder y no como algo que pudiera ser exigido. Expresado con otros términos, los derechos no eran realmente asumidos como tales, a cabalidad, sino que, dependiendo de la perspectiva que se hubiera tomado, eran considerados atributos que corresponden intrínsecamente a los seres humanos o situaciones que son otorgadas como consecuencia de un pacto.

Con base en lo anterior, para muchas personas era posible afirmar que el constitucionalismo moderno no necesariamente se correspondía con una teoría independiente o propia dentro del derecho, sino que, más bien, se trataba de una “ideología”, que tenía inicialmente como base teórica al iusnaturalismo. En otras palabras, se consideró que la ideología del constitucionalismo moderno había sido forjada a la luz o como expresión de la teoría iusnaturalista. Al respecto, el iusnaturalismo (o el derecho natural), en cuanto teoría o concepción específica del derecho, sostiene entre algunos de sus principales postulados la existencia de una relación intrínseca (o necesaria) entre el derecho y la moral.

Constitución y jurisdicción constitucional

Asimismo, señala que los derechos de las personas son anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo, y que ellos se fundan en la naturaleza humana (o tienen un origen divino).

Ahora, el más directo adversario de la teoría iusnaturalista ha sido y es, como se sabe, la teoría o concepción positivista. Es más, no son pocos los que creen que el positivismo —en la práctica, y pese a la influencia ideológica iusnaturalista existente detrás del constitucionalismo moderno— ha regido el ordenamiento jurídico de la mayor parte de países europeos durante todo el siglo XIX y la primera mitad del XX. De este modo, puede afirmarse que el constitucionalismo moderno ha convivido junto con el positivismo tradicional durante el periodo referido, y que en realidad no le refuta a este en términos teóricos.¹

Esta vigencia del positivismo, es necesario mencionarlo, no es ajena a lo que ocurrió desde los orígenes del constitucionalismo. Sucede que este último surgió no únicamente como una forma de configurar o limitar el poder para afirmar derechos de las personas, sino que implicó un cambio en la concepción acerca del origen del Estado: su legitimidad —dependiendo de lo previsto en cada país— reside en el pueblo o en la nación, con lo cual se busca fortalecer la defensa de los intereses de estos frente al ejercicio arbitrario del poder político. En este sentido, escritos de conocidos autores de la filosofía política, como Rousseau, Hobbes, Locke, entre tantos otros, dan fe de ello; aunque, por supuesto, con algunas importantes diferencias, las cuales responden a la visión particular que cada uno de ellos tenía con respecto a la relación entre el Estado y el ejercicio de la libertad.

En todo caso, la revaloración del pueblo o de la nación, según la experiencia que estemos analizando, condujo en cada escenario al empoderamiento de uno u otra, de forma tal que, al sentirse el pueblo o la nación titulares originarios del poder ejercido por las autoridades públicas, luego se consideraron con el derecho y la fuerza para reclamarles legítimamente a dichas autoridades el reconocimiento, el respeto y la protección de una serie de valo-

¹ Cfr. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 16, 2002, pp. 96 y ss.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

res o exigencias morales de la época.² Allí encontramos las primeras manifestaciones de lo que hoy ha pasado a ser un principio irradiador de nuestro ordenamiento jurídico (y de todo ordenamiento que se precie de ser democrático): el principio de soberanía, con una comprensión, por cierto, distinta a la anteriormente predominante, la cual había sido inicialmente utilizada para justificar la existencia de las monarquías absolutas.

La consolidación de este principio enfrentará sus propias dificultades en uno que otro escenario. Así, por ejemplo, en Estados Unidos la concepción de la soberanía popular fue aprehendida y asimilada muy rápidamente,³ entre otras cosas, por la propia experiencia de su propio procedimiento de colonización, donde las colonias, a través de los *convenants*, habían conseguido llegar a acuerdos comunes sobre la base de la voluntad expresada por cada uno de sus integrantes. Allí, por ende, se consagra con mayor facilidad el principio de la soberanía popular; sin embargo, en Francia las cosas no serían tan sencillas. En efecto, en este último país Sieyès sostuvo, como es conocido, que la soberanía no recae en el pueblo, sino en la nación, con lo cual, por lo menos inicialmente, se buscó —entre otros factores— justificar las cuotas de poder ganadas por los burgueses en la Asamblea Nacional.⁴

De este modo, y con base en estas diferentes comprensiones del principio de soberanía, se asentó, con sus matices, la teoría del poder constituyente, que no es otra cosa que un esfuerzo intelectual por justificar el origen de la Constitución y, en consecuencia, del Estado. A la par, debe tenerse presente cómo en Europa se consolidó la idea de soberanía parlamentaria (con evidentes diferencias en su conformación entre la experiencia inglesa y lo anotado en Europa continental, influido más bien en el discurso o en la práctica por la experiencia francesa). De este modo, se desarrolla asimismo la idea de que existe un “primer poder”

² Vega García, Pedro de, “En torno a la legitimidad constitucional”, AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, IJ-UNAM, 1988, pp. 803-818.

³ Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, México, FCE, 1974.

⁴ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.

Constitución y jurisdicción constitucional

del Estado, el cual ocupa un lugar preeminente entre los demás poderes u organismos estatales. Esto en el entendido de que en los congresos o los parlamentos reside la voluntad popular (en la construcción de origen estadounidense), o representan la voluntad general de la nación (en la construcción de origen francés).⁵

Finalmente, y con independencia de cualquier respetable opinión, en los hechos sucedió que en Europa continental de ese tiempo fue consagrándose un discurso de supremacía parlamentaria, siguiendo la línea de la doctrina inglesa de soberanía del Parlamento o la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad general,⁶ el cual se terminó imponiendo en términos reales. A esto habría que sumar, desde luego, el auge y desarrollo del iuspublicismo alemán,⁷ de gran repercusión en el ámbito comparado (y más específicamente en la comprensión del Estado, la Constitución y los derechos).

1.1.2. El cambio de paradigma hacia el constitucionalismo contemporáneo

Ahora bien, la real o aparente predominancia, a la cual acabo de hacer referencia, se mantuvo vigente hasta inicios de la segunda mitad del siglo xx, época en la que este paradigma empezó a entrar en una etapa de cuestionamiento y crisis. Esto se

⁵ Es conocida la diferencia en cuanto al origen en la denominación, usada en otros Estados, que permite distinguir entre congresos y parlamentos (no estamos aquí, p. ej., haciendo mención a una cámara a la cual, como en España, se le denomina Congreso de los Diputados, frente a otra, a la cual se le llama Senado). La denominación Parlamento, vinculada —valga la redundancia— al régimen parlamentario, parte de la idea de que el monarca tenía que reunirse y conversar (parlar) con los estamentos, ya sea para convencer con sus propuestas o imponer algunas de sus decisiones. La denominación Congreso, relacionada más bien con regímenes presidenciales, parte de la idea de que estamos ante representantes que se reúnen (congregan) para ejercer las funciones que les son propias.

⁶ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 8.

⁷ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 46 y ss.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

produjo principalmente debido a dos cuestiones que desarrollo a continuación: por una parte, a las limitaciones y el desprestigio del derecho positivo para enfrentar las graves injusticias que se produjeron en el contexto histórico previo y, por la otra, a la revaloración de la Constitución, así como de los derechos que ella contiene, como auténticas exigencias jurídicas, es decir, con efectos normativos realmente vinculantes. Empezaré explicando esto último.

Como puede constatarse, el concepto de Constitución empezó a transformarse: las cartas fundamentales entonces existentes dejaron de ser consideradas como textos de connotación esencialmente declarativa, los cuales describían la voluntad política de esa época y, a lo más, contenían un catálogo de derechos planteados más bien en forma declarativa (y sin la verdadera exigibilidad que hoy le concedemos a los derechos). De este modo, las constituciones pasaron a convertirse en verdaderos instrumentos jurídicos obligatorios, de aplicación jurídica inmediata, y con una relevancia preeminente y central en el ordenamiento jurídico, llegando inclusive a modificar y a condicionar tanto la interpretación como la creación del derecho en un Estado en particular.

Ahora bien, respecto a esta fuerza normativa de la Constitución, vale la pena precisar que si bien dichos alcances vinculantes ya habían sido considerados inclusive en el siglo XIX (como ocurrió en Estados Unidos con el famoso caso *Marbury vs. Madison*,⁸ de 1803, y para algunos incluso desde antes),⁹ es necesario insistir en que tanto en Estados Unidos como en Europa continental la consolidación de la fuerza jurídica de la Constitución, así como los alcances de su interpretación, por lo menos en

⁸ Carbonell, Miguel, “*Marbury vs. Madison*: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 289-300.

⁹ Recuérdese la referencia constante que hace la doctrina a la resolución del juez Coke en el caso *Bonham*, en donde, como se sabe, se invocó el ordenamiento común con el objeto de inaplicar al supuesto en concreto un acto del Parlamento. Una interesante comprensión de los que serían los verdaderos alcances de este pronunciamiento lo encontramos en Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio*, México, Porrúa, 2013.

Constitución y jurisdicción constitucional

la línea en que se le entiende hoy en día, recién comienza a ser realmente estudiada y a desarrollarse vigorosamente ya entrado el siglo xx.¹⁰

Ahora bien, lo señalado se entiende mejor a la luz de las insuficiencias del derecho positivo, y del mismo positivismo, en relación con lo ocurrido en los regímenes totalitarios que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial. Así, y por lo menos con claridad en el ámbito europeo continental,¹¹ puede afirmarse

¹⁰ Al respecto, convendría entonces anotar varias cosas, en la misma línea con lo que me he permitido señalar en textos anteriores. En el caso estadounidense, la Corte Suprema Federal, luego de *Marbury vs. Madison*, no volvió a inaplicar una norma por reputarla inconstitucional hasta el tristemente célebre *Dred Scott*, proceso resuelto durante la labor de la denominada “Corte Taney”. El mismo Marshall, quien cuestionó incluso alguna vez la consistencia y coherencia de la *judicial review* (inclusive propuso, según recuerda Beveridge, la posibilidad de introducir una apelación ante el Congreso de aquellos fallos del Tribunal Supremo con importancia política, buscando así, supuestamente, evitar que los congresistas usaran el *impeachment* como instrumento para combatir eventuales errores judiciales), impulsó durante su gestión una Corte más preocupada en la afirmación de las competencias del Gobierno federal. La labor posterior de la Corte privilegió libertades económicas a otros derechos fundamentales y al fortalecimiento de otros preceptos constitucionales. Esta Corte, la que combate Lambert (en un trabajo por cierto muy citado, pero lamentablemente poco leído y, por ende, erróneamente comprendido), recién comienza a variar en el siglo xx, sobre todo, con la presión de Roosevelt y su *Court Packing Plan*. Es más, buena parte del mérito de los fallos de la “Corte Warren” fue, en aras de una mayor y mejor tutela de los derechos, alejarse de lo que había sido su línea de actuación en casos anteriores: así, por ejemplo, *Brown* indudablemente implica, quiera o no reconocerse, un abandono de los postulados de, por citar tal vez el caso más notorio de los previamente resueltos sobre la misma materia, *Plessy vs. Ferguson*.

En el caso europeo, y como seguiré explicando, los esfuerzos por establecer algún tipo de control jurídico y externo a los “poderes más políticos” (y entre ellos más directamente al legislador) recién comienzan a plantearse con claridad luego de concluida la Primera Guerra Mundial y se consolidan realmente luego de la segunda posguerra, en buena medida como respuesta a algunas de las circunstancias vinculadas a lo ocurrido hasta ese momento.

¹¹ Con esta precisión quiero expresar que, en el ámbito anglosajón, la principal y más contundente crítica al positivismo jurídico, con prescindencia de los hechos históricos descritos aquí, provino de los cuestionamientos conceptuales que formuló Ronald Dworkin contra H. L. A. Hart.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

que el paradigma dogmático legalista, más bien emparentado con una comprensión positivista, entró en decadencia en la segunda mitad del siglo xx. Esto se puso especialmente en evidencia a partir de experiencias tales como la de los llamados Procesos de Núremberg, mediante los cuales se enjuició, sentenció y castigó a los más altos jerarcas del régimen nazi.

En efecto: sucede que, si entonces se hubiera seguido un esquema puramente legalista, no habría sido posible condenar a los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nazi, autores de terribles crímenes y abusos contra la humanidad. Frente a ello, entonces, impartir justicia implicaba apartarse o, cuando menos, ir más allá de las premisas centrales del modelo legalista o legicentrista. Al respecto, al momento en que en el régimen nazi se cometieran hechos execrables que luego serían juzgados, no se preveía alguna consecuencia jurídica para tales lamentables actos, por lo que fue necesario establecer una serie de principios generales que tenían como objeto constituirse en una guía para hacer justicia frente a tales casos, principios que posteriormente fueron reconocidos incluso por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como también recogidos por el derecho internacional.

Puede afirmarse que esa manera de actuar constituyó uno de los acontecimientos claves en el proceso de transformación que empezó a experimentar el derecho constitucional europeo continental, de la mano de otros significativos cambios políticos, sociales y jurídicos que se suscitaron en la posguerra. De este modo, y bajo una concepción axiológica de la Constitución, fue forjándose una nueva forma de interpretación constitucional, caracterizada, entre otros aspectos, por la interpretación extensiva de las provisiones constitucionales, la cual implicaba no dejar espacios vacíos o indiferentes al derecho constitucional.¹²

Así, y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional —sobre todo en Europa continental— inició

¹² García Jaramillo, Leonardo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 231 y 236.

Constitución y jurisdicción constitucional

un proceso de transformación que ha llegado a modificar la fisonomía general del ordenamiento jurídico en su conjunto, proceso que ocurrió en los diferentes Estados debido al enorme protagonismo que adquirió el texto constitucional. De este modo, empezó a posicionarse una comprensión de la Constitución como norma orientadora de todo el ordenamiento jurídico.

En dicho contexto no solo se promulgaron nuevas constituciones, sino que con ellas se instauró un nuevo modelo de Estado y de constitucionalismo. Uno de los principales rasgos de este escenario fue la incorporación de derechos fundamentales en su contenido, por cierto, no con una vocación meramente declarativa, sino buscando garantizar su vigencia y disponiendo que su protección pasara a ser responsabilidad de la judicatura. En directa relación con ello, en varios países europeos se empezó a adoptar un modelo propio de control de constitucionalidad a través de la creación de tribunales constitucionales específicamente encargados de estas labores de interpretación vinculante y control.¹³

A modo de recapitulación de lo sucedido, y principalmente en Europa continental, en primer lugar puede constatarse que la Constitución era básicamente una descripción de la correlación del poder político o, a lo sumo, un esfuerzo de encuadramiento del ejercicio de este tipo de poder. Luego, ya con la Constitución entendida como una norma, pero a partir de una impronta más bien kelseniana, donde todavía se distinguía entre derecho y moral, o entre derecho y justicia, el énfasis de estas constituciones se encontraba en el establecimiento de instituciones, procedimientos y competencias para configurar y limitar el ejercicio del poder. Posteriormente, y como adelantamos, acontecimientos tales como los Juicios de Núremberg, la incidencia de la fórmula de Radbruch de 1946 (conforme a la cual las normas y sistemas, si traspasan un determinado umbral mínimo de justicia, pierden el carácter jurídico) o el reconocimiento de la dignidad de la persona como eje del orden constitucional llevan a un redimensionamiento del rol de la Constitución como norma, entre otros factores, en mérito a que, si bien sigue teniendo una importan-

¹³ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 8.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

te responsabilidad en la configuración y limitación del poder, su principal razón de ser y sentido último es el de la tutela de los derechos.¹⁴

Aparece entonces, primero fundamentalmente en Europa occidental, una nueva concepción del valor jurídico de la Constitución, caracterizada básicamente por:¹⁵

1. Los principios y valores expresados en la Constitución no son disponibles ni quebrantables por parte de los “poderes” del Estado (y, añadiría, de los particulares).
2. La creación de tribunales o cortes constitucionales, no limitados a realizar un silogismo respetuoso con el principio de legalidad, sino cuya tarea consiste en abocarse a la corrección de la constitucionalidad de las leyes (y, agregó, sobre todo a la tutela de los derechos fundamentales). Esto genera una doble (y, por qué no decirlo, tensa) relación entre los parlamentos o congresos (que cumplen un rol de representantes de la soberanía popular, con funciones legislativa, representativa y de control) y los tribunales constitucionales (¿acaso una “soberanía de la toga”, que puede corregir (declarar inconstitucional o dar

¹⁴ Es importante anotar que, si bien el valor normativo de la Constitución se presenta antes en Estados Unidos (ayudados por una sociedad que se conforma en función a *covenants* cuyos alcances luego fueron incumplidos por el *great oppressor* del otro lado del océano), inicialmente también ponía el énfasis en la configuración y limitación del poder, antes que en la tutela de los derechos, básicamente incorporados (sobre todo en el plano federal) a través de enmiendas. Es recién con la labor de la “Corte Warren” y su apuesta por la tutela de derechos en consideraciones de igualdad material que claramente cambia el énfasis en favor de un parámetro cercano al ahora vigente en Europa continental. Mi postura al respecto es abordada en diversos textos, entre ellos, en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 18, 2013, pp. 175-197.

¹⁵ Seguimos aquí básicamente el esquema propuesto por López García, José Antonio, “Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica”, en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy *et al.* (coords.), *Tutela de derechos en sede jurisdiccional*, Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú-Consejo General del Poder Judicial de España-Universidad de Jaén, 2012, p. 60.

Constitución y jurisdicción constitucional

- interpretaciones conformes) las leyes y otras actuaciones de los parlamentos o congresos?).
3. Una nueva comprensión del derecho, que permite el sometimiento de los poderes públicos (y, en su caso, también de los particulares) respecto de los principios constitucionales o a la eventual revisión de la constitucionalidad de las leyes, tomándose en cuenta a estos efectos incluso la fórmula de Radbruch y otras alternativas en principio opuestas a distinguir entre derecho y moral.
 4. Una comprensión del derecho que no va a legitimar cualquier tipo de Estado, sino uno que se considere respetuoso de los principios y derechos fundamentales (el Estado democrático, añadimos).
 5. Una obligación para desarrollar pautas del método jurídico frente a la nueva realidad del derecho. De ahí, por ejemplo, la relevancia que han adquirido las teorías de la argumentación jurídica (materia que luego abordaré en este texto).

El proceso de expansión y auge constitucional que acabo de reseñar tuvo una de sus expresiones más calificadas en Alemania, con la Constitución de 1949, la cual consolidó aquella concepción que afirma que “los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores”.¹⁶ Sobre la base de dicha carta y, desde luego, gracias a la influencia de la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, hubo una fecunda producción teórica y jurisprudencial que favoreció el ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. Italia siguió una línea similar a la de Alemania, sobre todo luego de la promulgación de la Constitución de 1947. Esta tendencia se expandió al resto de Europa continental, como es el caso de Chipre (1960) y Turquía (1961), donde se instituyeron tribunales constitucionales.

Con el retorno a la democracia en la década de los setenta, Portugal y España promulgaron las constituciones de 1976 y

¹⁶ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 23.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1978, respectivamente.¹⁷ Ambas constituciones también se inscriben en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo de influencia europea continental y establecieron asimismo la existencia de tribunales constitucionales. Posterior a ellas se crearon también tribunales constitucionales en Grecia (1975) y en Bélgica (1984), y esta tendencia se extendió a lo largo de Europa durante los años siguientes.¹⁸ Con ello, en buena parte de los Estados europeos, la inicial fisonomía de los ordenamientos jurídicos ha ido modificándose, para entenderse hoy día como insertadas en la órbita de lo que podemos calificar como “constitucionalismo contemporáneo” o “actual”.¹⁹

Resulta incontestable, entonces, que el estatus de la Constitución se haya modificado y que el centro de gravedad del orden jurídico se haya alterado totalmente. Así, en Europa, tras considerarse durante mucho tiempo a la ley como el eje central, luego empezó a entenderse a la ley y a la Constitución como dos polos alrededor de los cuales se debía erigir todo el ordenamiento jurídico, para posteriormente convertirse la Constitución en el indiscutible eje o vértice del ordenamiento jurídico.²⁰

Este fenómeno de fortalecimiento y empoderamiento de la Constitución al interior del sistema jurídico ha sido denominado “proceso de constitucionalización del derecho”, y ha devenido en la generación de una propia o particular teoría del derecho, la cual se distingue (o, cuando menos, reclama distinguirse) tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico (aunque, como veremos, para muchos todavía guarda una importante afinidad

¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ En el caso de Francia inclusive, cuna del legicentrismo y del paradigma del juez como voz de la ley, también fue reconocido este cambio respecto al rol de la Constitución, aunque la Constitución de 1958 optó por una fórmula diferenciada: la del control previo ejercido por el Consejo Constitucional en relación con algunas leyes. Pese a este diseño inicial, con posterioridad —como habrá ocasión de explicar más adelante— ello fue matizado con el tiempo, asumiendo la Constitución un estatus normativo totalmente vinculante.

²⁰ Favoreu, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 12, núm. 1, agosto de 2001, p. 43.

Constitución y jurisdicción constitucional

con este último).²¹ Ahora bien, pese a los años transcurridos, justo es reconocer que aún no existe un consenso o unanimidad sobre la denominación que le corresponde a este nuevo paradigma. De esta manera, algunos lo consideran como una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional o legalista y le denominan, por ejemplo, “constitucionalismo positivista” o “constitucionalismo garantista”; mientras que otros hablan de “pospositivismo” o de “constitucionalismo principialista”; e incluso algunos hacen referencia a la expresión “neoconstitucionalismo” para denominar a esta nueva teoría.

En atención a esta gran variedad de significados, vamos a optar por nominar a esta teoría del derecho como “constitucionalismo contemporáneo”, frente a otras denominaciones extendidas, pero imprecisas o problemáticas. Al respecto, como bien anota Manuel Aragón Reyes, hoy hay que tener mucho cuidado con el uso de nominalismos vacíos de entidad teórica o de concepciones por completo ajenas a la teoría de la Constitución en la que se desenvuelve.²²

De este modo, y como bien advierte Aragón, muchas veces se suele recurrir a la expresión “neoconstitucionalismo” para abarcar lo que se considera un nuevo frente para el constitucionalismo clásico, entendida esta última como la expresión del constitucionalismo que prevaleció hasta finales del siglo XIX; sin embargo —y en esto también coincido con Aragón y otros autores, como Michele Carducci, en Italia—, son muchas las imprecisiones que involucra el uso del término neoconstitucionalismo, por lo que no es aconsejable su uso.

Explicaré los alcances de esta última afirmación. En primer lugar, ocurre que, dentro del llamado “neoconstitucionalismo”, suele incluirse a autores con perspectivas muy diversas entre sí, respecto de las cuales muchas veces es difícil fijar coincidencias. Por otro lado, y aun asumiendo que existan algunos puntos coin-

²¹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 97.

²² En este sentido, Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘neoconstitucionalismo’, ‘garantismo’ y ‘aplicación judicial de la Constitución’”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 28, 2013, p. 83.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

cidentes entre esos autores, otra pregunta a formularse es la de si estas semejanzas son propiamente inherentes o constitutivas del “neoconstitucionalismo” (lo que, desde luego, requiere que fijemos previamente su significado y alcances) o, más bien, responde a lo que podemos llamar “constitucionalismo contemporáneo”.

Y es que hoy la Constitución ya no solo regula o configura la forma de ser del Estado, sino el modo de ser de una sociedad en su conjunto. La Constitución ahora no solo contiene reglas, sino también principios, valores, mandatos al legislador, enunciados de fines que los poderes públicos habrían de cumplir, e inclusive involucra, más recientemente, un proceso de internacionalización (convencionalización) de derechos. Este desarrollo, como podrá apreciarse, no implicó el abandono de su sentido originario (configuración o limitación del poder para garantizar la libertad de los ciudadanos), sino más bien su reforzamiento.

Y es que, al lado de una consolidación en la exigibilidad de los derechos, el actual constitucionalismo aumenta los controles al poder, en especial los controles jurídicos (así tenemos, p. ej., el control de constitucionalidad y el control judicial a la Administración, solo por mencionar algunas posibilidades excepcionales). Esto, en principio, valga precisar, no debería significar la desaparición de los controles políticos existentes (en rigor, el control jurídico únicamente debería desenvolverse conforme a derecho, aunque en algunos casos —lo cual resulta preocupante— se constata una disminución de esos controles). En ese escenario, la Constitución no solo se consolida como el espacio de tutela de los derechos desde el derecho, sino también como una pauta de regulación jurídica de la democracia y de su unión con el Estado de derecho. Tanto la exigibilidad de los derechos como el contenido sustantivo de la Constitución (que no solo contiene reglas), entre otras cosas, conllevan además, y como uno de sus efectos principales, la consolidación del rol especial que cumplen los jueces en la concreción de los contenidos constitucionales y en su realización, llegándose a hablar incluso de un reciente “protagonismo judicial”.²³

²³ Como puede constatarse, coincido en líneas generales con lo planteado por Manuel Aragón Reyes, *ibidem*, pp. 83-85. En ese sentido, es importante

Constitución y jurisdicción constitucional

Desde luego, si estos son los rasgos que identifican al denominado “neoconstitucionalismo”, corresponde preguntarse en qué se diferencia este con respecto de otros fenómenos que también se presentan a nivel mundial.

Ahora bien —y en eso también coincido con Aragón Reyes—, además de la falta de especificidad que se le critica al neoconstitucionalismo, es preocupante que muchas veces se le presente como una “superación” de una “anterior” idea de Constitución, para cambiarla por otra.

Y es que, se concuerde con ello o no, quienes reclaman una defensa del “neoconstitucionalismo” refieren asumir una posición que parte de un supuesto abandono de una idea de Constitución donde se hacía prevalecer al poder sobre el control; a la unidad de acción sobre la división de poderes; a la voluntad política sobre la normatividad vigente, o al “decisionismo” estatal frente a un Estado cuyo quehacer sigue los parámetros del Estado constitucional, entre otros factores. Si bien es cierto que se trata de una formulación de ideas muy interesante, también es oportuno anotar que la idea de Constitución calificada como “antigua” a la cual se refiere el neoconstitucionalismo (y que hace suyos elementos que, por cierto, y con todo respeto, no solo resaltan o cuestionan los y las neoconstitucionalistas), cuando menos en relación con los aspectos que acabo de reseñar, poco tiene en rigor de constitucional, como bien anota Aragón.

Así considerado, conviene tener presente que actualmente estamos ante un constitucionalismo (el contemporáneo) que no solo es ideología, sino que implica también un fenómeno jurídico: la práctica mediante la cual el quehacer de un Estado es limitado por el derecho, práctica que se produce dentro de lo que hoy en rigor se conoce como Estado constitucional. Por ende, además de ser un paradigma teórico y una práctica, el constitucionalismo

apreciar una constatación sobre la presentación de estos elementos en el ámbito latinoamericano como lo que encontramos en Rolla, Giancarlo, “La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las expresiones de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012, pp. 333-339.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

es también una actitud, una manera de hacer política,²⁴ independientemente de los evidentes matices que existen, por ejemplo, entre la configuración de la Constitución y el constitucionalismo en Europa y en Estados Unidos.²⁵

Esta comprensión de la Constitución y del constitucionalismo, muy a despecho de lo sostenido por algunos sectores, se encuentra entonces muy ligada a la de democracia. Es más: no queda más que coincidir con quienes entienden a la Constitución (y al constitucionalismo, me permitiría añadir) como una apuesta por la juridificación de la democracia.²⁶ Por esto mismo, cabe suscribir el lúcido comentario de Rubio Llorente, cuando resaltaba cómo en la actualidad “No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es [...] simple despotismo de apariencia constitucional”.²⁷

Pero para que esta “democracia juridificada” sea factible y se sostenga en el tiempo también se requiere de la existencia de instrumentos jurídicos que aseguren la efectiva aplicación de la Constitución, de la capacidad de adaptación de esas constituciones, y de un entorno en el que se encuentren aspectos de lo que podría denominarse cultura constitucional (que alude a la existencia de garantías sociales, a la aceptación popular de la Constitución). En esto consiste la Constitución y el constitucionalismo hoy, y por ello se entiende el factor irradiante de ambos. De este modo, y sin perjuicio de sus eventuales variables, lo anotado hasta aquí es lo que caracteriza aquello que en este texto hemos preferido denominar “constitucionalismo contemporáneo”, el cual tiene como importantes o privilegiadas expresiones al proceso

²⁴ Coincido entonces aquí también, en líneas generales, con Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero...”, *cit.*, p. 94.

²⁵ En este sentido, e incluso frente a otros textos que pueden esbozar posturas similares, recomiendo vivamente revisar a García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

²⁶ En ese tenor va el mensaje de Manuel Aragón, por lo menos en textos como: “Dos problemas falsos y uno verdadero...”, *cit.*, p. 90; *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989; o *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, pp. 11-80.

²⁷ En este sentido, Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 87.

Constitución y jurisdicción constitucional

de “constitucionalización del derecho”,²⁸ al que me referiré reiteradamente a lo largo de este texto, pero también a la denominada “constitucionalización de la política”.

Este “constitucionalismo contemporáneo”, valga aclarar, busca apuntalarse como una teoría jurídica independiente y cuenta con categorías autónomas. Ello, a diferencia del que llamamos antes “constitucionalismo moderno”, que básicamente constituyó una ideología forjada bajo el umbral de la teoría iusnaturalista, según adelantamos.²⁹

Ahora bien, y conforme al desarrollo teórico existente al respecto, considero que conviene hacer alusión a algunas variantes importantes del “constitucionalismo contemporáneo”, las cuales vale la pena analizar, debido a motivaciones didácticas, pero también para evitar incurrir en confusiones terminológicas. Trataré de ser lo más claro al respecto, aunque reconozco que, en casos como estos, siempre habrá un riesgo de que alguien me acuse de lindar con cierta arbitrariedad académica (aun cuando, por cierto, nada más lejano a dicha posible arbitrariedad que mi intención al trabajar estos temas).

1.1.3. Constitucionalismos positivista y no positivista

Para poder continuar con lo indicado, sobre todo debido a razones de índole didáctica antes que de pura rigurosidad conceptual, estimo conveniente hacer referencia a una clasificación que realizó Paolo Comanducci, la cual resulta esclarecedora. Si bien dicha clasificación fue formulada con respecto a formas de “neoconstitucionalismo”,³⁰ es oportuno anotar cómo a partir de ella sí es posible describir o referirme útilmente a dos concepciones acerca del “constitucionalismo contemporáneo”.³¹

²⁸ Más adelante explicaré con más detalle el contenido y los alcances de este proceso de constitucionalización.

²⁹ Cfr. Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 97.

³⁰ Comanducci, Paolo, *op. cit.*

³¹ En adelante, y solo para evitar la confusión semántica a la que me referí, voy a preferir la expresión “constitucionalismo contemporáneo” frente a la de

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En este contexto, conviene tener presente, por lo menos desde la óptica de Paolo Comanducci, que lo que aquí se denomina constitucionalismo contemporáneo (y que probablemente se buscaría llamar neoconstitucionalismo en la terminología de dicho autor) apuesta por constituir una teoría independiente al interior del derecho, en la medida en que, en cierto sentido, cuenta con su propia teoría, ideología y metodología (o cuando menos, puede aludir a una teoría, una ideología y una metodología específicas), y se distingue tanto del iusnaturalismo como del positivismo, aunque —como veremos— en su opinión parecería guardar una cierta mayor afinidad con este último.³²

Además de ello, Comanducci señala que con dicho constitucionalismo se alude al surgimiento de una teoría jurídica al interior del derecho, la cual aspira a describir los logros de la constitucionalización, la cual, según él, ha implicado la modificación sustancial de los sistemas jurídicos contemporáneos,³³ especialmente en el escenario europeo y latinoamericano (y a la que ya me he referido y seguramente volveré a referirme en esta obra). Bajo este esquema, entonces, podemos afirmar que esta expresión del constitucionalismo contemporáneo sería una teoría autónoma, a diferencia del constitucionalismo moderno, que solo habría constituido una ideología forjada bajo el umbral de la teoría iusnaturalista.

De este modo, y siempre desarrollando los criterios esbozados por Comanducci (aun cuando —insisto— él se refiere, más bien, y busca defender su perspectiva sobre el neoconstitucionalismo), el constitucionalismo contemporáneo como teoría autónoma se diferenciaría del positivismo jurídico más bien ortodoxo en atención a tres categorías de análisis: *a*) el objeto de investigación; *b*) el método de interpretación, y *c*) las relaciones entre el derecho y la moral.³⁴

“neoconstitucionalismo”, la cual es, por cierto, la que usa Comanducci en su conocido texto, que está sirviendo de base para el análisis aquí realizado.

³² Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 97.

³³ *Idem.*

³⁴ Comanducci aborda la categorización de las diversas formas de neoconstitucionalismo, utilizando de manera análoga (aunque un poco forzada, se-

Constitución y jurisdicción constitucional

En efecto, con la constitucionalización del derecho: a) es la Constitución, y no la ley, la que rige el funcionamiento general del derecho y, por tanto, su objeto reviste un estatus especial que la distingue de la ley; b) el método de interpretación jurídica ha abandonado los postulados centrales del esquema dogmático legalista de la tradición positivista, y c) las relaciones entre el derecho y la moral han tenido un desarrollo doctrinario prolijo.

Ahora bien, pese a que pueden establecerse, como he indicado, diferencias entre el “constitucionalismo moderno” (el cual puede ser considerado como una manifestación ideológica del iusnaturalismo, y que se dirige a “la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales”)³⁵ y el “constitucionalismo contemporáneo”, cuyo contenido tiene más bien relación con afirmaciones como las expresadas en párrafos anteriores, es necesario reiterar cómo muchos reclaman que en el constitucionalismo contemporáneo puedan presentarse hasta dos versiones, cuyos alcances conviene explicar, y las cuales son: el “constitucionalismo positivista” y el “constitucionalismo no positivista”.

1.1.3.1. Constitucionalismo contemporáneo positivista

Esta primera versión de constitucionalismo contemporáneo aparentemente busca presentarse como una “continuación del positivismo jurídico tradicional” que, aunque ha modificado parcial-

gún sus palabras) la clasificación hecha por Norberto Bobbio respecto a los tres tipos —o tres acepciones— de positivismo jurídico. De esta forma, habla de neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. A estos efectos, distingue precisamente entre neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico. Desde el teórico se explica las principales características de los sistemas jurídicos contemporáneos, se describe el alcance y contenido de las constituciones contemporáneas; desde el ideológico se critica el positivismo ideológico y se valora positivamente la constitucionalización del ordenamiento; y desde el metodológico sostiene la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral. *Ibidem*, p. 96.

³⁵ *Idem*.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

mente su *objeto de investigación*, mantiene el mismo *método de interpretación* del positivismo y, además, la misma *postura* frente a las *relaciones entre el derecho y la moral*. Procedo a desarrollar brevemente estas tres categorías de análisis.

Conforme a lo adelantado, esta primera clase de constitucionalismo adopta como *objeto de investigación* el “modelo descriptivo de la Constitución como norma”. En este modelo, la Constitución “designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y, por tanto, fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)”.³⁶ Se puede afirmar, en relación con esta primera categoría de análisis, que su objeto de investigación se diferencia parcialmente de una práctica positivista antigua u ortodoxa (cercana al llamado “positivismo ideológico”), en la medida en que coloca a la Constitución, y no a la ley, como el eje central del ordenamiento jurídico de cada Estado en particular.

En cuanto a la segunda categoría de análisis, referida al *método de interpretación*, y siempre partiendo del “modelo descriptivo de la Constitución como norma”, se considera que la Constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Aquello lleva a aseverar que tanto la interpretación de la Constitución como la de la ley constituyen especies del género interpretación jurídica (definida a su vez como la adscripción de significado a un texto normativo); sin embargo, se reconoce que existen peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de la ley por una cuestión de grado, y no porque existan diferencias cualitativas.

En otras palabras, y a pesar de que la interpretación de la Constitución y de la ley constituyen especies del género “interpretación jurídica”, esta primera versión del constitucionalismo contemporáneo reconoce una cierta singularidad en la interpretación constitucional, la cual —necesario es anotarlo— responde a la investidura propia de la Constitución (cuerpo

³⁶ *Ibidem*, p. 98.

Constitución y jurisdicción constitucional

normativo jerárquicamente superior), pero no con relación a la técnica interpretativa en sí. Ahora bien, al interior de este modelo se pueden encontrar diversos matices, los cuales distinguen en mayor o menor medida a la interpretación constitucional de la interpretación legal, pero siempre bajo la asunción de que no existe una diferencia de tipo cualitativo. En suma, y por lo menos en esta primera versión de constitucionalismo, lo que se refiere al método de interpretación en sí no pareciera distinguirse demasiado del método empleado en la tradición iuspositivista.

En cuanto a la tercera categoría de análisis, referida a las *relaciones entre el derecho y la moral*, y continuando con una tesis clásica del positivismo jurídico, esta primera versión del constitucionalismo contemporáneo sostiene que entre dichos ámbitos existe una relación contingente y no necesaria. Esta postura es, pues, coincidente con lo que Norberto Bobbio llamó “positivismo metodológico”, conforme a la cual se reconoce la diferencia entre “ser” y “deber ser”, afirmándose que es posible identificar y describir al derecho “como es”, con prescindencia de la valoración moral acerca de cómo debería ser.³⁷ Si bien la conexión entre derecho y moral no es tan directa como la que encontramos en los casos que veremos después, es importante anotar que las distancias no tienen aquí la radicalidad otrora existente.

Con todo lo anotado, podríamos ubicar entre los principales representantes de este constitucionalismo contemporáneo positivista tal vez a Riccardo Guastini y sin lugar a dudas a Luigi Ferrajoli,³⁸ quien incluso ha mantenido diversos debates defendiendo su posición, a la cual denomina “constitucionalismo positivista” o “garantista” (y no, por si acaso, “neoconstitucionalista”, denominación que tampoco Guastini reivindica para sí), frente a sus contendientes pospositivistas o no positivistas.

Ciertamente, y con base en lo indicado en este apartado, uno podría preguntarse si, en el fondo, detrás de lo planteado por esta

³⁷ *Ibidem*, p. 101.

³⁸ Véase, en ese sentido, Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

visión de las cosas no se da, si cabe, algún nivel de positivización de cierta comprensión iusnaturalista, tema sobre el cual volveré luego.

1.1.3.2. Constitucionalismo contemporáneo no positivista o pospositivista

La segunda forma de constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por buscar diferenciarse del positivismo tradicional de una manera que podría denominarse cualitativa y, además, por presentarse como su alternativa teórica. Esta segunda versión no considera que el objeto de investigación (la Constitución) haya sido modificado parcialmente (como en el caso de la primera versión), sino más bien considera que la Constitución se ha transformado en su totalidad, trayendo como consecuencia la necesidad de un cambio radical tanto del método de interpretación como de las relaciones entre derecho y moral.

Asimismo, esta perspectiva aboga por entender al constitucionalismo como “una reacción contra el positivismo jurídico”: se reivindica a sí misma como una postura que rechaza que el énfasis se coloque en las formas, olvidando la justicia.³⁹

De esta manera, el derecho debe entenderse como una realidad, pero también como algo que nosotros, como sociedad, vamos construyendo a lo largo del tiempo. En esta línea, esta postura establece que, con el surgimiento del constitucionalismo, el positivismo jurídico llegó a su fin. Por esto, a partir del pospositivismo se entiende que el derecho ya no es visto como “el derecho puesto por la autoridad”, sino como “una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales”.⁴⁰

Entonces, esta segunda clase de constitucionalismo adopta como *objeto de investigación* el “modelo axiológico de la Cons-

³⁹ Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año VII, núm. 2, julio-diciembre de 2014, p. 14.

⁴⁰ *Idem*.

Constitución y jurisdicción constitucional

titución como norma”. Conforme a este modelo —y de manera compatible con el modelo descriptivo de la primera versión de constitucionalismo—, la Constitución “designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son fundamentales respecto a las otras reglas jurídicas (y, por tanto, fundantes del entero ordenamiento jurídico o jerárquicamente superiores a las otras reglas)”;⁴¹ sin embargo, además de ello —y aquí se encuentra el ingrediente que lo distingue de la primera clase de constitucionalismo—, esta nueva Constitución requiere que ese conjunto de reglas jurídicas positivas “tengan determinados contenidos, a los que se atribuye un especial valor”.⁴²

En otras palabras, se señala que la Constitución como objeto de investigación dentro del ordenamiento jurídico tiene un valor intrínseco, un valor del objeto en sí mismo. De esta manera, el objeto de investigación de esta segunda versión del constitucionalismo contemporáneo se diferencia sustancialmente de la teoría iuspositivista (y también de la primera versión de constitucionalismo), al atribuirle a la Constitución el valor de eje central respecto al resto del ordenamiento jurídico.

Asimismo, cabe recalcar que la postura pospositivista, al contrario del positivismo (que con el riesgo de la simplificación diríamos que tiende a reducir el derecho a reglas) y del neoconstitucionalismo⁴³ (que con similares recaudos reduce el derecho a

⁴¹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 98.

⁴² *Idem.*

⁴³ Para Atienza, el neoconstitucionalismo es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza por tesis insostenibles. También explica que el término “neoconstitucionalismo” es mal empleado por diversos autores, por cuanto no existen equivalentes en otros ámbitos culturales, o al menos no equivalentes con el mismo significado. Asimismo, señala que los orígenes de la expresión “neoconstitucionalismo” se remontan a la escuela genovesa, varios de cuyos representantes utilizaron esta expresión para referirse a la concepción del derecho, contraria al positivismo jurídico que ellos seguían.

Por otro lado, Manuel Atienza recalca que la confusión se debe a que se usa el término “neoconstitucionalismo” para referirse a distintas cosas como: al fenómeno de cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos, a la conceptualización de este fenómeno como teo-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

principios), opta por un equilibrio entre ambos extremos. Dicho con otros términos, parte de entender que se debe conjugar “la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios”.⁴⁴

En cuanto a la segunda categoría de análisis, referida al *método de interpretación*, se afirma que esta alternativa adopta un “modelo axiológico de la Constitución como norma” (y no “descriptivo”, como en el caso de la primera clase de constitucionalismo aquí reseñada), la cual plantea que la interpretación constitucional se diferencia de manera cualitativa de la interpretación legal al asumir como premisa el valor especial que reviste el texto constitucional. Esta segunda versión, no positivista, se caracteriza entonces por optar por una especificidad radical de la interpretación constitucional, llegando incluso a hablarse de técnicas interpretativas particulares en relación con la interpretación legal.

Sin embargo, de acuerdo con esta postura, tal divergencia respecto al sistema positivista tampoco implica asumir la postura opuesta (es decir, preferir mayoritariamente la ponderación a la subsunción). En este sentido, el equilibrio que propone la segunda clase de constitucionalismo se aplica a los métodos de interpretación constitucional, en la medida en que entiende que resulta absurdo preferir la subsunción (lógica formal) a la ponderación (racionalidad práctica) en todos los casos, y viceversa. Se señala lo anterior por cuanto es necesario (y lo asume como tal) contar con los dos esquemas argumentativos dependiendo del caso bajo análisis: si se cuenta con premisas normativas que son principios, los cuales empujan hacia solu-

ría del derecho, a teorías exclusivamente constitucionales, etc. No obstante, considera que el principal uso de este término apunta a comprenderle como una teoría general del derecho que se opone a la postura positivista. En este sentido, y a diferencia de las críticas identificadas, por ejemplo, por Susana Pozzolo, Atienza establece que el “neoconstitucionalismo” no reduce el derecho a la moral, sino defiende que implica un elemento valorativo. Además, las notas que lo caracterizan son ampliamente coincidentes. Véase al respecto, Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

Constitución y jurisdicción constitucional

ciones opuestas, se preferirá la ponderación; y si se cuenta con una premisa normativa que es una regla de acción, se preferirá la subsunción.

De esta manera, en esta segunda versión del constitucionalismo contemporáneo, el método de interpretación se distinguiría en su totalidad del método empleado en la tradición iuspositivista y en la primera versión del constitucionalismo contemporáneo arriba esbozado. Al respecto, el uso de la técnica de la “ponderación” entre principios constitucionales es, tal vez, una de las características de la interpretación constitucional en esta versión de constitucionalismo contemporáneo. Por otro lado, y al igual que la primera versión, es necesario anotar que este constitucionalismo también presenta diversos matices.

En cuanto a la tercera categoría de análisis, referida a las *relaciones entre el derecho y la moral*, y a diferencia de lo sostenido por el positivismo tradicional y por la primera versión del constitucionalismo contemporáneo aquí descrito, esta segunda versión afirma que “en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una “conexión necesaria” entre derecho y moral”.⁴⁵ Lo anterior, por cuanto se debe observar al derecho no solo como un sistema normativo, sino como “una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del derecho”.⁴⁶

Entre algunos de los principales promotores de esta versión del constitucionalismo podemos encontrar a Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino y Manuel Atienza. Ahora bien, justo es reconocerlo, siempre pareciera haber algún nivel de positivización de lo que configura desde estos parámetros.

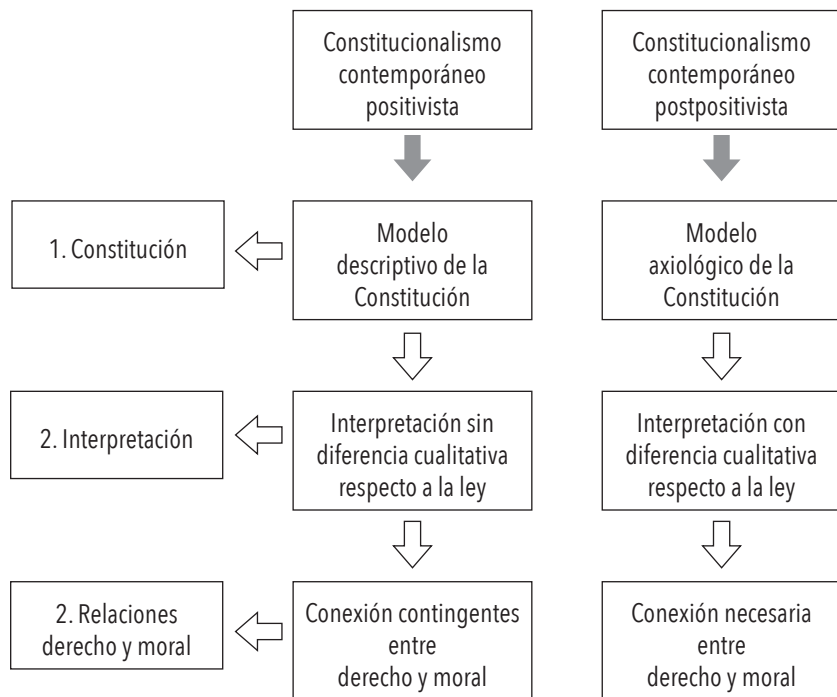
Señalado todo esto, y sin perjuicio de explicitar cuál es mi posición al final de este subcapítulo, en el Cuadro 1 ofrezco un breve resumen esquemático de la clasificación y categorías antes descritas, a fin de aportar una mayor ilustración del tema.

⁴⁵ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 14.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CUADRO 1: *Constitucionalismos positivista y no positivista*



1.1.4. Sobre el proceso de constitucionalización del derecho y el de constitucionalización de la política

1.1.4.1. La constitucionalización del derecho

Como fue reseñado, el constitucionalismo contemporáneo tiene relación directa con el proceso que se ha denominado “constitucionalización del derecho”; sin embargo, hasta el momento aún no he explicado mucho sobre él.⁴⁷

⁴⁷ Por cierto, *infra* me referiré también al proceso de “constitucionalización de la política”, al tratar las actuales tendencias de la jurisdicción constitucional contemporánea y, en especial, cuando aborde lo concerniente a la judicatura constitucional como promotora de la constitucionalización del derecho y de la política.

Constitución y jurisdicción constitucional

Al respecto, el cambio del rol de la Constitución —que ya he aludido— ha sido interpretado como el punto de partida de, entre otros elementos, un proceso de “constitucionalización del derecho”, el cual se traduce, entre otros factores, en un prolífico desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades y los derechos fundamentales acaecido en todos los países donde ahora funciona un sistema de justicia constitucional.⁴⁸ De esta manera, y bajo el umbral de la Constitución como pauta reguladora, se ha buscado “juridificar” todo el quehacer estatal. Aquí debe entenderse cómo la Constitución ha adquirido el estatus de norma jurídica especial en razón de su origen; el tipo de disposiciones que contiene o el rol que cumple, convirtiéndose en el parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico.

Citando a Louis Favoreu, tres serían los efectos directos que la “constitucionalización del derecho” ha traído consigo. El primero referido a las relaciones del poder; el segundo relacionado con el sistema de fuentes, y el tercero vinculado a la disciplina jurídica y sus diferentes contenidos. Sobre el primer aspecto, denominado “constitucionalización juridificación”, Favoreu menciona que, mientras que durante mucho tiempo el derecho constitucional fue un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio, en el cual la ciencia política tenía más importancia que el derecho, hoy en día los estatutos de los órganos de poder de un Estado, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas están ahora regidas por verdaderas reglas de derecho.⁴⁹

El segundo efecto directo de la constitucionalización del derecho es llamado por Favoreu “constitucionalización elevación”, y da cuenta del cambio observado respecto al sistema de fuentes o la producción de normas. Carré de Malberg, citado por Favoreu, afirmaba que el sistema de fuentes era esencialmente legislativo, en el sentido de que era la propia ley la que definía su propio campo de aplicación respecto al reglamento y respecto a la propia Constitución;⁵⁰ sin embargo, con el fenómeno de

⁴⁸ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 40.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

la constitucionalización de las ramas del derecho, es la propia Constitución (“formal” y “material”) la que ahora define, por una parte, la repartición de competencias entre el legislador y el poder reglamentario y, por la otra, entre el legislador y el constituyente.

La definición constitucional de la competencia del legislador se impone, entonces, no solo al poder reglamentario, sino además al propio legislador, privándolo del poder de autodefinir su propia competencia.⁵¹ Es indudable entonces que la modificación en la forma de distribuir las competencias de acuerdo con la “constitucionalización del derecho” aquí anotada tiene implicancias en la jerarquización o priorización del sistema de fuentes del derecho. Un buen ejemplo de ello es el caso de Francia, donde la constitucionalización de la repartición de las competencias estatales generó ciertos “deslizamientos” de algunas materias: parte de las materias reglamentarias pasaron a ser legislativas y parte de las legislativas pasaron a ser constitucionales.⁵²

El tercer efecto directo de la constitucionalización del derecho, la denominada “constitucionalización transformación”, está relacionado con la modificación de la comprensión de las diferentes disciplinas jurídicas y sus contenidos, las cuales van a comprenderse de acuerdo con parámetros constitucionales, o lo que razonablemente se desprende de ellos. Dicho con otras palabras, la constitucionalización de los derechos y las libertades, así como la de otros conceptos y nociones jurídicas, han influido en las demás ramas del derecho, modificando su contenido. Este impacto es perceptible en áreas como el derecho administrativo o en algunos aspectos del derecho procesal. Según Favoreu, aquello explica que hoy se hable, por ejemplo, de “derecho constitucional social, de derecho constitucional penal, de derecho constitucional civil, etc.”.⁵³ Michel Fromont, por su parte, señala que esta influencia se ha dado en el derecho alemán de distintas formas, ya sea porque ha generado la deducción de nuevas reglas de derecho, porque ha anulado las disposiciones contrarias, o incluso

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Cit. en idem.*

Constitución y jurisdicción constitucional

porque ha promovido la interpretación de las reglas existentes en un sentido que sea conforme a la Constitución.⁵⁴

Asimismo, debe resaltarse que la constitucionalización del derecho ha favorecido enormemente la unificación del orden jurídico (es la Constitución la que pasa a articular las diferentes áreas del derecho y relativiza la distinción entre derecho público y derecho privado), fenómeno al cual Favoreu califica como un efecto indirecto de la constitucionalización aquí descrita.⁵⁵ Por este motivo, para Favoreu, una anterior irradiación de los principios generales del derecho, los cuales tendían a sus desarrollados de manera algo autónoma en cada disciplina, se habría perdido paulatinamente, y habría dado paso más bien a un predominio de las normas constitucionales. Este efecto indirecto de la constitucionalización del derecho ha contribuido a relativizar la clásica distinción entre derecho público y derecho privado.⁵⁶

Por otra parte, de una manera más detallada, que algunos incluso pueden considerar canónica, Riccardo Guastini se ha encargado de sistematizar las características generales que identifican este fenómeno, pese a los diversos matices que sin duda podrían señalarse. En cualquier caso, Guastini indica como elementos que permiten identificar que un determinado ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado (ello sería imprescindible en los dos primeros elementos y graduable en el resto) a los siguientes:⁵⁷

⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁵ Los otros efectos indirectos de la constitucionalización del derecho serían, según Favoreu, la modernización del derecho (liberalización de la normativa hasta entonces vigente, así como su aplicación buscando una mejor protección de los derechos fundamentales) y la simplificación del orden público (la Constitución establece pautas que resuelven situaciones de conflicto normativo a nivel interno). Un análisis de este tema y de su aplicación en algún ordenamiento jurídico como el peruano se encuentra en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993...”, *cit.*, p. 178.

⁵⁶ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 154 y ss.; Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, pp. 159-162; Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 96.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

- a) Una *Constitución rígida*, es decir, que disponga de principios constitucionales explícitos e implícitos que no puedan ser modificados en modo alguno, ni siquiera frente a un eventual proceso de revisión constitucional. La mayor rigidez del caso se corresponde con un mayor efecto de “constitucionalización de todo el ordenamiento”. Aquí puedo aludir a lo que señala, por ejemplo, Josep Aguiló, quien, al identificar esta misma característica de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, afirma que el modelo clásico del Estado de derecho operaba con una separación fuerte entre derecho y política, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea de imperio de la ley, y políticamente en torno a la de soberanía (las leyes eran plenamente revisables). Sin embargo, el modelo actual de Estado constitucional habría acabado con esa separación, y ahora gravita en torno a la idea de Constitución normativa o regulativa, así como rígida en el sentido que sus normas no son revisables.⁵⁸

Según el mismo Aguiló, la presencia de una Constitución formal en un sistema jurídico-político tiene una trascendencia fundamental. En ese sentido, “la Constitución formal tiene, al menos, un contenido mínimo que incluye el principio dinámico del sistema jurídico-político, de forma que la Constitución crea las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos), pues, como es sabido, la acción política en el marco del Estado no es acción natural o amorfa sino acción constitucional”.⁵⁹

- b) De esta forma, el éxito de la Constitución formal se medirá por su nivel de eficacia o por su capacidad para estabilizar la conducta social, es decir que se determinará en función a que ella sea practicada en el sentido positivista de la expresión.⁶⁰

⁵⁸ Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, p. 247.

⁵⁹ Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, p. 36.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 37.

Constitución y jurisdicción constitucional

- c) La *garantía jurisdiccional de la Constitución*: la rigidez de la Constitución no sería factible si no se contara con un sistema de interpretación conforme a la misma y con el control de la constitucionalidad. En este caso, puede distinguirse básicamente entre los modelos de control americano y continental europeo (del que forman parte Italia, España, Alemania, etc.), aunque seguramente corresponde también hacer alusión a otro caso de interés, como es el de la evolución del modelo francés (de origen político, pero que ha sido objeto de un sustancial cambio sobre todo tras la reforma de 2008, concretada en 2010).⁶¹
- d) La *fuerza vinculante de la Constitución*: tradicionalmente, las normas (disposiciones) programáticas como las relativas a los derechos sociales o a los principios no tenían carácter vinculante; sin embargo, hoy en día todas las normas (disposiciones), con independencia de su estructura y contenido, son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. El proceso de constitucionalización, entre otros factores, ha supuesto dotar de contenido normativo a todas las disposiciones constitucionales. De esta forma, estas últimas han pasado de ser simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos a ser normas directamente aplicables y con carácter vinculante.
- e) La *sobreinterpretación de la Constitución*: esta se produce cuando los jueces y juezas constitucionales y ordinarios, así como los juristas en general, no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que además adoptan una interpretación extensiva, utilizando, por ejemplo, el argumento *a simili*, y extraen así del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, pero que también condicionan de forma

⁶¹ Por cierto, y como explicaré luego, tampoco debe perderse de vista la consolidación del llamado modelo del *Commonwealth* (o también “modelo débil” o “colaborativo” de justicia constitucional), el cual posiblemente ponga en cuestión la noción de garantía jurisdiccional de la Constitución, cuando menos en los términos en los que esta había venido siendo considerada.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

- f) *La aplicación directa de las normas constitucionales*: esta condición se encuentra relacionada con dos aspectos. Por un lado, la premisa de que la Constitución no solamente rige para las autoridades u órganos públicos, sino también para las relaciones entre particulares y, por el otro, con la presunción de que todos los jueces y juezas constitucionales pueden aplicar las disposiciones de una Constitución, e incluso normas programáticas o normas de principio. Estos rasgos no se presentaban en el constitucionalismo clásico, sino que se han ido conquistando de forma paulatina tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En otras palabras, y bajo el esquema del constitucionalismo clásico, la aplicación de las normas y principios de valor programático de la Constitución estaba sujeta a su desarrollo legislativo; sin embargo, con la nueva forma de interpretar la Constitución, las disposiciones constitucionales gozan actualmente de aplicación inmediata.

García Jaramillo⁶² también menciona este rasgo como característico del nuevo esquema constitucional, señalando que con la noción de constitucionalización se da a entender la irradiación de la Constitución —y particularmente de los derechos fundamentales— a todo el sistema jurídico, mediante la aplicación directa de los dispositivos constitucionales.

Sin embargo, y como bien anota Carbonell, el carácter normativo de la Constitución no implica negar que toda Constitución contiene un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro y como parámetro de legitimación del poder público.⁶³

- g) *La interpretación conforme de las leyes*: este aspecto se concentra ya no en la interpretación de la Constitución, sino

⁶² García Jaramillo, Leonardo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 219.

⁶³ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado...”, *cit.*, p. 159.

Constitución y jurisdicción constitucional

en la interpretación de la ley misma, y sugiere que frente a dos interpretaciones distintas de la ley se debe preferir aquella que más favorezca o se acerque al cumplimiento de un mandato constitucional.⁶⁴ García Jaramillo expresa esta misma característica en distintos términos. Según ese autor, la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En otras palabras, que si antes las normas tenían un valor meramente programático y los derechos solo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos.⁶⁵ La Constitución deja de ser entonces una pauta de control para pasar a convertirse en el parámetro por excelencia para la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no puedo terminar este acápite sin hacer mención a un proceso particular de constitucionalización que viene sucediendo desde hace más de 50 años. Me refiero al proceso de constitucionalización europea. En efecto, este proceso, también llamado de integración europea, presenta matices diferentes a los procesos de constitucionalización de otros Estados, por cuanto este proceso, entre otras consideraciones, se desarrolla dentro de un plano de carácter supranacional.

El proceso de integración europea se consolida en los años noventa. No obstante, es oportuno resaltar que el punto de partida de dicho proceso no se remite necesariamente a esos años. En efecto, coincido con Araceli Mangas cuando menciona que ya ha existido lo que podría denominarse una Constitución europea (o, por lo menos, claros indicios en ese sentido) desde 1951 y 1957, con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica (TCEEA/Euratom), respectivamente. En estos tratados se vislumbraba prematuramente una serie de

⁶⁴ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁵ García Jaramillo, Leonardo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 219.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

normas que apuntaban a una integración más allá de las fronteras de cada país.⁶⁶

Ahora bien, claro está que dichos tratados no son ni serán una Constitución en el sentido formal de la palabra, es decir, una norma fundamental que rige en todo Estado. Es por eso que cuando me refiero a una constitucionalización europea hago mención a la palabra Constitución, pero no en su sentido “formal”, sino en su sentido “material”. Apunto a ese común sentimiento de pertenencia a una comunidad de afectos que llevan a abrir un proceso constituyente para organizarse políticamente y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades.⁶⁷ Tratar de referirme a este proceso como una constitucionalización en sentido “formal” carece de sentido, por cuanto dicho proceso no se ajusta a la definición tantas veces mencionada por algunos autores sobre constitucionalización en sentido “formal”. Es más, si bien en esta integración europea se pasan a configurar instituciones con funciones similares a las de todo Estado, no es posible afirmar que estas sean en estricto las mismas.

Por otra parte, y si de una Constitución “material” se quiere hablar, entonces puede más bien decirse que, en varios de los tratados en los que se constituye la Unión Europea se encuentran características muy similares a las recogidas en la Constitución de un Estado cualquiera. En efecto, incluso en los denominados tratados fundacionales se pueden identificar elementos básicos de toda Constitución: una parte dogmática, una orgánica y un sistema de protección jurisdiccional.

Ahora bien, es necesario reconocer que de estos tres elementos bien se puede decir que la parte menos desarrollada fue y es la dogmática. Es más, en los denominados tratados fundacionales, esta parte apenas se vislumbraba en sus preámbulos.⁶⁸ Sin embargo, con el tiempo, esta carencia fue difuminándose, principalmente en mérito a lo planteado en la jurisprudencia del Tribu-

⁶⁶ Mangas, Araceli, “Reflexiones en torno al ‘proceso de constitucionalización’ de la integración europea”, *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, Madrid, Trotta, 2002.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 424.

⁶⁸ Nos referimos al TCECA, al TCE y al TCEEA/Euratom.

Constitución y jurisdicción constitucional

nal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), mediante la cual se les exige a los Estados miembros el respeto a los derechos fundamentales.⁶⁹

Asimismo, con el Tratado de Maastricht y el de Ámsterdam se reafirma este compromiso. El primero de ellos, como es de conocimiento general, es también llamado el Tratado de la Unión Europea (TUE), pues en él se acuña el nombre “Unión Europea”; sin embargo, basta con una revisión del entonces estado de la cuestión para comprobar que lo recogido en Maastricht no fue más que la consagración expresa de lo que se venía estableciendo mediante jurisprudencia del TJCE.

Por otro lado, especial importancia tiene el segundo de los tratados a los cuales recientemente he hecho referencia, pues es con el Tratado de Ámsterdam que se establece que la Unión Europea se rige por determinados principios comunes, los cuales fueron el principio de respeto a los derechos humanos, el de libertad, de democracia y el de Estado de derecho. Es así como los objetivos de la Unión ya no se reducen a los meramente económicos; por el contrario, estos apuntan a crear un espacio de paz y respeto en toda la Comunidad Europea. Es en este Tratado en el cual el concepto de ciudadanía europea es dotado de especial relevancia: en efecto, en este se trata de buscar que el vínculo entre los ciudadanos y la Unión Europea se acreciente y, por este motivo, el tratado busca fomentar la intervención comunitaria en problemas como el desempleo o el medioambiente; sin embargo, el hito más importante para la construcción de la parte dogmática es la Carta de los Derechos Fundamentales firmada en Niza, en 2000. En ella se consolida la obligación de todo Estado miembro de la Unión Europea al respeto de los derechos fundamentales de todo ser humano. Esta Carta, como menciona Araceli Mangas, constituye el instrumento de reforma y el elemento que impulsa el sentimiento común de pertenencia, para así fortalecer la identidad de la Unión Europea que se ha venido desarrollando hasta estos días.

Ahora bien, no son pocos los reparos que este fenómeno de la constitucionalización del derecho (o del ordenamiento jurídi-

⁶⁹ Mangas, Araceli, *op. cit.*, p. 428.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

co) ha recibido por parte de algunas voces especializadas en el área constitucional. Efectivamente, la constitucionalización del derecho ha sido criticada, por un lado, por constituir un riesgo al pasar del positivismo del legislador al positivismo de la judicatura y, por el otro, en atención a la dificultad que representa el determinar los límites de la discrecionalidad de los jueces y juezas constitucionales y el lugar que ocupa este movimiento en la teoría jurídica. Estas atingencias y preocupaciones serán algunas de las que de todas maneras aparecerán en los subcapítulos y capítulos siguientes del presente texto.

En todo caso, antes de pasar a ello, conviene explicar otro fenómeno de gran relevancia dentro de este proceso de constitucionalización: el de la llamada “constitucionalización de la política”. Luego de esto, en otro apartado abordaré una cuestión adicional que tiene también una estrecha relación con la actual comprensión del constitucionalismo o “constitucionalismo contemporáneo”: el denominado “proceso de convencionalización” del derecho (del ordenamiento).

1.1.4.2. La constitucionalización de la política

Históricamente, el nivel de relación entre la política y el derecho jamás fue sencillo. Es más: prácticamente al mismo tiempo que se iba comenzando a reconocer el valor normativo de la Constitución, comenzó a plantearse formalmente que el parámetro de control jurídico y actuación de acuerdo con consideraciones jurídicas no podía aplicarse a rajatabla a todos los poderes públicos, sobre todo si la naturaleza de estos era más claramente política.

Los caminos para llegar a esas constataciones no fueron los mismos. Tampoco lo fueron aquellas instituciones planteadas con ese fin; sin embargo, el sentido último de este esfuerzo siempre iba en una misma dirección: asegurar que existiera un conjunto de actuaciones tomadas por ciertas autoridades que no fueran susceptibles de revisión y hasta de corrección por jueces y juezas con base en pautas jurídicas, máxime si dicha pauta es una Constitución con valor normativo.

Constitución y jurisdicción constitucional

Así, vemos cómo ya en el caso de la Suprema Corte de Estados Unidos, al mismo tiempo que en *Marbury vs. Madison* se consagraba la interpretación constitucional vinculante conforme a la Constitución y el control de constitucionalidad, el juez Marshall, en esa misma sentencia, reconocía que existen ámbitos de actuación estatal dentro de los que no cabe aquella revisión jurisdiccional que él mismo está habilitando.

Lo ya esbozado en *Marbury vs. Madison* (1803) va a ser consolidado en un caso posterior: *Luther vs. Borden* (1849). Allí se plasman en rigor las *political questions*, o las “cuestiones políticas no justiciables”. Entre los alegatos para defender dicho reconocimiento estaba, cómo no, una división rígida de funciones y competencias propias del modelo estadounidense, presidencial y no parlamentario, federal y no unitario. En esa lógica, como bien apunta Zúñiga,⁷⁰ se buscaba, entre otras alegaciones, preservar diferencias entre el poder constituyente y los poderes constituidos y, además, fijar límites a la labor de los jueces o juezas, máxime si asumen roles propios de lo que hoy denominaríamos jueces o juezas constitucionales, formen o no parte de la judicatura ordinaria.

Ahora, si se quieren tener algunas especificaciones sobre los alcances de una cuestión política no justiciable, en primer término debe especificarse que desde *Marbury vs. Madison* se reconoce que los jueces siempre deben actuar en caso de que se encuentren en juego los derechos fundamentales de las personas involucradas⁷¹ y que, finalmente, a nivel estadounidense, la determinación de que una materia sea cuestión política no justiciable o no es jurisprudencial, antes que legal o constitucional.⁷²

⁷⁰ Véase al respecto Zúñiga, Francisco, “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas”, *Ius Et praxis*, Talca, Universidad de Talca, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 271 y ss.

⁷¹ Igual constatación la encontramos en Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 467, 508 y 514, o en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993...”, *cit.*, p. 180.

⁷² Lo expuesto no obsta para poder detectar casos en donde la redacción de algunos textos constitucionales pareciera consagrar que nos encontramos

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Más aún, es jurisprudencialmente que, a través de lo resuelto por la Suprema Corte Federal estadounidense en *Baker vs. Carr* (1962), se buscaron establecer dos materias de relevancia: los supuestos que serían justificantes para poder considerar una materia como cuestión política no justiciable y las pautas para poder ejercer control sobre una de estas cuestiones.

En ese tenor, los supuestos que permitirían hablar de que estamos ante cuestiones políticas serían los siguientes:

1. Materias confiadas constitucionalmente a reparticiones “políticas” dentro de cada gobierno.
2. Asuntos donde no existe una normativa judicialmente distinguible y aplicable.
3. Problemas donde debe darse una decisión política en materias reducidas a una discrecionalidad gubernativa (no judicial).
4. Eventualmente, en temas en los que es imposible que una decisión independiente de un tribunal “falte al respeto a otras ramas del Gobierno”.
5. Existir “necesidad inusitada” de adherirse a una decisión política ya tomada.
6. Considerar inconveniente que existan múltiples decisiones de varias reparticiones sobre un mismo tema.

Cierto es que los alcances de estos supuestos no son claros y su cumplimiento resulta bastante discutible; sin embargo, tiene la ventaja de proporcionar elementos que, ahora sí, y desde *Baker vs. Carr*, permite que se hable y hasta que se justifique la revisión jurisdiccional de situaciones calificadas como “cuestiones políticas no justiciables”, o *political questions*, pautas que hoy usan muchos jueces, juezas y tribunales constitucionales, e incluso tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de acuerdo con los criterios esgrimidos en casos como *Barrios Altos vs. Perú*.

Desde *Baker vs. Carr* se hace referencia a *matters of procedure* (cumplimiento de competencias, respeto a procedimientos o a

ante cuestiones políticas no justiciables. Es el caso, por ejemplo, del art. 200 de la Constitución de 1993, que parecería establecer a la declaratoria de un estado de excepción como una cuestión política no justiciable.

Constitución y jurisdicción constitucional

procesos) y a *matters of substance* (respeto a ciertos contenidos: derechos, bienes constitucionalmente protegidos, etc.) como pautas que justifican una revisión judicial de cuestiones políticas no justiciables. Dicho con otras palabras, se trata de alternativas dirigidas al juez o jueza constitucionales para garantizar con ello la “constitucionalización de la política”. Así, los políticos pueden y deben seguir haciendo sus actividades, pero sin perder de vista que en un Estado constitucional la política debe respetar parámetros jurídicos, en general, y constitucionales, en particular, siendo el juez o la jueza constitucionales los principales responsables de preservar ese proceso.

No son pocos los países que siguen parámetros de “constitucionalización de la política”. En este sentido, cabe resaltar la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, entidad que, en opinión de algún calificado autor, asume responsabilidades cercanas a las de un Tribunal Constitucional⁷³ y ha desarrollado jurisprudencia bajo esos parámetros. Se ha pasado de antecedentes recogidos en casos como *José Roque Pérez* o *Procurador Fiscal de Santa Fe* al planteamiento de “cuestiones políticas” en fallos como *Cullen vs. Llerena*; o el primer cuestionamiento a esa formulación desde el voto disidente del entonces juez Boffi Boggero en *Soria de Guerrero* (1963) hasta, finalmente, la incorporación de los criterios de *Baker vs. Carr*.

En esa misma línea de pensamiento, ya se ha descartado la consideración de lo electoral como una cuestión política irrevivable en casos como *Partido Intransigente* (1972) o *Frente Justicialista de Liberación* (1973).

El tratamiento inicial del tema en Europa continental es distinto. Si bien igualmente ha llevado a que, precisamente en una dinámica de “constitucionalización de la política”, puedan revisarse en sede jurisdiccional los denominados “actos políticos”, “actos de gobierno” o similares.⁷⁴ De este modo, se parte de la

⁷³ Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, ed. actualizada por Pablo Manili, Buenos Aires, Ediar, 2010.

⁷⁴ Es conocida la diferencia entre estos conceptos, pero apelo aquí a los puntos de consenso en su formulación: el intento de que existan actuaciones de autoridades o funcionarios que no sean susceptibles de control jurisdic-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

división, muy propia de una —en esa época— invocada coexistencia del entonces llamado “principio monárquico” con el “principio democrático”, de que hay una serie de decisiones tomadas por órganos políticos que no podían ser controladas por los jueces y juezas, y menos aún invocando una interpretación vinculante o un control de constitucionalidad.

En esa línea de pensamiento, se ha recurrido a la ponderación, la apuesta por el respeto a la tutela de derechos fundamentales o el acotado reconocimiento de libre configuración de la ley por el legislador; sin embargo, es especialmente interesante la alternativa de utilizar los criterios de control de la discrecionalidad administrativa para asumir la labor interpretativa, revisora y contralora que se reclama.⁷⁵

En ese tenor, se realizan análisis y labores de control en función de conceptos jurídicos indeterminados (p. ej., interés social o interés general); el control de los elementos reglados del acto (no todo es completamente discrecional en una actuación discrecional, pues siempre hay aspectos reglados en su configuración); el control basado en los denominados hechos determinados (elementos centrales que sirven como supuesto para tomar decisiones de carácter discrecional); el control en relación con los principios generales del derecho (que no solamente son orígenes o fundamentos, sino también parámetros de control) o, por último, el control en mérito a la finalidad de la actuación (con lo que se busca evitar abuso o desviación de poder).⁷⁶

En este tenor, es interesante conocer lo ocurrido en Alemania, donde el debate sobre las *politischen Fragen* fue central para habilitar el control constitucional de algunas leyes y medidas económicas dictadas por los distintos parlamentos y gobiernos luego de la Segunda Guerra Mundial, como sucedió con la Ley de Formación e Incremento de Precios, de 1948. Además, se utilizó la doctrina de la “justicia política” (*politische Justiz*) para enfren-

cional, máxime si el parámetro contralor es el texto constitucional, o lo que puede interpretarse o desprenderse de él.

⁷⁵ Véase al respecto Espinosa-Saldaña, Eloy, “Balance a veinte años de la vigencia de la Carta de 1993...”, *cit.*, p. 182.

⁷⁶ *Idem.*

Constitución y jurisdicción constitucional

tar temas como la disolución del Partido Socialista del Imperio (partido neonazi) y del Partido Comunista alemán, o la condena a actos terroristas provenientes de la Fracción del Ejército Rojo. En España, por su parte, el tema de los actos políticos tuvo una innegable relevancia en el tratamiento de temas como la desclasificación de los papeles del Cesid o la comprensión de la normativa utilizada contra la cúpula de Herri Batasuna.⁷⁷

Como bien puede apreciarse, con evidentes matices e imprecisiones, hoy un escenario clave para el constitucionalismo contemporáneo, con un importante alcance dentro de las labores otorgadas a jueces y juezas, es, sin duda, el de la denominada “constitucionalización de la política”. Garantizar que el quehacer político, de gran relevancia en el funcionamiento de cualquier sociedad, se encuentre inspirado o pueda ser controlado con base en principios, preceptos, derechos o bienes constitucionales es ahora una responsabilidad cada vez más propia de jueces y juezas constitucionales.

Lo expuesto, desde luego, abre la puerta al debate de materias con especial significado. Una de ellas tiene que ver con la determinación acerca de si corresponde a jueces y juezas constitucionales el control de políticas públicas. Quien escribe este texto, en la línea de lo resuelto por la Corte IDH en *Campo Algodonero vs. México*, considera que si bien al juez o jueza constitucionales no les toca en primer término dictar políticas públicas —pues es una tarea que, en principio, corresponde a otras autoridades—, sí deben garantizar que dichas políticas se configuren de acuerdo con principios y preceptos constitucionales. En ese tenor, considero que resulta interesante revisar sentencias como las emitidas por el Tribunal Constitucional peruano frente a la Ley Servir (Ley del Empleo Público), o frente a la Ley Universitaria de dicho país.

Al respecto, indudablemente genera debate lo referido a la inconstitucionalidad por omisión y a las denominadas “senten-

⁷⁷ Recomiendo aquí revisar a Bilbao Ubillos, Juan María, “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, pp. 277-312.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

cias estructurales”. La inconstitucionalidad por omisión, con importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Brasil o en Portugal, obliga a jueces y juezas —principalmente constitucionales— a tomar decisiones luego de constatar cómo el legislador sistemáticamente ha incumplido con el ejercicio de las competencias que constitucionalmente le han sido conferidas.

Las sentencias estructurales, cuyo antecedente se remonta al caso *Brown vs. Board of Education* y que han tenido un gran desarrollo en Colombia o Costa Rica, parten también de constatar un sistemático retardo en el inicio o la continuación de políticas públicas, lo que, además, genera una cada vez más grave vulneración de derechos fundamentales de múltiples personas. Ante ello, se ha asumido que los jueces y juezas constitucionales (responsables de concretizar las diferentes disposiciones, valores, principios y otros elementos que tienen todas las constituciones de los diversos Estados) están obligados a plantear la materialización de una serie de medidas que, en los hechos, implican lanzar o relanzar una política pública pendiente de plasmarse o cuyo desarrollo haya sido incompleto.

Convengamos que estamos ante escenarios muy polémicos, pero frente a los cuales se hace necesario tomar una posición, postura que, por cierto, no puede estar ajena a los aspectos que hoy caracterizan al constitucionalismo contemporáneo (limitación y configuración en beneficio de la cabal tutela de los derechos fundamentales, y búsqueda de una cada vez más completa eficacia de los preceptos constitucionales, así como de las obligaciones que esto genera).

En ese tenor, veo con simpatía que los jueces y juezas constitucionales asuman estas competencias dentro de sus actuales márgenes de acción, aunque, al ser estos temas vistos como materias límite (p. ej., cuando se recurre al uso de sentencias interpretativas de tipo manipulativo, en cualquiera de sus variables; o al dictado de sentencias estructurales), nos lleva, desde luego, a encontrarnos frente a un nuevo debate sobre la legitimidad y las limitaciones a los márgenes de acción que hoy caracterizan a todo juez o jueza constitucionales, tema sobre el cual volveré después.

Constitución y jurisdicción constitucional

1.1.5. Sobre el proceso de convencionalización del derecho y sus distintas implicancias para los diferentes jueces y juezas constitucionales

1.1.5.1. Anotaciones iniciales y control de convencionalidad

Según fue mencionado, luego de la Segunda Guerra Mundial se produjo un importante cambio en el escenario del reconocimiento y tutela de los derechos. Pero estos ya no solamente contarán con un nivel interno de protección, sino que dicho reconocimiento y tutela resultó potenciado con diversas previsiones en un plano internacional. Ello, como veremos, ha tenido un desarrollo que, tomando como referencia lo existente hasta ese instante, tuvo connotaciones insospechadas.

Sobre la base de la existencia de un cuerpo jurídico internacional que reconoce derechos vinculantes para diversos Estados, y de una institucionalidad encaminada a hacerlos valer, ha resultado necesario analizar la consistencia y plena vigencia de la configuración de un ordenamiento jurídico estatal “convencionalizado” (comenzando por la Constitución de cada Estado) en un sentido similar (aunque si bien con varias peculiaridades) a cómo los ordenamientos jurídicos legales se “constitucionalizaron” en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

Al respecto, se constata que no ha bastado con la mera incorporación formal de los tratados sobre derechos humanos a la diversa normativa de cada Estado en particular: el ordenamiento jurídico de dichos Estados en su conjunto ahora tiene que ser leído, comprendido y aplicado conforme a lo previsto en estos tratados, y de acuerdo con parámetros interpretativos más bien propios de aquello que se comprende como parte del derecho internacional de los derechos humanos.⁷⁸ Es más, ahora muchos de

⁷⁸ Ahora bien, esta nueva dinámica, incluso en fórmulas comunitarias como la de la Unión Europea, no conlleva una total desarticulación de todas las estructurales fundamentales políticas y constitucionales de los Estados que reconocen competencias convencionales. Véase, en ese sentido, Torres del Moral, Antonio, “Relación entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 65, 2006, p. 98.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

esos parámetros se aplican sin importar si han sido o no suscritos algunos de los tratados sobre el particular, pues muchas de estas disposiciones se cumplen al ser entendidas como normas de *ius cogens*.

Incluso, hoy vemos cómo gradualmente se consolida una dinámica en la cual hay Estados que progresivamente están más abiertos a cumplir sus compromisos internacionales y a las instituciones que se desarrollan; pero, al mismo tiempo, se aprecia una preocupación de los tribunales internacionales para la protección de derechos por establecer una interesante —pero todavía insuficiente— interacción con los operadores jurídicos de los diferentes Estados. De ese modo, hoy se intenta establecer una lógica de verdadero diálogo, mediante la cual se busca la construcción de una plataforma y un derecho común.⁷⁹

En ese sentido, puede constatarse cómo algunas instituciones internacionales (sobre todo aquellas responsables de interpretar de manera vinculante lo previsto en los tratados destinados a la tutela de los derechos humanos) buscan articular su comprensión de los derechos con la de los diferentes Estados en particu-

⁷⁹ Y es que, como bien anota Torres del Moral, la independencia estatal, que nunca fue total, ya que siempre tuvo que contar con las relaciones internacionales, ha sido reemplazada por un sistema de interdependencias, dentro del cual algunos Estados son más dependientes que otros. Esta interdependencia existente se materializa, por ejemplo, con la mundialización del mercado de bienes y de trabajo; los transportes transnacionales, la deslocalización de las empresas multinacionales; la internacionalización de una serie de aspectos (movimientos migratorios, sindicatos, partidos políticos, etc.), entre otros factores. Coincido entonces con Torres del Moral cuando señala: “[...] La crisis del Estado nacional se manifiesta, por consiguiente, en la convicción de su pequeñez para abordar ciertos problemas y de su desmesurado tamaño para resolver otros [...]”, aunque ello debe ir de la mano de reconocer el importante papel que todavía desempeñan los Estados nacionales, así como la constatación de que aún no se cuenta con un Estado mundial soberano. También debe anotar el importante papel que cumplen muchos Estados nacionales en la difusión del derecho internacional y su cumplimiento, y, añadiría yo, en el esfuerzo por construir un derecho común. Véase en ese tenor, Torres del Moral, Antonio, “Del Estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año IX, núm. 18, julio-diciembre de 2012, pp. 26-29.

Constitución y jurisdicción constitucional

lar. De hecho, en el caso europeo, se está yendo incluso más allá del ámbito de los derechos humanos y se incide en lo referido al derecho comunitario. En este sentido, si bien en Europa ha existido una tendencia de tratar “al derecho comunitario con criterios similares a los del derecho internacional”, calificados(as) autores(as) consideran que “la validez del derecho comunitario derivado no se determina en función de los principios generales del derecho internacional, pues los tratados han mutado su naturaleza jurídica, perdiendo su simple carácter de derecho internacional, para convertirse en un derecho originario constitutivo de la Unión Europea”.⁸⁰

Todo lo expuesto va abonando a favor de la consolidación de un *derecho común* para varios países, con base en la interpretación vinculante de diferentes tratados, ya sea porque han sido suscritos por nuestros países o en mérito a que han devenido en normas de *ius cogens*.

Ahora bien, esta configuración de un derecho común —proceso en el cual, cuando menos en lo referido al ámbito latinoamericano, la Corte IDH ha ido cumpliendo una muy importante labor— se encuentra muy lejos de estar completo y de no hallarse expuesto a múltiples riesgos. De aquí en adelante me voy a referir más a este proceso, aunque en principio desde la perspectiva de la experiencia regional latinoamericana.

Estamos, pues, ante los efectos de dos fenómenos: el que puede apreciarse más directamente es el de la internacionalización, convencionalización o desnacionalización del derecho (sobre todo del derecho constitucional, en donde para muchos la soberanía nacional y la Constitución estatal dejan de ser los últimos parámetros de legitimidad del ordenamiento interno). De la mano de esta dinámica va otra menos perceptible, pero no por ello de menor importancia: me refiero a la constitucionalización del derecho internacional (recepción de un lenguaje constitucional y elementos constitucionales en la literatura y la práctica

⁸⁰ Vidal, Carlos, “Tribunales constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, 2006, vol. 1.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

internacionalista, como lo demuestra, p. ej., la vocación de algún sector por cierto en una Constitución europea).⁸¹ Ambas confluyen en la configuración del *derecho común* al cual vengo haciendo referencia.

Por cierto, este conjunto de cambios en la comprensión de las cosas es y ha sido resistida hasta hoy por quienes entienden que ella distorsiona conceptos clave para el constitucionalismo, como el de la supremacía constitucional, la soberanía estatal o el ilimitado accionar del poder constituyente. La jurisprudencia europea es claro ejemplo de esto. Sobre ello, Carlos Vidal acota que, en el caso de España, “en su afán por mantener la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional llega a calificar a las normas comunitarias como “infra constitucionales”, en la STC 28/91”.⁸² Asimismo, advierte que “algunos tribunales constitucionales han ido configurando, a partir de la interpretación de la propia Constitución, algunos límites a la doctrina del TJCE. Alemania, Italia y España son tres ejemplos de ello”.⁸³

Al respecto, es verdad que la Constitución sigue siendo la norma que en el entorno estatal sustenta la legitimidad de la actuación de ese mismo Estado en función a ciertos valores, legitimidad que se sostiene en el reconocimiento de un conjunto de principios, derechos, procedimientos y competencias. Dicho esto, también es cierto que esta relevancia del rol constitucional no cambia si la comprensión de ese papel se realiza en función de pautas voluntariamente asumidas por la decisión soberana de cada Estado en particular, acerca de cumplir compromisos internacionales que (admitiendo que esto último es polémico) se presentan como el resultado de un consenso generalizado para una cabal vida en comunidad. Como bien señalara Germán Bi-

⁸¹ Coincido aquí con lo señalado por Manuel Núñez Poblete sobre la doctrina del margen de apreciación nacional en “La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, IJ-UNAM, 2012, pp. 3 y 4.

⁸² Vidal, Carlos, *op. cit.*

⁸³ *Idem.*

Constitución y jurisdicción constitucional

dart Campos, estos parámetros, voluntariamente asumidos o consensuados, pueden incluso operar como límites heterónomos al constituyente futuro.

Señalado esto, ¿cómo se ha concretizado entonces esta convencionalización del derecho? ¿De qué modo se viene configurando una especie de derecho común convencionalizado? Por lo menos en América Latina se cuenta con tres instrumentos de vital importancia al respecto: el control de convencionalidad; el uso de audiencias y de sentencias de seguimiento por la Corte IDH, y los alcances integrales de las resoluciones emitidas por ese Tribunal de tutela de derechos humanos. Visto así, debe tenerse presente que, dentro de esta búsqueda de “convencionalización” de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, el control de convencionalidad promovido por la Corte IDH posee un papel central en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).⁸⁴

Cuando se habla de control de convencionalidad se está haciendo referencia a la labor de contraste entre lo recogido en principio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —pero también en otros instrumentos internacionales— y lo previsto en la normativa nacional, incluyendo las interpretaciones que le da el juez o la jueza a esta última. Se trata de una obligación que deben ejercer de oficio en primer término los jueces y juezas ordinarios (situación ampliada en el caso iberoamericano a otros funcionarios públicos de un Estado en particular, como veremos), pero posteriormente, la Corte IDH en forma complementaria puede hacer correcciones a la interpretación hecha en el ámbito estatal de considerarlo necesario.

Ello, en rigor, debe concebirse en primer término como la obligación de entender los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales de acuerdo con los parámetros convencionales (interpretación conforme) y, en segundo lugar, como una atribución confiada a tribunales como la Corte IDH, así como a aquellas en-

⁸⁴ En sede judicial desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), e incluso exigido a la actuación de otras autoridades en el pronunciamiento de supervisión sobre el cumplimiento de la sentencia emitida en casos como *Gelman vs. Uruguay* (2013).

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

tidades dentro de cada país habilitadas para inaplicar normas por reputarlas inconstitucionales, a dejar de lado una norma interna (aun cuando tenga rango constitucional) si la misma vulnera o establece menores parámetros de tutela que los parámetros (normativos o jurisprudenciales) de carácter convencional.⁸⁵

La configuración de este control de convencionalidad, cuando menos en el ámbito del SIDH, ha sido producto de una evolución, la cual ha llevado a que la adecuación de la normativa nacional a los parámetros convencionales (objetivo de esta técnica) implique la adopción de medidas en dos vertientes: por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier tipo que impliquen una violación a lo previsto en la CADH u obstaculicen su ejercicio y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas que permitan la cabal observancia de lo prescrito en este importante tratado de tutela de derechos humanos, así como el cumplimiento de toda otra convención o declaración incluida en principio dentro del SIDH (Protocolo de San Salvador, Convención de Belém do Pará para la erradicación de la violencia contra la mujer, etcétera).

En este proceso cumplen un papel central dentro del SIDH las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte IDH, que, junto con la CADH, operan como parámetros vitales para el ejercicio de control de convencionalidad en el escenario interamericano. Lo expuesto, por cierto, no descarta que se usen como ele-

⁸⁵ La formulación específica del control de convencionalidad, como postura de la Corte IDH se plasmó, como se adelantó, en *Arellano Almonacid vs. Chile* (2006), misma que se ha seguido en casos como *Vargas Areco vs. Paraguay*, “*La Cantuta*”, entre otros. Incluso dicha formulación ya había sido adelantada en los votos singulares del magistrado Sergio García Ramírez en casos como el de *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) o *López Álvarez vs. Honduras* (2006), pero sobre todo en *Tibi vs. Ecuador* (2004). Incluso cabe alegar que en fallos anteriores de este alto Tribunal ya se habían adelantado criterios similares (en ese sentido puede citarse, p. ej., *Suárez Rosero vs. Ecuador*; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*; *Barrios Altos vs. Perú*; *Palamara Iribarne vs. Chile*; *Castillo Petruzzi vs. Perú*; “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*”) En el mismo sentido, Castillo Calle, Manuel Arnaldo, “El control de convencionalidad: criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Gaceta Constitucional*, Lima, *Gaceta Jurídica*, núm. 71, noviembre de 2013, p. 316.

Constitución y jurisdicción constitucional

mentos de este proceso de convencionalización a instrumentos y pronunciamientos provenientes del Sistema Universal para la resolución de diversas controversias.⁸⁶

Esta evolución del control de convencionalidad también se hace patente en otros importantes aspectos. Uno de ellos es, sin duda alguna, el de los órganos que deben ejercer dicho control. Hoy se habla de dos tipos: el concentrado, ejercido por la Corte IDH, y el difuso, por los Estados, a través de sus autoridades, donde a los jueces y juezas constitucionales latinoamericanos les toca un papel central.

Los alcances de esta tarea interpretativa y, eventualmente, contralora (de la cual no escapa norma alguna del ordenamiento jurídico del Estado involucrado) van entonces, como se ha dicho, desde la formulación de interpretaciones conformes de lo impugnado (para así asegurar su compatibilidad con el parámetro convencional) hasta la inaplicación o anulación de la normativa o actuación interna cuestionada.

Asimismo, es importante anotar que, muy a despecho de su actual amplitud y la lógica expansiva en la cual hoy se desenvuelve el control de convencionalidad, por lo menos en América Latina, lo expuesto nos lleva a un escenario donde incluso cabría inaplicar la norma interna contraria a parámetros provenientes de otros tratados que no son la CADH,⁸⁷ posibilidad que no se

⁸⁶ En este último aspecto se han dado cambios importantes que conviene resaltar: y es que, en principio, y de oficio, la labor de control de convencionalidad estaba confiada dentro de cada Estado a sus jueces y juezas. Ahora bien, a partir de casos como *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) o *Gelman vs. Uruguay* (2011), y con toda claridad desde la sentencia de cumplimiento o supervisión de *Gelman* (2013), la Corte señala que esta labor interpretativa y contralora corresponde a todos los poderes públicos, en cuanto operadores del derecho. Se trata de una postura cuyo valor ético y técnico nadie discute, pero que bien puede generar algunos problemas en su materialización, siendo entonces necesario explicar cuáles son sus alcances, por ejemplo, en lo referente a la inaplicación de normas internas contrarias a parámetros convencionales, tema que, por cierto, hemos tratado de explicar en el presente texto.

⁸⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en cumplimiento de tratados vinculados con la lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el lavado de activos, ha desarrollado una interpretación convencionalizada

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

considera solamente habilitada para la Corte IDH, sino también para los jueces y juezas y, fundamentalmente, para los tribunales constitucionales de cada Estado parte (de allí su especial relevancia para el presente trabajo). Ahora bien, justo es anotar que esta postura, para muchos técnicamente inobjetable, tiene también sus problemas o limitaciones para materializarse.

¿Nos encontramos entonces ante un escenario (el de la convencionalización del ordenamiento jurídico estatal) ideal para todos(as)? ¿La lógica que le inspira acoge y respeta el carácter plural de nuestras sociedades sobre el cual hoy debaten los diferentes jueces y juezas constitucionales, si nos encontramos, por ejemplo, ante parámetros interculturales, multiculturales o pluriculturales, con todo lo que ello involucra? ¿Basta entonces, como señalan algunos defensores de este ideal de “convencionalización”, con recurrir a modulaciones interpretativas?⁸⁸ ¿Puede recurrirse en este escenario al auxilio de técnicas como la del margen de apreciación de los Estados, habitualmente utilizada, por ejemplo, en el ámbito europeo?

Considero que estamos ante un debate de innegable relevancia, en donde difícilmente hay respuestas últimas, finales y rígidas. Con base en ello, en otro apartado realizaré algunas aproximaciones conceptuales, planteando en primer lugar si en el ámbito interamericano ayuda el contar con mecanismos como el de las audiencias y resoluciones de cumplimiento de sentencias con alcances que se reclaman integrales o, como se invoca más en Europa, sería más bien conveniente recurrir a otras técnicas como el del margen de apreciación de los Estados. Ello luego me permitirá formular algunas consideraciones sobre cómo estimo que debe abordarse el tema de las relaciones entre el derecho interno y lo previsto en el plano del derecho internacio-

de sus competencias que va más allá de lo que pudiera deducirse de una lectura literal de la Constitución hoy vigente en Perú, recurriendo para ello a la aplicación de tratados diferentes a la CADH. En ese sentido véase, por ejemplo, lo recogido en la sentencia y en nuestro fundamento de voto en el caso *Nadine Heredia Alarcón* (STC 05811-2015-/HC/-TC).

⁸⁸ Sagüés, Néstor Pedro, “La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano”, *Libro de Ponencias del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tucumán, 2013.

Constitución y jurisdicción constitucional

nal de los derechos humanos, con normativa, jurisprudencia y prácticas que ya no solo son parte del derecho interno, sino que se superponen a aquellos elementos del derecho interno que le contradigan, o, por lo menos, que obstaculicen su materialización. Se trata, qué duda cabe, de un tema importante si estamos discutiendo sobre los alcances y límites de la labor de un juez o una jueza constitucionales.

1.1.5.2. El carácter de reparación integral buscado con las sentencias de la Corte IDH, su aporte en la configuración de un derecho común y las dificultades que involucra el cabal cumplimiento de estas resoluciones, tanto para los jueces y juezas constitucionales como para los convencionales

Como se ha anotado en diversos textos, la Corte IDH puede establecer diversas medidas de reparación que debe cumplir un Estado tras ser condenado en un caso concreto. Es más, hoy existe cierto consenso en que estas medidas pueden ser agrupadas en medidas de satisfacción, de rehabilitación, de restitución y de no repetición. La dificultad viene para el juez o la jueza constitucionales de dos maneras: la primera, sin duda más evidente, está relacionada con su responsabilidad de hacer cumplir las sentencias de las cortes supranacionales, con todas las medidas que ellas incluyan. La segunda, muchas veces muy discutida, se encuentra vinculada a si le corresponde a los jueces y juezas constitucionales, cuando resuelven conforme a parámetros convencionales, poder aplicar este tipo de medidas. Para aclarar mejor qué involucra lo que acabo de sostener, explicaré en qué consisten este tipo de medidas:

- a) *Medidas de satisfacción.* Mediante las cuales se busca revertir el perjuicio ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones que el Estado tiene de respetar y garantizar los derechos recogidos en la CADH. Algunas de las medidas de satisfacción susceptibles de ser invocadas son: la publicación de las sentencias involucradas o el reconocimiento público de responsabilidad, entre otras.
- b) *Medidas de rehabilitación.* Por medio de las que se concede asistencia médica y psicológica gratuita e inmediata a las

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

víctimas de violaciones a sus derechos. Algunas de ellas son: la entrega o prestación de medicamentos, la prestación de tratamientos especializados, entre otras.

- c) *Medidas de restitución.* Mediante las que se intenta volver a la situación existente antes de producirse la violación de los derechos de la(s) víctima(s). Dentro de estas medidas puede incluirse, por ejemplo, al pago de indemnizaciones, el pago de costas, el reintegro de gastos, la anulación de antecedentes judiciales o la entrega de la información solicitada.
- d) *Medidas de no repetición.* Con las cuales se busca evitar que se siga dando en la realidad aquel contexto declarado como violatorio de los derechos. Se encuentran dentro de esta categoría la capacitación de funcionarios públicos y la adecuación de la normativa interna del Estado condenado a los parámetros establecidos en la CADH o los que se desprenden de ella.

Esta alternativa —la de tener prevista la formulación de reparaciones que pueden incluir diversos aspectos— cuenta sin duda con una serie de ventajas. En términos de la configuración de un derecho común, ayuda contar con una resolución que especifica todos sus extremos, pues así no existe margen de error frente a lo que se quiere obtener, y quedan plenamente explicitados los alcances que se les da a las disposiciones de la CADH, así como la convencionalidad o no convencionalidad de una norma o una situación en particular. Ahora bien, justo es anotar que, precisamente por la diversidad de aspectos que dentro de este modelo puede incluir una resolución de la Corte IDH, su cumplimiento también puede tener algunas dificultades, tanto para los jueces y juezas convencionales como para los constitucionales.

Y es que en varios casos puede alegarse que las medidas planteadas no son fáciles de cumplir, ya sea por motivos fácticos (p. ej., no es fácil ubicar restos humanos perdidos durante largo tiempo) o por consideraciones políticas o sociales internas que pueden generarse en mérito a lo resuelto en algún caso en particular (por creerse que, con razón o sin ella, lo resuelto por la Corte IDH puede producir eventuales y hasta poco deseables fricciones).

Constitución y jurisdicción constitucional

Desde luego, no es posible negar la validez de estas aseveraciones, especialmente en algunos casos; sin embargo, ello tiene más que ver con la prudencia o la previsión de consecuencias de los juzgadores y juzgadas a la hora de resolver. También puede recurrirse, como me permití en su momento sugerir al ex-presidente de la Corte IDH, Roberto Caldas, el establecimiento de grupos de trabajo destinados a facilitar el establecimiento de prioridades ante aquellos escenarios de reiterado incumplimiento de lo exigido.

Y es que, justo es anotar, muchas de las alegaciones formuladas por parte de los Estados para no honrar lo comprometido con la Corte IDH no cuentan con asidero suficiente, buscando con ello más bien eludir el cumplimiento de obligaciones ya asumidas, aunque —también debemos anotar— no es así en todos los casos. No olvidemos en este contexto —y de allí la importancia de esta materia para el presente trabajo— que los jueces y juezas constitucionales son o van siendo cada vez más jueces y juezas convencionales. Aquello no solo porque deben estar implicados en el cumplimiento de sentencias o de criterios establecidos a nivel convencional, sino debido a que, por lo menos en el contexto interamericano (y hasta el ordinario u ordinaria) tienen que resolver conforme a parámetros convencionales e, incluso, deben inaplicar las normas nacionales que sean incompatibles con las prescripciones o las interpretaciones vinculantes a nivel convencional, fórmula no reconocida a los órganos jurisdiccionales constitucionales u ordinarios de otros sistemas regionales de protección de derechos.

*1.1.5.3. ¿Audiencias y sentencias de seguimiento
o margen de apreciación de los Estados como alternativa
más favorable para la consolidación de un derecho común?
¿Qué le toca al juez o jueza constitucionales
en estos escenarios?*

La evolución de lo inicialmente previsto y el debate existente sobre el tema aquí analizado, por lo menos dentro del SIDH, como bien puede apreciarse, han sido muy dinámicos e importantes. Esta preocupación, además, ha sido desarrollada en un contexto

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

en donde la Corte IDH, buscando asegurar el cumplimiento de sus sentencias, ha pasado a indicar, mediante una serie de audiencias de seguimiento o cumplimiento, qué es lo que deben hacer los Estados, en general, y los jueces y juezas constitucionales, en particular, para reparar el daño causado a la(s) víctima(s), dejando así muy poco margen de acción para una eventual intervención estatal en un sentido distinto.

En lo recientemente expuesto, como bien puede comprobarse, no existe coincidencia con lo previsto para las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, a las cuales se les puede calificar como obligatorias, mas no como ejecutivas y, por ende, la efectividad en su ejecución no se respalda en que dicho Tribunal cuente con un sistema de ejecución forzosa de sus decisiones, sino en las condiciones internas que cada Estado establezca al respecto, contando con libertad para determinar cómo finalmente cumple con el fallo del Tribunal y cómo se repara a la víctima.⁸⁹ En este contexto, el papel de los tribunales constitucionales europeos es, sin duda, distinto al que tienen en la dinámica interamericana. Dicho con otras palabras, la Corte IDH no solo tiene incidencia durante el desarrollo del proceso que debe tramitar, sino que, a diferencia de lo que sucede en otros modelos regionales, conduce directamente la fase de ejecución de lo que resuelve.

Esta particular perspectiva manejada por la Corte IDH le ha llevado a construir, como ya adelantábamos, una dinámica de supervisión de sus propias sentencias, la cual entró en vigor desde el 1 de junio de 2001 frente a cinco pronunciamientos en los cuales se condenó al Estado peruano, a saber, en los casos: *Castillo Páez*, *Loayza Tamayo*, *Castillo Petruzzi y otros*, *Baruch Ivcher y Tribunal Constitucional*. Como era de esperarse, la Corte IDH buscó justificar el desarrollo de esta competencia. Para ello, por un lado, alegó realizar una interpretación sistemática de varios preceptos de la CADH, debido a que no existe artículo alguno

⁸⁹ Una buena síntesis sobre las diferencias existentes al respecto es la de Mosquera Monelos, Susana, “Perú ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del Estado y los estándares internacionales de protección de derechos humanos”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *op. cit.*, pp. 339 y ss.

Constitución y jurisdicción constitucional

que expresamente le asigne a la Corte IDH la posibilidad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias y, por el otro, apeló a la naturaleza de los casos que en ese momento debía resolver este importante colegiado.

Explico ahora con algo más de detalle los alcances de estas últimas afirmaciones: en primer término, y ante la ausencia de artículos que expresamente le otorguen esa competencia, la Corte IDH ha justificado su actuación en la invocación (por separado o en conjunto) de lo dispuesto en diversas disposiciones de la CADH, entre las que destacan el reconocimiento de su carácter de órgano protector de los derechos humanos (art. 33), su competencia obligatoria general (art. 62.1), su competencia especial para interpretar y aplicar la CADH (art. 62.3) y, sobre todo, su responsabilidad de presentar a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) un informe en el que debe señalar los casos en los cuales un Estado no ha dado cumplimiento a sus fallos (art. 65).

Ahora bien, esta es indudablemente una parte importante de la sustentación de la competencia supervisora que se autoatribuyó este alto Tribunal, pero no resulta el único elemento a tomar en cuenta. También se ha justificado la postura asumida en el tipo de controversias que —hasta 2001, e incluso hasta hoy— mayoritariamente le ha tocado conocer y resolver, en donde se han visto situaciones en las cuales la gravedad de las violaciones en que habían incurrido algunos Estados aconsejaba que dicha Corte —normativamente facultada para hacerlo— regulara de manera detallada y exhaustiva todo lo que debe hacerse para así poder reparar el daño ocasionado.⁹⁰

Así es como se ha configurado y sustentado un mecanismo de supervisión de sentencias con convocatoria a audiencias a los Estados, con la finalidad de asegurar si estos han cumplido con la sentencia en la que fueron condenados —llamada hoy también sentencia de reparaciones y costas—, y con la emisión de sentencias de supervisión o de cumplimiento, requiriéndose en varias oportunidades más de una sentencia de cumplimiento por caso resuelto. Hasta ahora, la Corte IDH ha recurrido a este mecanis-

⁹⁰ En ese sentido, *idem*.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

mo de supervisión de sentencias en más o menos 300 casos, siendo alrededor de 70 vinculados a fallos contra el Estado peruano, emitidos en función de hechos ocurridos en las décadas de los ochenta y noventa.

Incluso, resulta cada vez más notoria la preocupación de la Corte IDH por involucrar a los diferentes jueces constitucionales en la ejecución de sus sentencias. En este sentido, es paradigmática una todavía reciente decisión de la Corte IDH mediante la cual se ordena al Estado peruano archivar una acusación constitucional (mezcla de juicio político y antejuicio) contra aquellos cuatro magistrados del Tribunal Constitucional del Perú que estaban asegurando el cumplimiento de lo resuelto por la Corte IDH en *Durand y Ugarte vs. Perú*.

Ahora bien, este gran poder de la Corte IDH ha generado muchas preocupaciones en diversos sectores. Para atenderlas, desde el mismo SIDH se han venido dando algunas respuestas.

Es en este contexto donde adquiere especial relevancia un mecanismo utilizado en el SIDH, destinado a que la Corte IDH, a pedido del Estado que fue emplazado y recibió en algún proceso un pronunciamiento de ese alto Tribunal, emita una sentencia de interpretación de los alcances de sus propios fallos. Bien se ha señalado que, en un escenario en donde la incidencia de la Corte IDH es a todas luces muy fuerte, lo que viene buscando el Estado cuando solicita que se dicte una de estas sentencias de interpretación es una modulación del pronunciamiento emitido, una adaptación del mismo a sus propias reglas de derecho interno y, justo es anotar, la reducción del monto de lo que debe indemnizar⁹¹ (tema de especial relevancia para los Estados, por las connotaciones económicas e incluso políticas que involucran estas indemnizaciones que, como bien se conoce, no se quedan en el otorgamiento de sumas de dinero a las víctimas o a sus beneficiarios).

Debe tenerse presente que en estos casos estamos ante una regla de aplicación del derecho, vinculada al margen con el que cuentan las autoridades estatales para adaptar las obligaciones

⁹¹ Véase al respecto, entre otros, *ibidem*, pp. 341 y 342.

Constitución y jurisdicción constitucional

internacionalmente establecidas o explicitadas a su propia realidad. No estamos entonces frente a una regla de interpretación o para la interpretación de lo resuelto, alternativa más bien relacionada con un ámbito de flexibilidad normativa, una zona o espacio dentro del cual los Estados cuentan con libertad de acción para limitar el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos sin que puedan ser sancionados por ello. Un buen ejemplo de esta posible modulación o flexibilización, con todos sus riesgos, son las previsiones de la Ley peruana 27775, Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales,⁹² materia a la cual me he referido en otros trabajos.

Sin desmerecer la importancia de todas estas construcciones jurisprudenciales y doctrinarias, así como de su apoyo normativo, es oportuno anotar que por cuanto y en tanto muchas veces es posible encontrar una pluralidad de valoraciones en materia de derechos, muchos consideran necesario asegurar que los órganos internacionales o supranacionales no puedan en todos los casos descartar sin más comprensiones distintas a las suyas, basadas en una valoración de circunstancias particulares que permitirían configurar una versión o entendimiento local de los derechos involucrados. Estas aseveraciones, junto con otras similares, son las que han permitido en Europa pasar a la configuración de la doctrina del “margen de apreciación de los Estados”.

Resulta indispensable señalar que la conformación de la doctrina del margen de apreciación nacional ha tenido críticas y críticos en el mismo contexto europeo. Así, García Roca, entre otros autores, ha destacado el origen poco claro de la misma; la

⁹² Norma establecida en Perú para facilitar la ejecución de sentencias emitidas por tribunales como la Corte IDH, estableciendo un procedimiento para que la judicatura ordinaria garantice el cumplimiento de estos diferentes pronunciamientos. Con ello no quiere decirse que la ejecución en cuestión solamente comprometa a la judicatura ordinaria, sino que dichos jueces determinarán en un principio a que reparación estatal peruana le corresponderá iniciar la materialización de lo previsto en los distintos extremos de lo resuelto, bajo parámetros que no se han liberado de más de algún cuestionamiento.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ausencia de mención y debate sobre sus alcances en los trabajos preparatorios de la normativa que hoy compone el Sistema Europeo; su débil configuración, la cual permite aplicaciones variadas y hasta contradictorias de lo que puede abarcar, así como una discrecionalidad en su comprensión que ya linda con la arbitrariedad; o la falta de sistematización de sus diferentes componentes.⁹³ Aun cuando puede coincidirse en que dicha doctrina tiene todas estas debilidades (y, por ende, que resulta más confiable recurrir a alternativas como las audiencias y sentencias de seguimiento o cumplimiento), también es cierto que el margen de apreciación de los Estados no solo ha sido invocado en reiteradas oportunidades en el Sistema Europeo, sino que hoy algunos abogan por su aplicación en el SIDH y, otros inclusive, hacen referencia a casos en los cuales esta doctrina ya se habría materializado.

Para que puedan tenerse suficientes elementos de juicio sobre la pertinencia de invocar esta doctrina en el SIDH (con su consiguiente aplicación por Estados como el peruano), conviene entonces presentar, siquiera puntualmente, los alcances de dicha postura doctrinaria. En ese contexto, cabe señalar primero que el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva como en la estructural,⁹⁴ tiende a identificarse como el

⁹³ Véase al respecto García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 117 y ss. Es más, y como anota el mismo García Roca en otro de sus trabajos, la propia naturaleza procesal del margen de apreciación de los Estados no es clara, acercándose más bien a un principio ordenador del proceso (con un alcance material y no formal), un argumento consustancial de los derechos contenidos en el tratado internacional. Véase al respecto García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010, pp. 219-244.

⁹⁴ Aquí se hace referencia a denominaciones explicadas, entre otros, por Letsas. La faceta sustantiva de esta doctrina está vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos colectivos. Su faceta estructural se encuentra relacionada con la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales. Conviene revisar entonces Letsas, George, *A Theory*

Constitución y jurisdicción constitucional

ámbito de deferencia que los órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas judiciales y administrativas nacionales, para que así estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁹⁵

Lo recientemente expuesto implica que en Europa se le reconoce un margen de acción a los Estados para que —por citar los casos más frecuentes— estos puedan apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad; o definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno de su Estado en particular. Incluso, los defensores del margen de apreciación nacional suelen decir que este facilitaría la actuación de su Estado en la determinación del sentido del derecho interno y en la definición del modo en que se cumplirá una resolución emitida por un órgano internacional responsable de la supervisión de un tratado.

Bajo parámetros como los aquí descritos se encuentra un frecuente uso del margen de apreciación de los Estados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aunque con una especial incidencia en temas como el de revisión de medidas vinculadas a derechos como la libertad y seguridad individual (recogidos en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]); el debido proceso (art. 6); la intimidad (art. 8); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9); la libertad de expresión (art. 10), o las libertades de asociación y reunión (art. 11).

El margen de apreciación también es invocado si de lo que se trata es de fijar los alcances de la cláusula de no discriminación (igualdad) del artículo 14 del CEDH o de determinar las repercusiones que pueden tener sobre el ejercicio de los diversos

of Interpretation of the European Conventions of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 80 y ss.

⁹⁵ En ese mismo sentido, Núñez Poblete, Manuel, *op. cit.*, p. 5.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

derechos la declaratoria y vigencia de un estado de emergencia conforme al artículo 15 del Convenio.

Justo es anotar cómo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también es posible encontrar la aplicación de pautas que bien pueden entenderse como muy cercanas al margen de apreciación.

En ese sentido se encuentran, por citar solo algunos casos, desde el ya antiguo *Henn y Darby* (1979) hasta otros destacables como *Sindar* (1999); *Haim* (2000); *Ferring* (2002); *Schmidberger* (2003); *Omega* (2004) o *Karner* (2004). En cualquier caso, lo cierto es que, por lo menos en el caso europeo, el posible rol del juez y de la jueza constitucionales en el escenario de la convencionalización europea no parece estar tan claramente determinado, pero aquello no quiere decir que sea una cuestión a no tomar en cuenta.

Estamos, pues, ante una cuestión de innegable relevancia, en donde difícilmente hay respuestas últimas, finales y rígidas. Queda planteada la necesidad de esclarecer cómo, y desde los actuales alcances de la labor de jueces y juezas constitucionales, debe abordarse el tema de las relaciones entre el derecho interno y lo previsto en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, con una normativa, jurisprudencia y prácticas que no solo no forman parte del derecho interno, sino que incluso se superponen a aquellos elementos del derecho interno que le contradigan o, por lo menos, que obstaculicen su materialización. Ello es algo que, desde luego, es muy difícil esclarecer ahora con detalle, sin perjuicio de lo que he adelantado aquí y en otros trabajos.⁹⁶

⁹⁶ Cfr. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Cuando el juez(a) constitucional latinoamericano(a) olvida su labor de convencionalización del derecho: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina”, *Ius et veritas*, núm. 54, julio de 2017; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXI, 2015.

Constitución y jurisdicción constitucional

1.1.6. ¿Qué debe entenderse entonces por constitucionalismo contemporáneo?

Bien, con lo anotado hasta el momento, considero que finalmente estamos en posibilidades de indicar, de manera tal vez más concisa y directa, lo que entendemos por “constitucionalismo contemporáneo”. Y es sobre esta base que pueden entenderse de mejor modo tanto el rol como las posibilidades y límites con los que cuenta la judicatura constitucional, en especial la que es ejercida por las más altas magistraturas.

Señalado esto, y volviendo a traer a colación algunas cuestiones ya abordadas, entiendo por “constitucionalismo contemporáneo” la teoría o paradigma jurídico que surgió a mediados del siglo XX, y más específicamente en el periodo de la posguerra, en contraposición tanto al positivismo legalista como a la ideología del constitucionalismo moderno (de talante iusnaturalista).⁹⁷

Esta nueva teoría se manifiesta principalmente en lo que, como indiqué, se ha denominado proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, el cual implica que la Constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho (así como también toda la vida social, política, económica o cultural de una comunidad), lo cual, desde luego, supone un cambio significativo en cuanto a la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como de la forma de entender la relación entre derecho y moral.

En este sentido, teniendo asimismo en cuenta la existencia de dos concepciones sobre el constitucionalismo contemporáneo (“constitucionalismo positivista” y “constitucionalismo no-positivista”)⁹⁸ y, desde luego, sin perjuicio de ciertos matices y atinencias que podré desarrollar más adelante, conviene ahora precisar que estamos más próximos a una concepción pospositivista de constitucionalismo. Se dice aquello en la medida en que, como he tenido ocasión de explicar en otro lugar, considero que el derecho (o mejor aún, “decir el derecho”) significa e implica mucho más que adscribir significados a textos jurídicos, y que

⁹⁷ He adelantado algo sobre esto en el apdo. 1.1.1.

⁹⁸ He hecho referencia a ello en el apdo. 1.1.2.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ello, en el marco del ordenamiento constitucionalizado, implica resolver conforme a valores y principios, con las consecuencias metodológicas que de ello se derivan.⁹⁹ Es decir, puede hacerse referencia a una suerte de positivización de elementos con origen iusnaturalista, si cabe.¹⁰⁰

1.2. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y JUSTICIA O JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Ya he resaltado que las constituciones actuales reconocen los derechos que consideramos fundamentales dentro de un Estado determinado, los cuales, asimismo, prescriben y configuran la estructura básica del aparato estatal de un país, estableciendo las pautas reputadas como centrales para limitar el ejercicio del poder político al pueblo ubicado dentro de determinado territorio. Pero no solo ello: hoy los textos constitucionales también establecen parámetros con base en los que habría que solucionar jurídicamente los diferentes conflictos políticos y socioeconómicos que pudiesen presentarse en un país. Es más, allí incluso se esbozará el proyecto de sociedad al cual todo el pueblo de aquel Estado quisiera llegar.

Esta es, entonces, la importancia adquirida por la Constitución como piedra angular del constitucionalismo contemporáneo, a la cual ya no basta con asegurarle su existencia o reconocerle como

⁹⁹ Valores y principios que cuentan con una evidente carga moral y cuya aplicación puede ser riesgosa, máxime si no se prevén más recaudos que la “autocontención” (o *self-restraint*), como habrá ocasión de explicar más adelante. Con respecto a la metodología jurídica que se desprende de lo anterior, nos vamos a referir con detalle en capítulos siguientes.

¹⁰⁰ Coincido entonces con Aragón Reyes cuando señala que, en su opinión, el constitucionalismo del presente, por su contenido axiológico indudable, no supone una crucifixión del positivismo, sino la “positivización del iusnaturalismo”, por cuanto ha integrado en la norma constitucional (ha normativizado) determinados principios y valores (dignidad de la persona, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad, libertad, igualdad, justicia) que orientan axiológicamente el modo de ser del ordenamiento constitucional. En ese sentido, Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero...”, *cit.*, p. 102.

Constitución y jurisdicción constitucional

norma superior del ordenamiento jurídico de un Estado determinado: el verdadero reto que hoy existe es el de asegurar la plena vigencia y cumplimiento de los diversos preceptos constitucionales. Por ello es que, progresivamente, se han ido desarrollando un conjunto de organismos y medios procesales autónomos destinados a asegurar que la supremacía de la Constitución sea una realidad y no una mera especulación teórica. Como todos bien sabemos, a esos medios procesales autónomos se les suele denominar procesos constitucionales, y a aquellos organismos se les conoce con el nombre genérico de magistraturas constitucionales. Finalmente, es el derecho procesal constitucional la disciplina que estudia este conjunto de organismos y procedimientos, los que algunos llaman jurisdicción constitucional y otros justicia constitucional.

Señalado esto, nos interesa incidir ahora en la labor de las denominadas magistraturas constitucionales, en el marco del actual Estado constitucional. Al respecto, parece claro que estas no solo interpretan en forma vinculante los preceptos constitucionales, sino que también se encargan de preservar su estricto cumplimiento y, en ese sentido, tienen un rol muy significativo dentro de aquellas sociedades en las que se ha previsto su creación, en la medida en que desempeñan el “papel terapéutico” al cual hace referencia algún importante sector doctrinario¹⁰¹ y, además, cumplen un rol de “poder mediador”, de “integración social” y de “orientación” —como explicaré con más detalle en el segundo capítulo— frente a conflictos considerados como centrales a nivel político y socioeconómico en un Estado determinado.

Ese es el rol desempeñado por la judicatura ordinaria en países con un modelo de jurisdicción constitucional similar al estadounidense, y también el encomendado a los tribunales constitucionales (dependiendo de cada caso, en forma exclusiva, o por lo menos compartida con otros organismos, dentro del aparato estatal de cada país) en los lugares en donde existen estos tribunales.

¹⁰¹ Este es el sentido que, por ejemplo, le otorga Fix-Zamudio a los mecanismos propios del derecho procesal constitucional mediante los cuales se tiende a corregir aquellos desórdenes reputados como patológicos de toda carta fundamental. Véase al respecto Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1.3. EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

La magistratura constitucional (o de manera más específica, jueces y juezas del poder judicial que ven materia constitucional, así como integrantes de tribunales constitucionales), en los términos y con toda la importancia ya señalada, se ha expandido y consolidado a nivel mundial. Es más, sin duda se les puede considerar como un elemento institucional central y característico de los actuales Estados constitucionales.

De esta manera, y retomando algo que he reseñado,¹⁰² tras la Segunda Guerra Mundial se inició un proceso de transformación en el derecho constitucional y en ese escenario la Constitución adquirió un incuestionable protagonismo. En dicho contexto de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos en cada Estado, en varios países europeos empezó a adoptarse un modelo propio de control de constitucionalidad mediante la creación de tribunales constitucionales,¹⁰³ dando lugar así a un modelo diferente al que vio la luz en Estados Unidos, que, como se sabe, fue el denominado modelo difuso.

Ello se manifestó inicialmente en 1920 en Austria, bajo la influencia de Hans Kelsen¹⁰⁴ (si bien el modelo checoslovaco formalmente apareció meses antes, su poco éxito no permite posicionarlo al mismo nivel que el austriaco);¹⁰⁵ floreció luego en Alemania, con la Constitución de 1949 y la posterior creación del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951, el cual consolidó la concepción que afirma que “los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores”.¹⁰⁶ El Tribunal Constitucional alemán, por si fuera necesario precisarlo, no surge en todo caso con

¹⁰² He hecho referencia a ello en el apdo. 1.1.2.

¹⁰³ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁴ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

¹⁰⁵ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1938)*, Madrid, CEC, 1987.

¹⁰⁶ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 23.

Constitución y jurisdicción constitucional

simples competencias de “legislador negativo”, sino que desde el inicio se le habilitó para tutelar judicialmente los derechos fundamentales como función especialmente destacada, entre otras también de relevancia.

A Alemania le siguió Italia, con la promulgación de la Constitución de 1947 y la creación de su Corte Constitucional en 1956 (aunque, por cierto, sin una competencia expresa de tutela de derechos, como un amparo o un *habeas corpus*). Esta tendencia se expandió al resto de Europa continental con la creación de tribunales constitucionales en Chipre (1960) y Turquía (1961).

En la década de los setenta, con el retorno a la democracia de ambos países, Portugal y España promulgaron las constituciones de 1976 y 1978, respectivamente, recogiendo en ellas también la presencia de tribunales constitucionales. Lo propio hicieron, por su parte, Grecia (1975) y Bélgica (1984), por citar algunos ejemplos.

De esta forma, prácticamente como un hecho inevitable, los tribunales constitucionales fueron adquiriendo protagonismo. En efecto, sobre la base de una Constitución fortalecida al interior del ordenamiento jurídico, fue forjándose una nueva forma de interpretación constitucional, caracterizada, entre otros aspectos, por la preocupación por garantizar y promover, vía interpretación, el alcance normativo de los preceptos constitucionales. Así, a través de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, se generó una especie de círculo virtuoso y la Constitución se consolidó finalmente como el eje de todo el ordenamiento jurídico.

Cabe especialmente destacar en este momento el caso de Francia, que, pese a ser la cuna del “legicentrismo” y del paradigma del juez o jueza como boca de la ley, terminó por sumarse a este cambio radical respecto al rol de la Constitución. Es más, y aunque como señala Zagrebelsky, “el control de constitucionalidad de la ley solo se ha desarrollado recientemente y como instrumento de tutela objetiva de la Constitución, más que como garantía de los derechos”,¹⁰⁷ la Constitución francesa de 1958 optó por una fórmula diferenciada: la del control previo

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008, p. 61.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ejercido por el Consejo Constitucional en relación con algunas leyes antes de que estas entraran en vigor,¹⁰⁸ lo cual resultaba sintomático de la preocupación por garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Sin embargo, es preciso advertir que, a pesar de este esfuerzo, la tradición legicentrista de Francia no fue abandonada del todo, por lo menos de inmediato. La naturaleza de la autoridad que llevaría a cabo dicho control —es decir, el Consejo Constitucional— supuso durante muchos años, y por lo menos en el ámbito de los hechos, reconocer todavía un “privilegio del legislador” en el sistema francés. Más aún, en rigor, la revisión *a priori* de la constitucionalidad de las normas significaba en última instancia preservar la eficacia de la ley de los ataques que pudiera sufrir en nombre de la Constitución. Las leyes vigentes eran consideradas, de este modo, leyes que habían superado el test de validez constitucional.¹⁰⁹

No obstante, valga mencionar que en la actualidad puede afirmarse que el Consejo Constitucional francés ya ha asumido funciones equivalentes a las de los otros tribunales constitucionales. De hecho, a partir de su creación empezó a “incorporarse en el debate constitucional francés temas como la impregnación del orden jurídico por la Constitución, el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de interpretación conforme a la Constitución”.¹¹⁰

De esta forma, en buena parte de Estados europeos la “fisonomía jurisdiccional” —en términos de Sagüés—¹¹¹ se fue modificando con la promulgación de nuevas constituciones y con la creación de instituciones que ha convenido en denominarse magistraturas constitucionales (básicamente tribunales y cortes constitucionales), mismas que han terminado por asumir la labor de interpretación y control de la constitucionalidad.

Ahora bien, en cuanto a lo que han resuelto estas cortes constitucionales en sus albores, suele señalarse, como parte de sus

¹⁰⁸ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 30.

¹¹¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea-Depalma (Recurso extraordinario), 2002, t. I.

Constitución y jurisdicción constitucional

primeros pasos encaminados a impulsar la constitucionalización, algunas decisiones que precisamente revelan el carácter vinculante de la Constitución, a la vez que la capacidad de los tribunales constitucionales para hacer cumplir su valor jurídico. Así, tenemos decisiones como la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán mediante la cual se ordenó tempranamente (en la década de los cincuenta) la disolución de los partidos neonazis; el caso de la sentencia de la Corte Constitucional italiana a través de la cual declaró la exigibilidad de los derechos sociales dispuestos en la Constitución de ese país; o también diversas decisiones del Tribunal Constitucional español con las que fue delimitando el modelo de distribución territorial del poder político entre el Estado central y las comunidades autónomas.¹¹²

Como no podía ser de otra manera, este protagonismo de los jueces y juezas constitucionales trastocó el paradigma dogmático-legalista que guiaba la interpretación jurídica de los juzgadores de influjo positivista y generó —como lo sigue haciendo— una serie de interrogantes o cuestionamientos respecto al nuevo rol asumido por los jueces y juezas en calidad de intérpretes de la ley y la Constitución.

Este último asunto es, sin duda, complicado, y es lo que merecerá la mayor parte de nuestra atención en lo que queda de este trabajo. En este orden de ideas, en el siguiente capítulo me referiré de manera más específica y amplia a los alcances y roles de la jurisdicción constitucional contemporánea.

Sirva entonces lo anotado hasta ahora antes bien como un insumo o marco inicial que da cuenta de las relaciones entre el constitucionalismo contemporáneo y la magistratura constitucional, lo que tiene como propósito servir de contexto para los contenidos que siguen.

¹¹² Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado...”, *cit.*, p. 156.