

Capítulo 3 Límites y retos de la jurisdicción constitucional

3.1. TENSIONES Y CONDICIONAMIENTOS PARA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

3.1.1. Jurisdicción constitucional y democracia

Un cuestionamiento actual a la judicatura constitucional que guarda cierta relación con los temores que se muestran frente al “activismo judicial” alude a su alegada carencia de legitimidad democrática. Al respecto, se señala que existe una tensión entre el pleno respeto a la voluntad popular —y a lo decidido por quienes son representantes del pueblo— y la idea de que existen “cotos vedados” o espacios extraídos de la deliberación colectiva, pues han sido colocados en la Constitución (como es el caso emblemático de los derechos fundamentales). La cuestión de fondo es, entonces, si los jueces y juezas están legitimados para limitar las decisiones del soberano (según la perspectiva que se opte, el pueblo o sus representantes) en nombre de la Constitución o de los derechos fundamentales.

Al respecto, debo empezar por esclarecer que existen diferentes manifestaciones de esta tensión, la cual, por cierto, para algunas posiciones aparece como una cuestión superada, mientras que para otras más bien sigue constituyendo un enfrentamiento irresoluble. Estas diferentes posiciones ciertamente parten de

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

diversos presupuestos, los cuales no siempre son incompatibles entre sí o, cuando menos, no lo son del todo. Enseguida expondré estas diferentes posiciones, haciendo un recuento sucinto y rescatando aquello que, para efectos de este texto, pareciera más pertinente dentro de cada una de ellas.

En primer lugar mencionaré la posición que alude a la llamada “objeción” o “dificultad contramayoritaria”;¹ esto en alusión a que las magistraturas constitucionales en muchas ocasiones avanzan con sus decisiones en un sentido contrario a lo que la mayor parte de la ciudadanía o de los actores políticos prefieren o, incluso, han decidido ya. Dicho con otras palabras, se señala que los tribunales y los jueces y juezas constitucionales, al realizar sus tareas de concretizar y de defender la Constitución y lo que esta contiene, en muchas ocasiones deciden en contra de la voluntad de las mayorías o de sus representantes, cuando en realidad todo acto de poder debe encontrarse democráticamente legitimado (ya que el poder “emana del pueblo” y la justicia se imparte “en nombre del pueblo”).

Así considerado, la judicatura constitucional, al resolver la abrogación de normas con rango de ley por ser contrarias a la Constitución o la protección de los derechos fundamentales frente al poder político o al poder social, conforme a sus competencias ordinarias, corre el riesgo de ser considerada por algunos como un ente de carácter “contramayoritario” y, en tal sentido, sería una institución típica o tendencialmente antidemocrática (ciertamente, entendida la democracia como el gobierno o el régimen de las mayorías).

En este orden de ideas, se discute entonces a quién principalmente le corresponde pronunciarse, legítimamente, sobre las cuestiones más importantes o polémicas de una sociedad determinada —las cuales, por cierto, tienden a ser cuestiones constitucionales—, susceptibles de ser enfrentadas aplicando los principios, valores, derechos y disposiciones previstas en una

¹ Cfr. Bickel, Alexander, *The least dangerous branch*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Constitución (o que se infieren de ella o que resultan incluso de su lectura sistemática o convencionalizada).

Además, en esa misma línea de pensamiento, tal como he venido describiendo, contemporáneamente hay una tendencia a darle el papel de “órgano de cierre” en materia constitucional a algunas altas cortes (sean tribunales constitucionales, salas constitucionales dentro de algunas cortes o supremas cortes que cuentan con dicha atribución). Independientemente de cualquier reparo, es cierto que hoy en muchos Estados ostensiblemente se resalta la relevancia de los pronunciamientos (y, por ende, del rol mismo) de entidades con atribuciones jurisdiccionales; sin embargo, justo es reconocer que existe otra posibilidad: que esa respuesta final o “última palabra” en materia constitucional recaiga en el pueblo o en sus representantes, como lo promueve el llamado “constitucionalismo del *Commonwealth*”, y como también lo sostiene el denominado “constitucionalismo democrático”, tal como lo sustenta cierto sector de la doctrina.²

Al respecto, darles la “última palabra” a los jueces y juezas implicaría incurrir en un indeseable “elitismo”, que se sustentaría en prejuicios tanto sobre la democracia como sobre aquello que pueda decidir el pueblo democráticamente. Esta perspectiva, se indica, sería abiertamente contraria al principio de “igual dignidad” de las personas;³ no obstante, también es cierto que dejar, sin más, en manos de las mayorías los contenidos constitucionales o su eventual limitación representa un serio riesgo que no puede pasarse por alto. Al respecto, recordemos que tanto la Constitución como la judicatura constitucional surgieron con la finalidad de limitar efectivamente el poder —en especial el político— de espacios como las asambleas legislativas, aun cuando estas son entidades compuestas por representantes del pueblo.

Ahora bien, frente a esta posición, referida a la “objección contramayoritaria”, la cual discute sobre en quién debe recaer la “úl-

² Véase Niembro Ortega, Roberto, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 38, abril de 2013, pp. 191-224.

³ Cfr. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

tima palabra” en relación con la interpretación constitucional, se erige una concepción diferente, vinculada a la idea de “democracia sustancial”. Aquí se abandona un entendimiento meramente “formal” de democracia (ligada al respeto irrestricto del “principio de mayoría” y los procedimientos para la conformación de las decisiones políticas), para plantear más bien que, en el marco de los Estados constitucionales contemporáneos, la democracia solo puede ser entendida debidamente como limitada por contenidos calificados como “sustantivos”.⁴ Al respecto, se considera que su límite más importante es precisamente el sustento material en el que se basa este sistema político: el valor de la persona humana. Así visto, se ha considerado a la democracia como la consecuencia organizativa del valor de la persona humana.⁵

En este sentido, se entiende al “gobierno de las mayorías” como uno intrínsecamente limitado: las mayorías no pueden decidir destruir las premisas en las que se sustenta y que hacen posible la democracia. De este modo, se sostiene que existe un espacio material indisponible, una especie de “cotos vedados”⁶ o “esferas de lo no decidible”.⁷ O incluso se va más allá, pues se encuentra que los derechos constitucionales son entendidos como “triumfos” frente a las mayorías,⁸ o “cortafuegos” frente a la discrecionalidad (en rigor, ante el riesgo de confundir discrecionalidad con arbitrariedad).⁹

Es necesario anotar aquí cómo la concepción a la cual acabo de hacer referencia no reconoce inmediatamente que los de-

⁴ En este sentido, hago aquí mía la idea de “democracia sustancial” en el sentido indicado por Ferrajoli (Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 51 y ss.), antes que, por cierto, en el sentido usado, por ejemplo, por Norberto Bobbio (Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1986).

⁵ Cfr. Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la UCP, 2002, p. 65.

⁶ Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1989, pp. 209 y ss.

⁷ Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales*, año VI, núm. 1, 2008, pp. 337 y ss.

⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 37.

⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 332.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

rechos, o más específicamente su contenido y alcances, no están necesariamente claros —ya me he referido antes al carácter abierto e indeterminado de los derechos— y, por ende, el afirmar que se tratan de ámbitos infranqueables supone, de manera previa al apostar por su protección frente a las mayorías, que alguien haya esclarecido (determinado, decidido) su contenido. En ese marco, tal vez es razonable el cuestionamiento que se hace a la falta de legitimidad democrática de los jueces y juezas, si es que estos resuelven cuestiones polémicas en función a sus propias concepciones sobre el mundo, sobre lo justo o sobre los derechos fundamentales.

Al respecto, corresponde señalar que si bien los jueces y juezas no deben decidir los casos complejos buscando darles gusto a las mayorías (pues su relación con los ciudadanos y ciudadanas no es de representación política), tampoco es deseable que decidan de manera subjetiva o antojadiza, como podría ocurrir. Y es que nunca debe perderse de vista que quienes imparten justicia constitucional no deben resolver conforme a más consideraciones que las que provienen de la concretización de las disposiciones de la Constitución, lo que se desprende de estas, o lo que puede deducirse de una interpretación sistemática e incluso convencionalizada de las mismas. Una interpretación fuera de estos parámetros sin duda puede ser muy respetable, pero no es la que corresponde a un juez o una jueza constitucionales.

Una tercera concepción, también vinculada a la relación entre democracia y justicia constitucional, concibe a los tribunales constitucionales más bien como defensores o promotores del sistema democrático, contando entonces con la importante misión de garantizar el adecuado funcionamiento de los mecanismos procedimentales que permiten la conformación libre y plural de la voluntad de los ciudadanos. Conforme a esta postura, los tribunales básicamente “deben garantizar la limpieza y apertura de los canales de participación en el proceso político, así como que las minorías también puedan tomar parte en dicho proceso”.¹⁰

¹⁰ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004, pp. 206 y 207.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde esta perspectiva, que parte, digamos, de una concepción “procedimental” de democracia,¹¹ la judicatura constitucional no se encarga de la protección de contenidos considerados como sustantivos (como serían, según lo indicado incluso en ese mismo texto, los derechos fundamentales). La judicatura constitucional tiene más bien como labor la destinada a salvaguardar algunos elementos que, independientemente de poder ser considerados derechos o no, sin duda son considerados presupuestos operativos o funcionales de la democracia, como el caso de los derechos al sufragio o de la libertad de expresión, o valores tales como el pluralismo o la alternancia en el poder.

En ese marco, y para quienes defienden esta postura, no le correspondería a los jueces y juezas decidir sobre el contenido material de la Constitución o sobre el alcance de los derechos, pues ello es labor de la política, sino más bien garantizar que dichos contenidos sean estatuidos por los órganos democráticos. Ello en el marco de un sistema político plural, abierto e inclusivo que funcione efectivamente, a partir de aquellas reglas procedimentales que, también desde la posición que vengo reseñando, sí le toca salvaguardar a los tribunales constitucionales.

En este sentido, John Hart Ely ha anotado que

En una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus cargos [...]. Los magistrados nombrados, no obstante, son comparativamente ajenos al sistema gubernamental, y solo indirectamente deben preocuparse por continuar en sus cargos. Esto no les da acceso especial a los auténticos valores de los norteamericanos: por el contrario, en gran medida, garantiza que no lo tendrán. Sin embargo, sí los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones [...] de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumen-

¹¹ Ely parte de la idea de que “[...] la Constitución norteamericana contiene procedimientos y estructuras, no valores sustantivos, permitiendo así la máxima apertura, que posibilita la participación de todos en el proceso político y en el sistema”. Coincido entonces aquí con lo manifestado por Díaz Revorio, Francisco Javier, *ibidem*, p. 203.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

tos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defienden.¹²

Finalmente, procedo a hacer referencia a una concepción “deliberativa”, no solamente de democracia, sino incluso de judicatura constitucional. Conforme a ella, la democracia no se restringe tan solo a las decisiones adoptadas por las mayorías o al respeto del proceso de toma de decisiones. La versión deliberativa o dialogal de democracia pone énfasis más bien —y basa su legitimidad— en la participación más amplia posible y en el debate robusto y activo sobre las cuestiones que le conciernen a la ciudadanía.¹³

En el ámbito específico de las relaciones entre democracia y judicatura constitucional, esta versión de democracia aportaría básicamente dos cosas: en primer lugar, dado que para este tipo de democracia debe privilegiarse el diálogo político incluyente, implicando a los actores sociales e institucionales interesados o involucrados con la decisión que debe tomarse, la judicatura constitucional no necesariamente se concibe a sí misma reservándose la “última palabra” al momento de resolver cuestiones constitucionales relevantes. Más bien, en diferente sentido, se reconocería en los denominados “casos difíciles” auténticas oportunidades para incentivar el diálogo público colectivo, con la finalidad de resolver, valga la redundancia, dialógicamente ese tipo de cuestiones (en este sentido, esta forma de resolver ha sido denominada, p. ej., “justicia dialógica”, así como algunas decisiones tomadas siguiendo estas dinámicas han sido calificadas como “sentencias dialógicas”).

En segundo lugar, en la órbita de lo que algunos denominan constitucionalismo dialógico, o también como en el caso ante-

¹² Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 1997, p. 130.

¹³ Cfr. García Jaramillo, Leonardo (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011, col. Cuadernos de Investigación, doc. núm. 85; García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, México, IJ-UNAM, 2015.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

rior, “justicia dialógica”, se concibe a los tribunales constitucionales como agentes institucionales que tienen un rol social (y hasta político) que no debe ejercerse a espaldas de la ciudadanía y de los actores políticos e institucionales, sino más bien promover su inclusión en los procesos de toma de decisión.¹⁴ En este sentido, es posible concebir a los jueces y juezas constitucionales como actores que pueden, o incluso deben, legitimar democráticamente sus decisiones a través del diálogo colectivo en el marco de los procesos constitucionales, lo cual puede lograrse a través del uso de mecanismos como las audiencias públicas, la intervención de terceros o *amicus curiae* en los procesos, o la publicidad de las deliberaciones del colegiado, entre otras posibilidades.¹⁵

Sobre todo esto volveré luego, al tratar lo relacionado con los límites a la judicatura constitucional a la luz de su rol y legitimidad político-democrática. Ahora bien, por ahora sí puedo señalar que las relaciones entre democracia y judicatura constitucional no están exentas de diversas tensiones y, por ende, las críticas que han surgido cuentan con cierto sustento.

En efecto, a fin de desarrollar mejor este punto en la parte correspondiente, aunque no puede hablarse sin más sobre una supuesta falta de legitimidad del juez o de la jueza constitucional cuando estos emplean una dinámica deliberativa al resolver, este es sin duda un tema a analizar. Es más, cualquier respuesta que se erija en torno a los límites y las posibilidades de la judicatura constitucional no puede perder de vista un análisis al respecto. En otras palabras, tal como anotaré en el acápite correspondiente, al plantear una propuesta sobre los límites para la judicatura constitucional, debe tomarse en serio la cuestión referida a la legitimidad político-democrática de sus decisiones.

¹⁴ Algo de esto he explicado en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico”, *Gaceta Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, núm. 123, marzo de 2018.

¹⁵ Sosa Sacio, Juan Manuel, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, en Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra, 2017, pp. 89 y 90.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

3.1.2. Jurisdicción constitucional y corrección funcional

3.1.2.1. *Multiplicidad de intérpretes y judicatura constitucional*

Con anterioridad me he referido a la “constitucionalización del derecho” (entendido como ordenamiento jurídico). El hecho de que la Constitución irradie su fuerza sobre todo el ordenamiento y, por ello, deba ser observada por todos permite entender con facilidad que su interpretación requiere inexorablemente de la participación de múltiples actores. Y es que, ya que los preceptos constitucionales resultan de aplicación a todo espacio o ámbito en que se ejerce poder o autoridad, qué duda cabe, finalmente todo operador del derecho tarde o temprano terminará siendo un intérprete de la Constitución.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que, en mérito a lo recientemente señalado, dentro de las labores de interpretación constitucional están potencialmente incluidos todos los organismos u órganos del Estado, los poderes públicos e incluso los ciudadanos, ciudadanas y grupos organizados. Y es que, en última instancia, todos los que viven en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma son intérpretes de la misma de manera indirecta e incluso directa. Conviene anotar cómo hoy el mismo destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta.

Aquí pertenece también la denominada función *realiter cointerpretadora* del experto y del perito en los procedimientos legislativo y judicial.¹⁶ Ahora bien, no obstante aceptar la existencia de una pluralidad de intérpretes constitucionales de acuerdo con los términos descritos, lo aquí planteado puede resultar difícil de materializar de cara al afán de la teoría constitucional de promover la unidad política y enfatizar el criterio de unidad de la Constitución, toda vez que se comprenden como intérpretes inclusive a quienes no han sido designados “formal u

¹⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, UNAM-Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 151.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

oficialmente” como intérpretes de la Constitución.¹⁷ Para superar este difícil escollo conviene sostener que, sin perjuicio de la multiplicidad de intérpretes constitucionales, la valoración que corresponde hacer respecto de las interpretaciones que realizan dependerá de los alcances vinculantes de sus pronunciamientos; tema que guarda estrecha relación con la función que les haya sido encomendada, así como con la competencia formal que para dichos efectos les ha conferido la Constitución de cada Estado en particular.¹⁸

Así, por un lado, se tiene la potestad normativa que da lugar, valga la redundancia, a normas de naturaleza jurídica. Por supuesto, dentro de esta potestad podría hacerse una distinción entre potestad legislativa y potestad reglamentaria, donde mientras que el ejercicio de la primera permitirá la expedición de normas con rango de ley, la segunda se traduce en la emisión de reglamentos o normativa con ese mismo rango.¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, p. 155.

¹⁸ Y es que, todo ordenamiento jurídico, a fin de garantizar predictibilidad, transparencia y seguridad jurídica, y sin perjuicio de reconocer la multiplicidad de intérpretes constitucionales, opta por otorgarles tan solo a algunos de ellos la función y competencia para obligar o vincular a terceros con sus sentidos interpretativos. Es así como aparecen los llamados intérpretes vinculantes de la Constitución: es decir, aquellos órganos, organismos o autoridades que, dada la naturaleza de la función que les ha sido confiada, van a ser capaces de vincular a otros organismos, órganos, autoridades o personas con sus interpretaciones. Desde luego, conforme ha quedado dicho, ello va a tener que ver, en primer lugar, con la función que les es confiada a esos organismos, órganos, autoridades o personas y, en segundo término, con la competencia que les ha sido otorgada. Desde esa perspectiva, mientras la función determinará la naturaleza vinculante o no de sus interpretaciones, la competencia nos dirá con qué alcances se da dicha obligatoriedad. En este sentido, si se parte de la noción de que existen funciones que involucran como producto de su ejercicio la emisión de actos de poder con efectos vinculantes hacia terceros, corresponderá en esos casos hablar de intérprete vinculante.

¹⁹ Conviene, eso sí, delimitar ciertos matices. El papel dado a los reglamentos en Francia, por ejemplo. El caso peruano, en donde una norma denominada reglamento es en rigor una norma con rango de ley, el Reglamento del Congreso, otro, entre algunas posibilidades existentes como excepción a lo que nos presenta como regla en el derecho comparado.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Al respecto, es claro que la autoridad tiene a su cargo el ejercicio de una función que va a significar el dictado de normas jurídicas, y que esa labor debe desempeñarla sobre la base de lo que ya se ha dicho respecto a la Constitución. Y es que, muy especialmente atendiendo a su condición de parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico, no podrá hacerse a un lado la norma fundamental, por lo menos si actuamos dentro de los parámetros propios de un Estado constitucional. De esta manera, la autoridad o funcionario que expide normas se erigirá, en cierta medida, en ocasiones en un intérprete con algún efecto vinculante de la Constitución.²⁰

Ahora bien, la potestad normativa no es la única a través de la cual se revela la naturaleza vinculante de las interpretaciones de la Constitución que pueden realizar las autoridades. Incluso, lo mismo puede decirse con mayor contundencia de quienes desempeñan la función jurisdiccional. Y es que, en efecto, si se entiende a la función jurisdiccional como aquel poder-deber del Estado de resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica y carácter de cosa juzgada,²¹ no

²⁰ Así, por ejemplo, el Congreso de la República, que tiene a su cargo —aunque no exclusivamente— la función legislativa, es sin lugar a dudas un intérprete vinculante, como quiera que sus interpretaciones se verán reflejadas, en última instancia, en las leyes que expide, las cuales por definición son de obligatorio cumplimiento. De este modo, la potestad legislativa que reposa en el legislador trae consigo que sus interpretaciones ostenten un alcance vinculante, y si tomamos en cuenta que en el contexto actual no cabe el ejercicio de cuota de poder o autoridad al margen de la Constitución, no puede menos que concluirse que estamos ante un intérprete vinculante del texto constitucional. En el caso peruano, como se sabe, lo mismo puede decirse del Gobierno, quien por lo menos en nuestro país goza de potestad legislativa para emitir decretos de urgencia y decretos legislativos. Vistas así las cosas, el ejercicio de la potestad reglamentaria no corre suerte diferente. En efecto, si conforme a nuestra Constitución al Gobierno de turno le corresponde reglamentar las leyes sin desnaturalizarlas, en puridad, por lo que ya se ha dicho, ello dará lugar a reglamentos que no podrán estar alejados de los planteamientos constitucionales. En este sentido, ya no solo por la antes mencionada potestad legislativa que recae en el poder ejecutivo se deduce su condición de intérprete vinculante de la Constitución, sino también por la potestad reglamentaria que le ha sido confiada.

²¹ Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, Bogotá, Temis, 1996.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

resulta muy difícil entender que quienes la ejercen son, pues, intérpretes vinculantes de una Constitución.²²

Como se ha dicho, en buena medida será la competencia de una autoridad (entendida como el ámbito o espacio dentro del cual va a ejercer la potestad o potestades que le han sido confiadas) lo que resulta esencial para definir el radio de la obligatoriedad que subyace a sus interpretaciones. En este sentido, por ejemplo, dependiendo de la posición que tenga la autoridad judicial involucrada dentro de la judicatura ordinaria, podríamos estar hablando de algunas interpretaciones que obligan a las partes, mientras que otras lo hacen incluso a otros órganos del hoy habitualmente denominado poder judicial. Tal es el caso de las decisiones de las cortes supremas, cuyas interpretaciones, sin perjuicio de generar efectos obligatorios inmediatos para las partes de los procesos que lleguen a su conocimiento, terminan vinculando a los demás órganos de la judicatura ordinaria.

De esta forma, contrario a lo que algunos podrían considerar inicialmente, el juez o la jueza constitucionales no son los únicos intérpretes en un proceso constitucional ni los únicos que cuentan con interpretación vinculante de una Constitución en un Estado constitucional, sino que existe una amplia tribuna para que diversos sectores —claro está, dentro de ciertos parámetros (respeto a los diferentes intervinientes en el proceso, respeto a la reserva de ciertas actuaciones dentro de dicho proceso, etc.)— se manifiesten en el “campo previo” a la interpretación jurídica “de cierre” de la Constitución a cargo de los jueces. Con lo anotado, es claro que en un Estado constitucional la sociedad puede expresar su opinión frente a las diversas disposiciones constitucionales, pues su interpretación se encuentra disponible para todos los miembros de la sociedad.

²² En esa línea de pensamiento, conviene resaltar cómo en el caso peruano el poder judicial es intérprete vinculante de la Constitución al momento de resolver las materias ordinarias que se someten a su conocimiento (civil, penal, laboral, comercial, entre otros). Lo mismo puede predicarse en Perú del Jurado Nacional de Elecciones (suerte de Corte Suprema en materia electoral) en asuntos electorales, la justicia militar en materia castrense, y el Tribunal Constitucional en lo que concierne a lo que pueda ser considerado constitucional en sí mismo.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Por otro lado, resulta necesario señalar que, por lo menos hoy, los ciudadanos y ciudadanas no solo tienen la posibilidad de interpretar las cláusulas constitucionales, sino que de alguna manera también asumen un rol tuitivo de las mismas. Ello en el sentido de que esa labor de protección ya no es solo privilegio de algunos altos funcionarios, como el presidente de la República o quienes integran un Tribunal Constitucional, sino que constituye un deber que, desde el lugar que corresponde a cada cual, atañe hoy a toda la comunidad. Dicho con otras palabras, la tutela de la carta magna ha dejado de ser monopolizada por determinadas personas, para constituirse en un “asunto de todos”,²³ una tarea de toda la ciudadanía. Por ende, hoy se entiende mejor que, por ejemplo, dependiendo de cada ordenamiento jurídico, los ciudadanos y ciudadanas, individualmente consideradas o en grupo, puedan presentar demandas o interponer recursos y pedidos en diferentes procesos constitucionales.

Para concluir esta parte del texto, cabe decir que la labor del Tribunal constitucional en materia de interpretación de la Constitución sí puede ser considerada —como de hecho ocurre en la mayoría de los ordenamientos donde existe este tipo de tribunales— la de un “intérprete final”, es decir, que hace las veces de un órgano “de cierre” del círculo de interpretación constitucional vinculante en un Estado en particular.

De esta forma, como se indicó, la magistratura constitucional no constituye el “único intérprete”, y menos aún el único intérprete de la Constitución con carácter vinculante; sin embargo, sí puede reconocerse que, dentro del circuito de interpretaciones constitucionales posibles en una comunidad, o al interior de la llamada “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución,²⁴ a un órgano como el Tribunal Constitucional —o a quien asuma esas funciones en el ámbito de la judicatura ordinaria— se le puede asignar esta función de cerrar o terminar el ciclo interpretativo (que es precisamente lo que suele ocurrir en los países

²³ Véase Niembro Ortega, Roberto, *op. cit.*, pp. 191-224; Rawls, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 1995, pp. 205 y ss.

²⁴ *Cfr.* Waldron, Jeremy, *op. cit.*; Häberle, Peter, *El Estado constitucional...*, *cit.*, pp. 150-153.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

fuera del entorno del llamado “constitucionalismo del *Commonwealth*”).

3.1.2.2. *Jurisdicción constitucional y política*

He señalado que, en realidad, en un Estado todas las personas asumimos en mayor o menor medida el rol de intérpretes de la Constitución, si bien desempeñando diferentes tareas y responsabilidades. Asimismo, asumimos que, por lo general, se les atribuye a los tribunales constitucionales la función de “órgano de cierre”, es decir que tienen la “última palabra” en materia de interpretación constitucional en los Estados donde existen.

En este sentido, se entiende que hoy los jueces y juezas de la magistratura constitucional se erigen como las autoridades llamadas a resolver, en principio desde una perspectiva jurisdiccional, los principales conflictos políticos, sociales y económicos de un país. Esa labor, sin duda, le genera a estos juzgadores y juzgadoras verdaderas situaciones de tensión con otros poderes públicos, lo cual ciertamente nunca debería ser una excusa para que algunos de esos jueces y juezas puedan rehuirle a esa responsabilidad, o bien, se consagren pautas de condicionamiento a su independencia funcional.

Dicho esto, lo cierto es que seguramente deberían ser pocos los casos de jueces y juezas constitucionales que no estén dispuestos a asumir aquel papel que hoy les reclama el Estado constitucional. Es más, en este escenario, una eventual falta de voluntad del juez o de la jueza constitucionales para cumplir con sus obligaciones no puede entenderse como un riesgo para su legitimidad. Puede más bien relacionarse con el hecho de que se dejen seducir por el afán de ser los protagonistas de los principales cambios en la sociedad, al extremo de que aquello termine desnaturalizando su función y sobrepasando los límites que en este sentido deben observar. Coincido entonces con Zagrebelsky en que, en lo referido a las relaciones entre la justicia constitucional y la democracia, este es “[...] un tema de intensidad variable, según los diversos contextos históricos y jurídicos, que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equi-

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

librio de poderes. Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de como jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra”.²⁵

De ahí la necesidad e importancia de ubicar al juez o a la jueza constitucionales dentro de la naturaleza de las funciones que les han sido confiadas, que es, en primer lugar, la jurisdiccional que hoy se ejerce en el marco de los roles o funciones sociales que ha ido adquiriendo el quehacer de dichos juzgadores y juzgadas. Será teniendo en cuenta esto que podrá deducirse adecuadamente una serie de parámetros dentro de los cuales indefectiblemente dichos juzgadores y juzgadas tendrían que manejarse.

Como seguramente es posible apreciar, cada vez tiende a admitirse con mayor facilidad un creciente nivel de revisión y control, mismo que ahora suele materializarse en sede jurisdiccional; sin embargo, todavía existe un debate acerca de si esta labor contralora puede abarcar a todas las actuaciones efectuadas por reparticiones gubernamentales o parlamentarias; e incluso, luego de especificados los actos susceptibles de revisión en sede jurisdiccional, aún queda pendiente la discusión sobre con base en qué parámetros pueden ejercerse las tareas de control a asumir. Conviene entonces efectuar un análisis al respecto.

Un primer aspecto por esclarecer —por ponerlo en términos más bien gráficos— es el de explicitar de qué hablamos cuando nos referimos a “actos políticos”, “actos de gobierno” o de “cuestiones políticas no justiciables”. Y es aquí, para no abrir innecesariamente la puerta a una inmunidad, que bien puede disfrazar la intención de obtener impunidad, donde debe entrar a precisarse qué se está entendiendo cuando nos referimos a categorías ante las cuales incluso sus iniciales promotores y defensores reconocían que las mismas debían ser comprendidas en forma restrictiva.

En ese sentido, no se discute que el respeto a una corrección funcional sea parte central en el desenvolvimiento de todo Estado constitucional que se precie de serlo, pues este, por cierto, no se encuentra reñido con el establecimiento de competencias (o

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 12, 2007, p. 505.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

de cuotas de poder o autoridad), sino más bien implica la existencia de límites, instancias y parámetros de control, e incluso la posibilidad de incurrir en diversos tipos de responsabilidad; sin embargo, la alegación de encontrarse ante un acto privativo o de competencia exclusiva de algún funcionario o funcionaria no le hace, en principio, libre de ser revisable judicialmente.

Por otro lado, aun cuando concuerdo con Néstor Sagüés en la dificultad de despojar de carácter, o por lo menos de matizar una connotación política (político-partidaria) a muchas actuaciones de quien es o cuenta con autoridad,²⁶ aquello tampoco puede llevarnos a que identifiquemos los “actos privativos” o de competencia exclusiva de ciertas autoridades como aspectos por lo menos cercanos a categorías como las de “actos de gobierno”, “actos políticos” o “cuestiones políticas no justiciables”. Cuando se hace referencia a estas, en realidad se alude solo a algunas y no a todas las competencias propias y únicamente confiadas a dichas autoridades. A tal caso, en rigor, se estaría hablando solo de aquellas responsabilidades que se encuentran referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado, las cuales hoy no deben ser eximidas de una interpretación conforme y del control de constitucionalidad ejercido principalmente desde sede jurisdiccional.

Siguiendo una línea de pensamiento esbozada ya desde la doctrina y jurisprudencia estadounidense, debemos tener presente que existen quienes admiten la revisión judicial de las denominadas *political questions* en materias o pautas de procedimiento, y también los que, además, reconocen la posibilidad de efectuar un control sobre el contenido y sentido de los actos habitualmente considerados cuestiones políticas. Ahora bien, es cierto que estas perspectivas de revisión, en cualquier caso, deberán materializarse dentro de ciertos parámetros, escenario en el cual, justo es anotar, tampoco existe coincidencia incluso entre quienes acogen la posibilidad revisora a la que aquí he hecho referencia.

Así, algunos, en función de darle una mayor predictibilidad y objetividad a su labor revisora, por ejemplo, y asumiendo que

²⁶ Véase, en ese sentido, lo señalado por Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 91 y ss.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

en puridad estas cuestiones son actos administrativos de carácter discrecional, emplean las diferentes técnicas utilizadas para el control jurídico de la discrecionalidad administrativa, muy a despecho de los reparos que otros tienen de invocar estas técnicas fuera del ámbito estrictamente administrativo. Como parte de la perspectiva revisora cuyos alcances acabo de reseñar, y como ya adelanté, se apela al análisis de conceptos jurídicos indeterminados; al control sobre los elementos reglados del acto; a la revisión de aquellos hechos considerados determinantes; a la supervisión del respeto y cumplimiento de los principios generales del derecho, o al seguimiento efectuado para preservar la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración.

En el primer caso, el parámetro de control serán algunos conceptos definidos más bien genéricamente por los ordenamientos jurídicos de cada Estado (“interés general”, “interés social”, etc.). En el segundo supuesto se parte de la constatación de que, en tanto exista un sometimiento de la Administración al principio de juridicidad o legalidad, ninguna actuación administrativa es enteramente discrecional, sino que siempre contiene algún aspecto establecido o susceptible de regulación por una norma, que es precisamente aquel a controlar.

Por otro lado, se consideran hechos determinantes (y por ello susceptibles de revisión incluso en sede judicial) aquellos que servirán de presupuesto para la adopción de una decisión administrativa discrecional. Asimismo, es insoslayable la labor de los principios generales del derecho, ya sea como origen o fundamento de toda norma jurídica (entre ellas, de aquellas propias del derecho administrativo en particular) o como pauta que fija sus alcances y, por ello, permiten servir como camino a seguir para efectuar tareas de control.

Finalmente, al tomarse en cuenta lo que se pretendía en el acto sujeto a revisión, se buscará evitar vicios como el de la desviación de poder o, dicho con otras palabras, el uso de las potestades otorgadas para satisfacer intereses distintos a aquellos que debían ser atendidos si se actuaba de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

En otros contextos no se recurrirán a estas técnicas, sino que la justificación de la actividad revisora (sobre todo la de jueces y

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

juezas) irá por otros derroteros, arguyéndose como alternativas a tomar en cuenta la realización de labores de ponderación (con las ventajas, pero también con la carga subjetiva que ello suele tener), la tutela de derechos fundamentales o el respeto a espacios de libre configuración de la ley por el legislador, entre otras opciones.

Es grande el abanico de posibilidades de control jurídico frente a estos conceptos; sin embargo, es justo y necesario anotar que el control de la discrecionalidad de quien toma las decisiones de gobierno más relevantes dentro de un Estado también puede darse bajo parámetros que no son jurídicos. Esta no es una cuestión menor, pues si el control a efectuarse respondiera, por ejemplo, a parámetros de calidad u oportunidad, dicha tarea contralora no debería corresponder en principio a un juez o a una jueza, quienes desarrollan una labor jurisdiccional que sigue otros derroteros.

Ello, desde luego, no implicaría una ausencia de control, sino la intervención de otras entidades contraloras y bajo otros parámetros, los cuales contarán con sus propios canales para materializarse que, además, tendrán sus propias fortalezas y debilidades, coexistiendo con mecanismos y perspectivas contraloras de otra naturaleza.

3.1.2.3. *Jurisdicción (judicatura) constitucional y jurisdicción (judicatura) ordinaria*

Conforme a lo indicado líneas arriba, ha quedado claro que todos los jueces —ordinarios y constitucionales— son a la vez intérpretes de la Constitución, aunque son las cortes constitucionales quienes suelen hacer las veces de órgano de cierre. Asimismo, que no existen zonas “exentas de control”, es decir, inmunes a la fuerza jurídica vinculante de la Constitución. Ahora bien, no obstante lo indicado, queda la duda acerca de cuáles serían los alcances de un eventual control constitucional a la judicatura ordinaria. En otras palabras, hasta dónde podrían ingresar los jueces y juezas constitucionales a revisar una sentencia o la actuación de la judicatura ordinaria cuando esta es acusada de afectar derechos fundamentales.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Conforme ha sido descrito, en los ordenamientos contemporáneos ha existido una manifiesta tendencia hacia a la constitucionalización, lo cual ha implicado desde luego que todas y cada una de las áreas o ramas del derecho se vean influenciadas, impregnadas de los valores que contiene la Constitución. Este proceso, como ha sido puntualizado tantas veces, incide tanto en los jueces y juezas ordinarios como en los constitucionales.

Siendo así, ¿en qué medida, so pretexto de analizar o controlar la validez constitucional de una decisión judicial ordinaria, la judicatura constitucional podría revisar, cuestionar o modificar la interpretación legal realizada por la judicatura ordinaria? Más aún, ¿podrá analizarse, por ejemplo, la conformidad constitucional de la valoración de las pruebas, o la razonabilidad en la imposición de una pena o la determinación de una indemnización?

Al respecto, una primera afirmación que seguramente no sería difícil de aceptar está relacionada con que las decisiones judiciales, provengan de quien provengan, deben encontrarse debidamente motivadas. Otra, vinculada a la anterior, tendría relación con que el derecho a la motivación de las decisiones judiciales es un auténtico derecho fundamental, el cual, a su vez, forma parte del derecho a un debido proceso.

Sin embargo, pese al eventual consenso sobre lo anterior, aún no queda claro aquello que razonablemente y en concreto cabría considerar como objeto de control constitucional y distinguirlo de aquello que no debería tener esa condición. Frente a estos efectos, entonces, creo que vale la pena echar mano de la distinción entre los diferentes problemas relacionados con las premisas de la decisión judicial, o también, siguiendo aquí la terminología de Neil McCormick,²⁷ entre problemas de relevancia, de interpretación, de prueba o de calificación.

Hecha esta distinción, conviene tener presente que la corrección de una decisión judicial ordinaria, en gran parte —e incluso con base en la distinción presentada— está atada a consideraciones y valoraciones que corresponden de manera exclusiva a la

²⁷ McCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2016, pp. 95 y ss.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

judicatura ordinaria. En ese sentido, la corrección o pertinencia de su contenido solo podría ser meritada y evaluada en dicho ámbito, es decir, por los jueces y juezas de grado superior, hasta llegar a los órganos de vértice. Dicho de otro modo, en materia de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria existe —y debe reconocerse— un margen de discrecionalidad y autonomía a favor de los jueces y juezas ordinarios, indudablemente dentro del marco de sus competencias constitucionales. Esto, desde luego, valga precisarlo, no altera el hecho de que los jueces y juezas constitucionales sigan siendo jueces y juezas de la Constitución y de la constitucionalidad, y de que el Tribunal Constitucional siga jugando su papel central como intérprete final o de cierre de la Constitución y de la interpretación conforme a la misma de todo el ordenamiento jurídico.

Siendo así, surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿en qué medida los problemas antes mencionados (de relevancia, interpretación, prueba o calificación) pueden ser conocidos por los jueces y juezas de amparo en los llamados “amparos contra resoluciones judiciales”?

Al respecto, creo que, aunque de modo preliminar y sin perjuicio de lo que precisaré en otro apartado, podría decir que el ámbito del control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias existe —o debería existir— un reparto de competencias o alcances sobre el control como el que consigno a continuación:

- 1) los problemas de relevancia normativa quedan básicamente a cargo del juez o de la jueza ordinarios, pudiendo tan solo el juez o la jueza constitucionales referirse a causas en las que se hayan aplicado disposiciones o normas que claramente no formen parte del ordenamiento jurídico;
- 2) los problemas de interpretación, en principio, siguen la misma línea de tratamiento que la mencionada en el párrafo anterior;
- 3) los problemas de calificación, en similar sentido, son competencia de la judicatura ordinaria, pero pueden ser revisados a través del amparo en caso de que en la labor de los jueces y juezas ordinarios hayan existido errores o déficits en la interpretación de derechos fundamentales (que pue-

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

- den ser: a) errores de exclusión de derecho fundamental; b) errores en la delimitación del derecho fundamental, y c) errores en la aplicación del principio de proporcionalidad), y
- 4) los problemas de prueba también corresponden ser analizados y valorados por los jueces y juezas ordinarios, si bien en el ámbito de la judicatura constitucional pueden ser cuestionados asuntos vinculados con el ejercicio del derecho a la prueba o con los límites a la actividad probatoria.²⁸

Lo señalado revela, entonces, que si bien es necesario establecer la posibilidad de que las decisiones judiciales que provienen de la judicatura ordinaria no queden exentas de todo tipo de control constitucional (pues es cierto que en muchas ocasiones estas pueden ser dictadas al margen de la Constitución y los derechos que ella establece), al mismo tiempo es necesario afirmar que esta labor de control no puede establecerse ni llevarse a cabo avasallando al poder judicial, ni arrogándose competencias de interpretación o de valoración que solo les corresponde a los jueces y juezas de la judicatura ordinaria.

3.1.2.4. Jurisdicción constitucional y otros organismos constitucionales

Con lo expuesto, no cabe mayor duda de que el posicionamiento del juez o de la jueza constitucionales en la fórmula política del Estado les obliga a manejarse con plena conciencia de las competencias reputadas como propias de los demás organismos, órganos y entidades del Estado. Como se indicó, el juez o la jueza constitucionales no son más que una autoridad en el seno del aparato estatal, aunque sin duda con una competencia muy singular. Por ende, lo recientemente expuesto no les excluye de manejarse dentro de ciertos límites.

La limitación y control del poder, como pautas propias de un Estado constitucional, demandan del juez y de la jueza constitu-

²⁸ Todo esto será materia de desarrollo y mayor explicación en otro apartado de este trabajo.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

cionales un ejercicio razonable y responsable de sus atribuciones, a fin de que no terminen asumiendo funciones que, en rigor, no les son propias. Esto se hace patente también de cara a cómo ejercen su margen de acción los otros organismos constitucionales.

Así, y tomando un par de ejemplos sucedidos en Perú, tenemos que su Tribunal Constitucional emitió en algún momento resoluciones de naturaleza jurisdiccional, si bien no siempre formalmente presentadas como precedentes (aunque por lo menos, al parecer, buscando que cumplieran ese rol), resoluciones destinadas a habilitar su capacidad de revisar las labores emprendidas por distintas estancias estatales, dejando incluso de lado lo que expresaba una comprensión literal del texto constitucional vigente.

En efecto, a partir de una lectura más bien literal de lo prescrito en el artículo 142 de la carta peruana de 1993, muchos consideran que no podría efectuarse una revisión judicial (sea a nivel de la judicatura ordinaria o del Tribunal constitucional) de los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones (institución que ha venido consolidándose como una suerte de Corte Suprema en materia electoral) o del Consejo Nacional de la Magistratura (entidad administrativa hasta hace poco responsable del nombramiento, ascenso, evaluación de desempeño y destitución de prácticamente todos los jueces, juezas y fiscales de Perú); sin embargo, y en una línea que resulta moneda corriente en la interpretación constitucional, esa lectura literal pronto fue dejada de lado, yéndose por otros derroteros.

Así, el Tribunal Constitucional peruano (en casos como *Espino Espino*, *Lizana Puelles* o *Castillo Chirinos*) emitió pronunciamientos que tienen como rasgo común el habilitarse la posibilidad de revisar decisiones tomadas en temas electorales por el Jurado Nacional de Elecciones. En dichas sentencias señaló que la actuación del Jurado Electoral no podía ser contraria al ejercicio de derechos constitucionales como el debido proceso, así como a la comprensión que existe sobre los mismos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, comprensión que es de obligatorio cumplimiento en Perú, de acuerdo con lo previsto en la misma cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana vigente. Es más, en el caso *Lizana Puelles*, el Tribunal

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Constitucional peruano afirmó que aplicar una interpretación literal y no sistemática de lo recogido en la carta peruana de 1993 sería en puridad lo inconstitucional, argumento cuya radicalidad no dejó de generar alguna controversia.

En este escenario se inscriben también otros pronunciamientos dados por el Tribunal Constitucional peruano, esta vez en relación con la actuación del entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura del Perú en el tema de las ratificaciones judiciales y fiscales, pauta actualmente prevista para la evaluación del desempeño de estos altos funcionarios.²⁹ La incorporación de estas ratificaciones al ordenamiento jurídico peruano generó importantes cuestionamientos, muchos de los cuales en líneas generales suscribo, tal como lo he explicitado en otros textos.³⁰ La configuración de esas ratificaciones, llena de peligrosas imprecisiones, unida a la comprensión que el Consejo Nacional de la Magistratura hizo de las mismas, ha llevado a que, independientemente de los múltiples reparos existentes en Perú a la subsistencia de este modelo de evaluación de desempeño, el Tribunal Constitucional peruano emitiera una serie de sentencias mediante las cuales no solo habilitó la revisión en sede jurisdiccional de lo resuelto por el Consejo, sino que incluso ha buscado delinear mejor los alcances de dichas ratificaciones.³¹

²⁹ Mediante reforma constitucional aprobada a través de referéndum de 9 de diciembre de 2018 se viene sustituyendo al Consejo Nacional de la Magistratura del Perú por una Junta Nacional de Justicia, cuya materialización espero pueda darse en un tiempo razonable.

³⁰ Véase al respecto lo señalado, entre otros trabajos, en nuestro libro *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Lima, Ara, 2003.

³¹ Así pues, y en lo referido al cómputo del periodo que deberá tomarse en cuenta para evaluar en una ratificación judicial o fiscal, el Tribunal Constitucional, en el caso *González Ríos*, establecerá con claridad que se trata de siete años continuos en el ejercicio de la función jurisdiccional o fiscal. Luego, en sentencias como la emitida en el caso *Peña Bernaola*, el Tribunal, muy a despecho de lo que consideraba el Consejo, obligará a que esta última entidad haga traslado de las imputaciones hechas contra algún juez, jueza o fiscal dentro de un procedimiento de ratificación para que estos magistrados y magistradas puedan ejercer su derecho de defensa en esa esencia. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, el Tribunal Constitucional peruano, en una verdadera mutación (reforma que no sigue los mecanis-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Y también, sobre el hasta hace poco existente Consejo Nacional de la Magistratura de Perú, vale la pena mencionar que la actual composición del referido Tribunal, al emitir sus dos primeras resoluciones como órgano colegiado, dejó sin efectos algunas resoluciones (denominadas sentencias, pero que en rigor eran autos en sentido material dentro de la búsqueda de la ejecución de sentencias ya pronunciadas) emitidas por la anterior composición del Tribunal (en los casos *Mateo Castañeda Segovia* y *César Hinostroza Pariachi*). Ello en mérito de que en esas resoluciones se le ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura, ni más ni menos, que nombrara a los demandantes como fiscales supremos, lo cual es una competencia exclusiva y excluyente del Consejo por mandato expreso de las disposiciones entonces vigentes contenidas en la Constitución peruana de 1993.³²

Lo ocurrido con el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura peruanos pone de manifiesto el importante papel que está llamado a cumplir el juez y la jueza constitucionales. De este modo, en un esquema en el que coe-

mos formalmente establecidos para ello) del texto de 1993, señalará en el caso *Jacobo Romero Quispe* que la no ratificación de un juez o fiscal no impide al no ratificado postular y volver a ingresar a estas instituciones. Sin embargo, mención aparte merece lo resuelto en lo referido al tema de la motivación de las resoluciones de ratificación. Allí, luego de una a todas luces errónea comprensión que antepone un supuesto criterio de conciencia al deber de motivar (en este sentido lo resuelto en *Almenara Bryson* y algunas otras resoluciones), el Tribunal enmienda criterios y pasará a exigir al Consejo la motivación de todos estos pronunciamientos, primero con una eficacia reducida a casos futuros (caso *Álvarez Guillén*) y luego, como pauta para aplicación a todas las situaciones, incluso a las generadas antes de la dación del Código Procesal Constitucional (caso *Juan de Dios Lara Contreras*). Es pues el Tribunal Constitucional peruano quien le va a señalar al Consejo cómo y a quién ratificar y, además, se reserva el derecho de revisar lo prescrito por el Consejo al respecto, si considera que lo hecho no se acomoda a los parámetros que este Alto Tribunal ya hubiese fijado, de acuerdo, claro está, con lo dispuesto en el texto constitucional o conforme a lo que se desprende de él.

³² La anterior composición del Tribunal Constitucional peruano incluso había nombrado directamente a dichos demandantes como fiscales supremos; sin embargo, retrocedieron en su decisión debido a los cuestionamientos que surgieron, y optaron por ordenarle en una siguiente resolución al Consejo que hiciera dichos nombramientos.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

xisten diversas entidades, muchas de ellas con autonomía constitucionalmente reconocida, el juez o la jueza constitucionales no deben ser ajenos al ámbito de competencia propio de cada una de dichas entidades. De hecho, si como se dijo, su función es garantizar la supremacía constitucional, parte de ello debe buscar reivindicar, cuando así sea necesario, los límites y competencias constitucionalmente asignadas a cada quien, en general, y a sí mismos, en particular.

Los ejemplos precisamente permiten poner de manifiesto que dicha labor en manos de la magistratura constitucional en ocasiones puede resultar polémica, máxime en los casos en que la competencia de hacer valer la Constitución es ejercida con excesos o arbitrariedad.

3.2. SISTEMATIZACIÓN Y CONCRECIÓN DE ALGUNOS LÍMITES: UN PLANTEAMIENTO

3.2.1. Consideraciones generales

Si tuviera que formularse una sistematización de los diversos tipos de límites invocables, bien convendría resaltar, en primer término, la insuficiencia de la autorrestricción como límite. Luego, pareciera adecuado distinguir entre límites intrínsecos o estáticos más bien relacionados con la naturaleza de autoridades con atribuciones jurisdiccionales de jueces, juezas y tribunales constitucionales, y límites extrínsecos o dinámicos, vinculados más bien a las funciones o tareas de los jueces, juezas y tribunales constitucionales (y entre ello, la naturaleza de los casos que resuelven).

Explico con mayor detalle los alcances de las afirmaciones que acabo de realizar. Cuando hablo de colocar a los límites en dos grandes grupos, me refiero a límites intrínsecos, que serían aquellos que apelan a aspectos propios de la naturaleza jurisdiccional de los tribunales, esto es, aquellos que se van a presentar siempre que estemos ante autoridades jurisdiccionales, como es el caso de los jueces y juezas constitucionales.

Estos límites intrínsecos, a su vez, pueden distinguirse entre límites de carácter general, en la medida en que son aplicables

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

por igual a toda autoridad. Asimismo, es posible hacer referencia a límites específicos, relacionados directamente con la labor propia de los jueces y juezas y, específicamente, de aquellos con competencias en lo constitucional.

Entonces, también podemos hablar de límites que calificamos como extrínsecos o dinámicos. Ello en la medida en que no son inherentes a la naturaleza de la jurisdicción constitucional, sino que están relacionados con los casos que los jueces o juezas deben resolver, o bien, con su precaución por legitimar sus decisiones.

Esos límites, por su parte, también pueden ser divididos en dos tipos: uno relacionado con el carácter de los casos que deben ser resueltos (pues ciertamente no es igual enfrentar casos fáciles, difíciles o trágicos) y otro vinculado a la necesidad de la judicatura constitucional, en especial atendiendo a su rol social y político, de legitimación político-democrática.

Esta clasificación, desde luego, no pretende ser exhaustiva ni está conformada por criterios estancos o impermeables entre sí. Seguramente, en el marco de nuevas indagaciones, los criterios que ofrezco podrían perfeccionarse o precisarse.

3.2.2. La insuficiencia de la autorrestricción como límite

Como ha sido expresado, uno de los principales propósitos de este texto es detectar y resaltar la existencia de algunos límites para la labor de la judicatura constitucional, en el entendido de que esta se mueve en la órbita de los poderes constituidos y, por ende, *prima facie* se encuentra subordinada al ordenamiento jurídico constitucional, en el ámbito estrictamente jurídico-normativo, pero también a algunas consideraciones relacionadas con la naturaleza y el rol de esta judicatura constitucional en el marco de un Estado constitucional.

Llegados a este punto, y sobre la base de o como consecuencia de todo lo anotado, estamos en condiciones de formular y sistematizar algunos criterios que ofrezcan pautas claras que limiten o delimiten correctamente la labor de los jueces y juezas

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

constitucionales. Ahora bien, considero que el respeto a los límites que vamos a explorar coadyuva a dar cuenta tanto de la corrección como de la legitimidad de las decisiones que se toman a nivel de los tribunales o cortes constitucionales.

Asimismo, los criterios esbozados tienen en cuenta las peculiaridades de la judicatura constitucional y el especial rol que cumple, así como la importancia contemporánea de la Constitución y el proceso de constitucionalización del derecho (entendido como ordenamiento jurídico). En este sentido, debe considerarse que no son igualmente aplicables (o por lo menos no sin importantes y necesarios matices) al ámbito de la judicatura ordinaria. Estamos, con lo indicado, ante un escenario sumamente complejo, por lo cual es aconsejable, cuando no necesario, tomar en cuenta todos estos elementos.

En este orden de ideas, además, la idea misma de autorrestricción debe ser manejada con mucho cuidado. De este modo, conviene tomar en cuenta lo señalado por Pritchett al respecto, muy a despecho de que lo señalado por dicho autor se refiere a una Alta Corte que no es en rigor un Tribunal Constitucional (la Suprema Corte federal estadounidense):

La autorrestricción aconseja a la Corte aproximarse a las cuestiones judiciales con renuencia y a ser cauta en sus desacuerdos con las legislaturas y ejecutivos, sean nacionales o estatales. Pero la autorrestricción no es el fin último en la sabiduría judicial. La obligación primaria de la Corte no es la de evitar la controversia. Su obligación primordial es aportar todo el discernimiento que poseen sus miembros y la mejor sabiduría que permitan los tiempos, para la interpretación de las normas básicas propugnadas por la Constitución, para la dirección de una sociedad libre. La Suprema Corte tiene un deber de autorrestricción, pero no hasta el punto de negar a la nación su guía en los problemas básicos de la democracia, que su situación sin igual le permite prever.³³

Efectivamente, ocurre que apostar por la autorrestricción como límite para la judicatura constitucional es impreciso, cuan-

³³ Pritchett, C. Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, pp. 208 y 209.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

do no inocuo. Impreciso en la medida en que —como se acaba de ver, siguiendo a Pritchett— no se espera de los jueces y juezas constitucionales la mera abstención frente a cuestiones complicadas, sino más bien que tales operadores busquen resolver lo controvertido obrando con prudencia, sin claudicar con ello su rol tuitivo. Para ello, ciertamente, no basta con recomendar la inactividad o la contención, sino más bien se hace necesario contar con criterios relativos que, permitiendo la defensa efectiva de la Constitución, no impliquen excesos o la vulneración (o amenaza de esta) de bienes constitucionales valiosos.

Por otra parte, la autocontención puede ser considerada asimismo como inocua, si en ella se quiere ver a un límite *efectivo* para los tribunales constitucionales, y más aún si se le concibe como el límite *único* posible para estos órganos (como cuando se alega como alternativa frente al *activismo judicial*).³⁴ Al respecto, parece claro que es un límite insuficiente o que, incluso, no puede ser considerado realmente como un límite a la sola “buena voluntad” de autocontención por parte de las cortes constitucionales. Efectivamente, no es difícil reconocer que una limitación cuyos contornos se le encargan al propio limitado en rigor no puede ser considerada como un verdadero límite. Es necesario contar siempre con una pauta externa para que quien es limitado oriente o delimite su actuación.

En este orden de ideas, es importante tener presente lo que ha señalado Konrad Hesse en torno al alcance de los límites a los cuales estoy haciendo referencia. Para dicho autor, los límites dependen “en gran medida de la interpretación, amplia o estricta, de las normas de la Constitución aplicables y, en función de ello, se amplía o se estrecha la medida del control”.³⁵ De esta manera, los límites son fluidos, pero ello no significa que no los haya. Más bien se debe trabajar y hacer comprensibles los parámetros y puntos de vista conforme a los cuales deben regirse el alcance y la intensidad del control judicial.

³⁴ Cfr. Landa Arroyo, César, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año VII, núm. 7, 2000.

³⁵ Hesse, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 167.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Como también indica Hesse, la determinación de los límites no puede basarse solo en el principio de la autorrestricción judicial, es decir, en la mera discreción de los jueces, en su decisión de restringirse o no. El control judicial más bien debe regirse por sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas, las cuales incluso en algún caso pueden exigirle a los jueces y juezas actuar en un sentido “totalmente contrario a la prudencia”, es decir, exigirles una intervención decidida.³⁶

3.2.3. Límites intrínsecos

3.2.3.1. Límites al juez o jueza constitucionales en función de su carácter de autoridad

Con lo señalado, queda claro que me encuentro entre quienes creen que los límites a la labor de un juez o una jueza constitucionales van más allá de su autolimitación. Estas restricciones pueden provenir, por ejemplo, en primer lugar, de su condición de autoridad. De este modo, puedo afirmar que su carácter de autoridad les obliga a actuar conforme a derecho y conforme a sus responsabilidades y, en ese marco, deben respetar criterios de racionalidad (lógica, sensatez), razonabilidad (o proscripción de la arbitrariedad) o corrección funcional (desarrollo de las competencias propias y de las que se desprendan o infieran de ellas).

Con respecto al sometimiento de las autoridades al derecho, esta es una tarea ínsita en la idea del Estado de derecho, en el cual el “gobierno de los hombres” (de las personas, de las autoridades) se encuentra sometido al “gobierno de las leyes” (del derecho). Esta subordinación a las leyes, si bien contiene un elemento formal, propio del que denominaba Ronald Dworkin como concepción del Estado de derecho como “libro de reglas” (“*rule-book*” *conception*),³⁷ no se sostiene tan solo en bases for-

³⁶ *Idem.*

³⁷ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 11 y ss. Como veremos, también puede hablarse de Estado de derecho en sentido material, vinculado esta vez con una concepción del Estado de derecho relacionada con los “derechos” (una “*right*” *conception*,

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

males o procedimentales, únicamente dependientes de la autoridad que emite las reglas.

Como ha sido explicado de diferentes formas y por distintos autores, el “imperio de la ley” está al servicio de la autonomía personal (pues sin predictibilidad o seguridad jurídica las personas no pueden decidir ni llevar a cabo sus planes de vida);³⁸ las instituciones políticas y jurídicas pueden ser concebidas como artefactos valiosos en sí mismos (es decir, no por motivos instrumentales), de manera concurrente con aquellos otros valores o bienes que subyacen a las regulaciones.³⁹ Asimismo, diversas características que consideramos como inherentes o indesligables de nuestra forma de entender al derecho (generalidad, publicidad, comprensibilidad, coherencia, etc.) tienen, finalmente, un valor moral (en palabras de Fuller, forman parte de la “moral que hace posible el derecho”).⁴⁰

En este sentido, es muy claro que las autoridades tienen el deber institucional de cumplir y hacer cumplir el derecho, no solo por razones prudenciales o instrumentales, sino que existen razones sustantivas para ello. Y por si fuera poco, las autoridades tienen además, de manera concurrente con la mencionada exigencia de cumplir la ley, la posibilidad de revertir la cultura del incumplimiento de la ley, de la “anomia boba” en la que a veces nos encontramos varios países del ámbito iberoamericano.⁴¹

Ahora, no obstante lo indicado, no puede creerse que el cumplimiento de las normas-reglas es lo único o lo principal a to-

distinta de la del “libro de reglas”). En la traducción en castellano se distingue entre la concepción “centrada en el cumplimiento de los reglamentos” y la “centrada en los derechos”; Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.

³⁸ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007.

³⁹ Harel, Alon, *Por qué el derecho importa*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

⁴⁰ Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967.

⁴¹ Cfr. Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992; García Villegas, M., “Ineficacia del derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 161 y ss.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

mar en cuenta por las autoridades al ejercer sus funciones con responsabilidad. Como ha señalado, por ejemplo, Isabel Lifante, si entendemos que las responsabilidades están siempre relacionadas con los roles y las funciones asignadas a las autoridades *ex ante*,⁴² y tales funciones están por lo general relacionadas con “normas de fin” (es decir, con objetivos que pueden ser cumplidos de varias formas y hasta determinado grado), es claro que “el ejercicio de una responsabilidad nunca podrá reducirse al mero cumplimiento de un catálogo cerrado de deberes predeterminados en reglas de acción”⁴³ (esto es, reglas que ordenan o prohíben algo).

Lo anterior, bien visto, significa que el debido cumplimiento de las responsabilidades funcionales en algunas ocasiones implicará el incumplimiento de algunas reglas de fin con el objeto de alcanzar fines valiosos y decidir “de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa”.⁴⁴ En otras palabras, significa que algunas reglas, como ocurre en todo el ámbito del derecho, pueden ser “derrotadas” en nombre de la realización de normas-principio, en este caso encaminado al cabal cumplimiento de responsabilidades que subyacen a la función pública.

Señalado esto, desde luego, toca advertir un peligro que asoma a lo antes indicado: si la derrotabilidad de las reglas depende de principios, y a estos se les da un carácter básico o exclusivamente moral —como parece ocurrir con el llamado “neoconstitucionalismo”—, se corre el riesgo de que se sacrifiquen los valores propios del Estado de derecho y su racionalidad, y sin ello “no parece posible perseguir estándares de certeza, coherencia e igualdad formal”.⁴⁵

⁴² De esta manera, las responsabilidades no aludirían solo a eventuales consecuencias o sanciones *ex post*, que es a lo único que a veces suele remitir el término. Cfr. Lifante, Isabel, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 13, núm. 2, 2018, p. 200.

⁴³ *Ibidem*, p. 203.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 204.

⁴⁵ Cuono, Massimo, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, septiembre de 2012-febrero de 2013, p. 56.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Visto así, además de lo indicado (actuación bajo el imperio de la ley y sujeción a las responsabilidades funcionales), las autoridades tienen un deber de racionalidad. Al respecto, lo primero que habría que decir es que toda decisión de una autoridad debe cuando menos respetar estándares de lógica elemental (p. ej., respetando los principios de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente inclusive) o incluso de racionalidad instrumental básica, esto es, dirigida a la elección de medios encaminados a lograr los fines que se pretenden (en este sentido, en las autoridades existe un deber elemental de sensatez o de racionalidad en sentido estricto).⁴⁶

Mutatis mutandis, con lo anterior es posible afirmar que, en relación con todo acto y decisión de gobierno o de poder que deba ser motivado —y no únicamente en el ámbito judicial—, se requiere cuando menos contener una justificación interna, es decir, una racionalidad deductiva o lógico-formal.⁴⁷

Además de lo anterior, es menester entender que, en el marco del Estado constitucional, toda persona no solo tiene el derecho a que se le den “razones”, sino que estas deben ser “suficientes” y “adecuadas”, es decir, ser justificaciones que denoten un verdadero respeto hacia el valor que tienen los individuos. En este sentido, un importante autor como Rainer Forst se ha referido incluso al “derecho a la justificación” como un derecho “moral” y “básico”, el cual implica el “ser respetado como una persona moral, que es autónoma por lo menos en el sentido de que no debe ser tratado de una manera para la cual no pueda dársele razones adecuadas”.⁴⁸ Esta carga, ciertamente, vincula también a todos los funcionarios públicos, incluyendo a los jueces y juezas.

Esta justificación o este dar razones van más allá de una exigencia de racionalidad: requieren de razonabilidad. En este sen-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁷ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Lima, Grijley, 2013, pp. 52 y ss.

⁴⁸ Forst, Reiner, “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”, *Estudios Políticos*, Medellín, núm. 26, enero-junio de 2005, p. 35; *cfr.* Forst, Reiner, *Justificación y crítica*, Buenos Aires, Katz, 2014, pp. 56 y ss.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

tido, además de la coherencia lógica y normativa, las justificaciones deben ser consistentes en términos sustantivos;⁴⁹ así, las autoridades deben resolver o decidir de manera compatible con los valores y no solo con las reglas existentes en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere brindar razones suficientes y adecuadas, es decir, argumentar o justificar.

De esta manera, volviendo a un asunto que dejé solo insinuado antes, el Estado de derecho puede ser entendido en un sentido material también, desde una concepción “centrada en derechos”, y no solo “centrada en reglas”, conforme a la mencionada clasificación de Dworkin. De manera compatible con esta idea, algunos autores sostienen que el derecho tiene una doble naturaleza (como es el caso de Robert Alexy, principalmente). Y con ello volvemos a la cuestión de las responsabilidades de los funcionarios: estas aluden tanto a normas de acción como a normas de fin, es decir, pueden referirse a reglas y a principios.

Con todo lo anotado, en lo que corresponde a los jueces y juezas como autoridades específicas cuya tarea es también interpretar la Constitución, debe tomarse en cuenta que esta norma —como todo cuerpo normativo, en realidad— contiene una multiplicidad de disposiciones, las cuales inicialmente deben ser entendidas como un sistema coherente, tanto en un sentido normativo (evitando así interpretaciones que promuevan la existencia de antinomias) como en uno axiológico (las constituciones promueven valores socialmente relevantes, aunque diversos).

Así tenemos que, por un lado, la interpretación de la Constitución no puede ser llevada a cabo como si estuviera conformada por compartimentos estancos, sino que debe ser realizada como una unidad de conjunto.⁵⁰ Por ende, hay que realizarla evitando caer en lagunas, contradicciones y redundancias.⁵¹ Ello, más aún,

⁴⁹ Cfr. MacCormick Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, Lima, Paletstra, 2018, pp. 146 y ss. O tal vez, con mayor precisión, podemos hacer referencia a la “consistencia normativa” y la “coherencia axiológica”.

⁵⁰ En este sentido, cfr. el criterio interpretativo de “unidad de la Constitución”. Cfr. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 2008, p. 48.

⁵¹ Que es a lo que alude el ideal de ordenamiento o sistema jurídico “completo” y “coherente”, características a las cuales hace alusión la teoría jurídica

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

considerando que el carácter valorativo de la Constitución no significa la prevalencia de unas exigencias morales sobre otras, sino, en todo caso, la obligación de la promoción de todas ellas en la mayor medida posible.⁵² Es así como entran a tallar tanto el criterio de unidad como el criterio de coherencia y concordancia práctica, a los cuales ya he hecho alusión.

Ahora bien, es claro que la multiplicidad y variedad de disposiciones y valores presentes en una Constitución podría generar diversos problemas de interpretación provenientes, por ejemplo, de los alcances o límites de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución (entre ellos, los derechos fundamentales).

En este orden de ideas, si bien una Constitución y su interpretación no está libre de una que otra aparente contradicción o redundancia, a los jueces y juezas constitucionales —que son quienes cierran el circuito de la interpretación constitucional en un Estado particular— les toca en principio volcar todos sus esfuerzos por superarlas, de modo que se conserve la armonía y convivencia pacífica que se predica del contenido de una Constitución.

Por otro lado, y en lo que corresponde al criterio de razonabilidad, con base en este se exige que toda persona con una cuota de poder o autoridad, cuyo ejercicio puede incluso violar o amenazar con violar derechos de terceros, debe hacerlo a través de medidas que resulten idóneas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo propuesto, además de que la vulneración o la amenaza de vulneración que genere no debe ir más allá de lo que resulte necesario, tomando en cuenta los argumentos que abogan por la intervención menos gravosa o, mejor aún, por la no intervención sobre el derecho o bien constitucional que está en juego.

más clásica (cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009).

⁵² En este sentido, como se recordará, Robert Alexy concibe a los principios constitucionales como “mandatos de optimización”, que deben ser satisfechos en la medida de lo jurídica y fácticamente posible, cuya aplicación no es del tipo “todo o nada”, como sería el caso de las reglas. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Como puede observarse, en atención a este criterio de razonabilidad, el intérprete de la Constitución (sobre todo si se trata de jueces y juezas constitucionales) deberá aquilatar los alcances de los diferentes sentidos interpretativos sobre la base del efecto que estos pudieran generar en los derechos fundamentales o en bienes constitucionalmente protegidos. En este tenor, y al amparo de este criterio, solo se promoverán aquellas interpretaciones que signifiquen, además de la búsqueda por alcanzar fines constitucionales, la aplicación de medidas idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto de cara a la incidencia que por ellas se puede suscitar (negativa o positiva, directa o indirecta, concreta o dispersa, con o sin sustentación razonable) y sin perder de vista las razones que se aducen, desde el derecho, tanto a favor como en contra de la intervención.

En suma, con la razonabilidad se busca evitar que las consecuencias o efectos que tengan lugar en la esfera propia de un derecho fundamental o bien constitucionalmente relevante por el ejercicio de una cuota de poder o autoridad vayan más allá de lo que resulta estrictamente indispensable. Es más, incluso en este último caso, se exige que se sopesen los argumentos que, muy a despecho del caso concreto, abogarían tanto a favor como en contra de permitir la intervención (lo cual está más bien vinculado al llamado examen o test de proporcionalidad). En síntesis, se busca la proscripción de la arbitrariedad.⁵³

⁵³ La idea de razonabilidad es compleja y ha tenido una interesante evolución que siempre vale la pena tener en cuenta (si bien es claro que el paradigma vigente alude, en lo esencial, a objetivos similares a los buscados con el principio y examen de proporcionalidad). Sobre el principio de razonabilidad se recomienda revisar, entre otros, a Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Universidad Austral-Ábaco de Rodolfo-Depalma, 2004. Asimismo, es importante mencionar aquí lo desarrollado por Fernando Rey sobre el tema, quien señala que la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de *razonabilidad*. Al respecto, señala que este es un estándar de control judicial que solo permitirá declarar discriminatorios los tratos manifiestamente arbitrarios. Esto es lógico porque tal deferencia del juez frente al legislador

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

De esta manera, una obligación que resulta ineludible para la autoridad encargada de interpretar la Constitución es la de matizar sus argumentaciones e interpretaciones cuando ello corresponda, de manera que al resolver no se termine con ello vulnerando o amenazando con lesionar un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido. Se comprueba de este modo que, en el marco de la interpretación constitucional, hay una especial preocupación por las eventuales consecuencias que se podrían derivar de los diversos sentidos interpretativos o de las diversas respuestas posibles frente a casos de carácter constitucional. De allí que también resulte necesario obligar a que quien efectúe una interpretación de la Constitución tenga presente el criterio de previsión de consecuencias.⁵⁴

Ello no puede ser de otra manera, toda vez que estoy hablando de la Constitución, una norma jurídica (en rigor, un conjunto normativo) que irradia a todo el ordenamiento jurídico de un Estado en particular en razón de su origen, su contenido y su rol. Más todavía, debido a la estrecha relación que también ha sido manifestada entre la Constitución, la configuración, la limitación y el control del poder, y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Estas exigencias no pueden entenderse de otra naturaleza si a ello se le añade la necesidad de respetar los diferentes parámetros que inspiran a todo Estado constitucional.

Por último, el criterio de corrección funcional,⁵⁵ el cual se aplica a las funciones de cualquier autoridad, se entenderá de mejor forma cuando analice de manera específica los límites que encuentran los jueces y juezas constitucionales a la luz de sus competencias jurisdiccionales específicas (y de las que razonablemente puedan inferir de ellas, leídas en forma literal, pero sobre todo entendidas de manera sistemática o convencionalizada).

garantiza que aquel no sustituya en sus juicios a este. Rey Martínez, Fernando, “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Valladolid, núm. 45, 2011, p. 170.

⁵⁴ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, p. 32.

⁵⁵ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho...*, cit., p. 50.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Conforme a este criterio, entonces, los jueces y juezas deben respetar y, desde luego, hacer respetar el reparto de competencias que ha sido dispuesto por la Constitución y leyes de desarrollo, sin invadir fueros ajenos en nombre de la justicia o la conveniencia de la causa que se pretende resolver.

3.2.3.2. *Límites en relación con la función jurisdiccional de un juez o una jueza constitucionales, y el respeto a lo señalado (o que se infiere) de la Constitución que interpretan*

No puedo pasar por alto que existe un debate en torno a lo que pueden o no hacer los jueces y juezas, con base en el ejercicio de las competencias que les son propias. Dicho con otras palabras, cuando les toca aplicar el derecho a los casos concretos puestos a su consideración, con la finalidad de que resuelvan un conflicto jurídico *lato sensu*.

La discusión a la que me refiero se mueve en lo esencial —si bien expresado de manera simplificada— entre dos ejes o posturas: por una parte están quienes consideran que los jueces reconocen el derecho que se encuentra vigente y que lo aplican a los casos concretos, operación que, en lo sustancial, no es arbitraria (en este grupo se puede encontrar, p. ej., al positivismo, al iusnaturalismo racionalista, al argumentativismo o principialismo y a la concepción dworkiniana del derecho como integridad). En el otro extremo se encuentran quienes consideran que la actividad de aplicar el derecho es esencialmente discrecional y hasta política y, en la práctica, no sujeta a las disposiciones jurídicas, las que son concebidas como un mero pretexto o como un marco de actuación bastante amplio (en este grupo podrían incluirse algunos tipos de realismo jurídico, el llamado uso alternativo del derecho o, tal vez, algunas posiciones de los *critical legal studies*).⁵⁶

En ese orden de ideas, voy a partir tomando posición, aunque de manera general, por una visión más bien jurídica de la activi-

⁵⁶ Al respecto véase Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 21 y ss.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

dad judicial y, por ende, no esencialmente escéptica, puramente política o radicalmente discrecional (y menos aún arbitraria). En este sentido, entre otras consideraciones, comparto la idea de que la función jurisdiccional se caracteriza en lo fundamental por estar sujeta a derecho y por ejercerse de manera independiente e imparcial. Efectivamente, coincido con Josep Aguiló, quien plantea que estos tres deberes (de aplicar el derecho, de independencia y de imparcialidad) son necesarios y definitorios de lo que significa ser juez y jueza; así, un funcionario que no se considera sujeto al deber de aplicar el derecho, o que actúa sin independencia ni imparcialidad, no sería realmente un juez o una jueza (o traicionaría sus funciones intrínsecas).⁵⁷

Por otra parte, tenemos que la naturaleza jurisdiccional de la labor de un juez o una jueza constitucionales lleva a tener presente que no les corresponde, en principio, efectuar evaluaciones o juicios de calidad u oportunidad (cuestiones propias de los actores estrictamente políticos), o generar (*ex novo*) valores no previstos o que no sean deducibles del texto constitucional.⁵⁸ Y es que, aunque parezca obvio decirlo, el juez o la jueza constitucionales, en cuanto intérpretes vinculantes y de cierre de una Constitución (con o sin una dinámica dialógica), tienen como primer límite para su labor al mismo texto constitucional o lo que se infiera de él.

Al respecto, lo que regula el derecho, en general, y la Constitución, en particular, se encuentra compuesto finalmente por palabras o disposiciones normativas. Estos enunciados, incluyendo las disposiciones constitucionales, con todas las imperfecciones o dificultades inherentes al lenguaje, plantean un piso mínimo o contexto de significado atribuible a los enunciados jurídicos, los cuales, si son obviados sin más, nos presentan un escenario en el que se estaría decidiendo al margen del derecho.

Al respecto, y aunque discrepamos con algunos alcances de lo afirmado, podemos estar inicialmente de acuerdo con Ferrajoli

⁵⁷ Aguiló Regla, Josep, “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, Islas Baleares, núm. 10, 2012, en especial pp. 11-15.

⁵⁸ En ese sentido, entre otros, Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEC, 1997.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

cuando señala que la interpretación legítima se encuentra “dentro del marco de los posibles significados racionalmente asociables a la proposición interpretada sobre la base de las normas de la lengua utilizada, de las diferentes técnicas interpretativas y de las anteriores interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales”, y fuera de ello lo que existiría es creación judicial ilegítima.⁵⁹

En este sentido, es posible afirmar que el control jurídico se caracteriza, entre otras consideraciones, por tener un carácter inicialmente objetivado,⁶⁰ con lo cual estoy afirmando que, en principio, su ejercicio no implica que exista un amplio margen de estimación subjetiva a favor de la autoridad judicial. Así, los jueces no pueden establecer libremente, por ejemplo, si aplican o no la sanción prevista como tal en una norma jurídica una vez acreditada la infracción, o si una incertidumbre jurídica puede ser resuelta al margen de las previsiones normativas existentes en el ordenamiento jurídico.⁶¹ La interpretación jurídica se da dentro del marco de los múltiples significados de un texto normativo; en sentido inverso, si los jueces atribuyen significados que exceden a dicho marco, estrictamente estarán creando una norma nueva.⁶²

En este orden de ideas y a la luz de lo indicado, parece necesario dilucidar qué es lo que se encuentra constitucionalmente establecido. En otras palabras, qué puede ser considerado real-

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 20, 2016, p. 67.

⁶⁰ Aquello no significa que las labores jurisdiccionales sean ajenas por completo a la subjetividad. Lo que aquí se afirma es que su quehacer no debe ser enteramente subjetivo, y menos aún que confunda una cierta subjetividad con arbitrariedad. La subjetividad de los jueces aparece, por ejemplo, cuando estos interpretan o aplican la legislación, o a partir de su “posición axiomática de interpretación”; sin embargo, la eventual subjetividad de esta actividad hoy se encuentra muy limitada a la luz de todos los criterios a los que vengo haciendo referencia y a los que se presentan en el apartado siguiente.

⁶¹ Esto sin perder de vista que, como señala el propio Hans Kelsen, en determinados casos la aplicación de la ley requiere de la subjetividad o la volición del intérprete. *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

⁶² Guastini, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela, 2018, pp. 77 y 78.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

mente como “constitucional”. Acabo de anotar que un límite para la labor del juez y de la jueza constitucionales es, sin duda alguna, lo previsto en el texto de la Constitución (y lo que se infiere de ese texto, o las consecuencias de su interpretación sistemática e incluso convencionalizada). A ello, en tanto y en cuanto se está hablando de interpretación constitucional, se le puede añadir otro parámetro limitante: lo que no es parte de las competencias de un juez o una jueza constitucionales es desarrollar interpretaciones no conformes con la Constitución y, con mayor razón, contrarias a lo previsto o lo deducible de ese texto constitucional.

Lo recientemente expuesto obliga a realizar algunas precisiones necesarias. La primera de ellas va de la mano de ponernos de acuerdo sobre qué puede entenderse como “lo constitucional”. Aquí debo ser claro: si la Constitución es un conjunto normativo con disposiciones de diverso tipo, que permiten distintas interpretaciones, se debe reconocer más de una interpretación conforme a la Constitución de cualquier disposición. El hecho de que una de esas interpretaciones sea escogida como vinculante frente a las otras no las hace necesariamente inconstitucionales.

Ello lleva a tomar postura en materias sin duda polémicas. Bien puede reconocerse que, luego de la lectura de una disposición, se llegue a la conclusión de que resulta imposible justificar su concordancia con los parámetros constitucionales. Es más, existen casos en los cuales ni siquiera puede alegarse el cumplimiento del procedimiento de aprobación prescrito o de las pautas previstas para la actuación del organismo u órgano competente para dictar esa clase de disposiciones. Sin embargo, si solo con la existencia de estas percepciones se pasa a asumir que una disposición es inconstitucional, esta, desafortunadamente, podría en ese contexto convertirse en una declaración sin mayor motivación, e incluso sujeta al capricho de quien la tome. Por ende, podría convertirse en una consagración de la arbitrariedad.

Así, creo que se justifica plenamente considerar como inconstitucional solo aquello que, además de mostrar aspectos incompatibles con el texto constitucional (y con lo que se infiere de él), cuente con una declaración expresa de su inconstitucionalidad emitida por la o las entidades competentes para ello. El alegato, muy respetable por cierto, de que lo injusto debe por sí

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

entenderse como inconstitucional tiene que matizarse, pues la calificación de una disposición como injusta, inválida o inclusive como inconstitucional no debería ser tomada por cualquiera ni presentada de cualquier manera.

La declaración de inconstitucionalidad debe ser la última ratio a la cual llegan los organismos y órganos competentes para ello, luego de una debida motivación, y con efectos que dependerán de la vía en la cual se determina dicha inconstitucionalidad. Lo inconstitucional no puede correr el riesgo de ser una calificación que pueda otorgarse libremente a aquello que no nos guste o nos parezca técnicamente correcto, por ejemplo.

En ese tenor, cabe también tomar en cuenta los matices entre lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario. El margen o la intensidad requerida con una declaración de inconstitucionalidad deben tener presente las diferentes posibilidades que proporciona una realidad compleja, dinámica y cambiante. Por eso, una declaración de inconstitucionalidad es, como aquí se anotó, la última ratio. Por ende, se recurre o debe recurrirse en principio a técnicas interpretativas para tratar de salvar la constitucionalidad de la o las disposiciones que resulten cuestionadas.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario recordar que en algunas ocasiones el contenido de las disposiciones jurídicas no remite de manera inmediata a un significado claro, espacio de incerteza normativa que ha sido denominado “zona de penumbra”.⁶³ Asimismo, se entiende que en otras ocasiones podemos encontrarnos frente a los llamados “casos difíciles”, en los cuales es necesaria cierta valoración o argumentación por parte del operador al momento de resolver, con la finalidad de determinar una respuesta que no se encuentra establecida de manera inmediata o literal en el derecho positivo. En estos casos (sin duda excepcionales, en la medida en que la indeterminación del derecho no es la regla), parece inevitable cierta cuota de subjetividad o de valoración por parte de los jueces y juezas.⁶⁴ Sobre

⁶³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

⁶⁴ Efectivamente, ello parece inevitable, incluso empleando esquemas argumentativos sofisticados como podría ser el caso de la “fórmula del peso”.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

estos casos “difíciles”, e incluso sobre los “trágicos”, volveremos en el siguiente acápite.

Por otra parte, muy a despecho de la flexibilidad con que se suele actuar cuando se interpreta en el ámbito procesal constitucional, aquello no libera a la judicatura constitucional de su obligación de mantener un respeto elemental a una mínima congruencia procesal (y, desde luego, a los derechos que forman parte del derecho a una tutela procesal efectiva).

En efecto, los jueces y juezas se encuentran vinculados a lo argumentado y lo probado por las partes (aunque no constreñidos, pues dirigen los procesos y pueden ordenar actuaciones de oficio para un mejor resolver). En cualquier caso, es claro que quienes imparten justicia tienen un deber de imparcialidad o de equidistancia frente a los demás involucrados en un proceso, y deben actuar regidos por el derecho, el cual debe ser interpretado de manera adecuada (técnica, objetiva, no arbitraria), y con base en lo probado en autos.⁶⁵

Ahora bien, esta sujeción de los jueces a lo argumentado y probado por las partes no significa que estos deban hacer las veces de “árbitros neutros” frente a las partes, una especie de “invitados de piedra” sin participación o intervención trascendente en el proceso, lo cual es especialmente claro en el caso de los jueces y juezas constitucionales. Así, y sobre todo en determinados contextos de precariedad institucional y desidia de los poderes públicos, se justifican ciertas formas de activismo judicial⁶⁶ que pueden ser consideradas imparciales, pero no neutras.

Cfr. Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel y Grández, Pedro (coords.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010.

⁶⁵ Para Ferrajoli, la legitimidad de la judicatura reside, en gran medida, en su carácter *tendencialmente cognitivo*, dirigido a la verificación o bien de hechos, o bien de violaciones a la ley. Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núms. 15-16, 2010, pp. 3-18.

⁶⁶ Vega, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2018.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Asimismo, los jueces constitucionales deben ser considerados como quienes conducen todo proceso constitucional y, por ello, se les reconoce un conjunto de prerrogativas o deberes, vinculados a lograr que se cumplan los fines de dichos procesos (en este sentido, se prevén principios como los de elasticidad, impulso de oficio, *pro actione*, *iura novit curia* y suplencia de queja deficiente, entre algunos de los más conocidos).⁶⁷ No obstante lo anterior, también es cierto que los jueces constitucionales no pueden, sobre la base de su poder y deber de conducción e impulso procesal, iniciar procesos constitucionales de oficio, resolver las causas *infra* o *extrapetita*, o reemplazar a las partes en sus deberes procesales, etc. (esto último, por cierto, con algunos matices que para nada desnaturalizan los diferentes procesos constitucionales).⁶⁸

En este orden de ideas, se les exige a los jueces interpretar, actuar y resolver conforme a derecho. Al respecto, con la finalidad de garantizar que esto sea así, existen una serie de principios que inspiran su configuración orgánica y funcional, como son los principios de unidad, exclusividad, independencia, imparcialidad, entre otros. Estos elementos permiten asumir que, por lo menos en principio, la interpretación que haga no estará motivada por factores subjetivos como serían los de calidad, oportunidad o conveniencia, que son más bien propios de las autoridades políticas. En puridad, el respeto a criterios de interpretación constitucional como los de fuerza normativa o corrección funcional así lo reclaman.

En este sentido, la lógica expansiva de las atribuciones asignadas a la jurisdicción y al juez o jueza constitucionales o, dicho

⁶⁷ Estos principios han sido reconocidos expresamente en el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruanos, pero además de ello tienen un vasto desarrollo jurisprudencial y doctrinario en el ámbito comparado.

⁶⁸ Que sería, por ejemplo, el caso de las sentencias estructurales (con todo lo polémico que el concepto es para muchos) o el de la modulación de los efectos de la sentencia constitucional, cuando ello no haya sido solicitado por las partes. En ambos casos, admitiendo que esto no es pacíficamente aceptado por todos, considero que la respuesta del Tribunal Constitucional atiende a la dimensión objetiva, y no solo a la subjetiva o *inter partes*, de un proceso constitucional.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

con otras palabras, el cierto “protagonismo” que pueden haber adquirido estos en el marco del constitucionalismo contemporáneo⁶⁹ (y al cual me he referido), no puede ni debe hacernos perder de vista conceptos también centrales para el constitucionalismo, como el de la limitación del poder, traducido en asignación de competencias (exclusivas o concurrentes) a cada quien, para así asegurar el fin último de toda la estructura política y social que se busca promover: la plena vigencia de los derechos ciudadanos. De esta forma, al juez o jueza constitucionales no les toca ni les corresponde hacerlo todo: de lo contrario, su autoridad, ideada y fortalecida para enfrentar a los déspotas o los dictadores, probablemente terminaría convirtiéndose en una nueva versión de estos.

Efectivamente, un juzgador “hiperactivista”, que considera que su accionar no tiene límites y además busca sustentar su actuación en parámetros de calidad u oportunidad, es en rigor tan o más nocivo que quien abdica de asumir tan significativas responsabilidades; y en los hechos deviene en la negación de lo que se busca obtener de un juez o una jueza constitucionales y una rémora para la consolidación del Estado constitucional al cual dicen proteger y representar.⁷⁰ Entonces, la magistratura constitucional defrauda los roles y las funciones que les han encomendado nuestras sociedades si pasa a practicar un (hiper)activismo a ultranza, aquel que desconoce límites y cae en última instancia en el decisionismo judicial.⁷¹ Esta precaución, por cierto, vale también para jueces que creen tener la absoluta verdad sobre el contenido y sentido de la Constitución y, con base en ello, la res-

⁶⁹ Cfr. Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 155.

⁷⁰ García Pelayo, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, *Lecturas de temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.

⁷¹ En puridad, el activismo judicial a ultranza, que conlleva sustituir las exigencias constitucionales y del bien común por el criterio personal del juez, es un riesgo que subyace a la propia labor interpretativa del juez constitucional. Toller, Fernando M., “Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 1201.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

puesta sobre lo “verdaderamente constitucional” para todos los casos, incluso aquellos polémicos o inciertos.⁷²

En esta tesitura, se espera de los jueces y juezas constitucionales un ejercicio moderado y prudente de sus funciones. En este sentido, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes tiene dicho que los jueces y juezas constitucionales deben llevar a cabo interpretaciones “constitucionalmente adecuadas” de la Constitución, argumentar y fundamentar jurídicamente, ofrecer resoluciones justas y jurídicamente correctas, además de no tomar el lugar del legislador.⁷³

Ciertamente, lo anotado retrotrae a una cuestión que ya había mencionado: los jueces y juezas constitucionales realizan, en mérito de su labor jurisdiccional, un control jurídico; sin embargo, dicha actividad se enfrenta a supuestos en los cuales la interpretación y solución de casos distan de ser un asunto sencillo por cuestiones técnico-normativas, en razón de que, como fue indicado, se les encarga resolver las cuestiones más importantes o controvertidas en una sociedad.

En este punto, es claro que la posible respuesta de los jueces y juezas constitucionales puede entrar en tensión con algunos elementos a los cuales también he estado haciendo referencia, como es el caso de la interdicción del hiperactivismo o de una arbitrariedad mediante la cual busque justificarse que los jueces y juezas reemplacen en sus funciones a otras autoridades, a pesar de que estas vengán ejerciendo sus funciones dentro de lo constitucionalmente establecido o lo constitucionalmente posible. Frente a ello, nuevamente, lo que legitima a la actividad judicial es “dar razones”. En algunos casos, esto supone simplemente un control de racionalidad (de lógica básica). En otros supuestos, implica más bien ofrecer una justificación reforzada que dé cuenta debidamente de la razonabilidad o corrección de la medida.

⁷² Como sería el caso del llamado “constitucionalismo semántico”. Cfr. Sosa Sacio, Juan Manuel, “La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, núm. 121, enero de 2018.

⁷³ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pp. 165 y 166.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Como veremos, estos estándares de motivación son mayores cuando se trata de los llamados “casos difíciles” y de los “casos trágicos”.

3.2.4. Límites extrínsecos o dinámicos

3.2.4.1. Límites al juez y jueza constitucionales en función de la naturaleza de las situaciones que resuelve: casos fáciles, difíciles y trágicos

Como fue adelantado, las “teorías estándar” de la argumentación jurídica (entre las cuales se encuentran, p. ej., los planteamientos de Robert Alexy,⁷⁴ Neil MacCormick,⁷⁵ Aulis Aarnio⁷⁶ o Manuel Atienza)⁷⁷ suelen distinguir muchas veces entre “casos fáciles” y “casos difíciles”.⁷⁸ Esta distinción es sin duda muy importante al momento de establecer cuál es el estándar de justificación o de motivación que les corresponde brindar a los jueces constitucionales cuando tienen que enfrentarse a ellos y resolverlos.

A decir de Atienza, los casos fáciles serían aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho; requieren básicamente que se identifique el derecho aplicable al caso, sin mayor referencia a consideraciones adicionales. Los casos difíciles, por su parte, implican una actividad típicamente creativa, debido a que la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes.

⁷⁴ Véase, sobre todo, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2008.

⁷⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Hay también una edición de 1994, entre otras.

⁷⁶ De Aulis Aarnio me permito recomendar su clásico, *Lo racional como razonable*, Madrid, CEC, 1991. Además, su *Derecho, racionalidad y comunicación*, México, Fontamara, 1995. Finalmente, su obra conjunta con Manuel Atienza y Francisco Javier Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

⁷⁷ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997.

⁷⁸ Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 123.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

De esta manera, en los casos fáciles, la justificación de las decisiones consiste en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión no es una decisión, sino una norma. La corrección de las decisiones en este de tipo de casos consiste básicamente en respetar las reglas de la lógica formal y de la deductiva (en donde de las premisas mayor o normativa y menor o fáctica se deriva una consecuencia o respuesta para el caso concreto). En ese sentido, básicamente implica evitar contravenir —como lo señalé al referirme al criterio de racionalidad— los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente, así como no incurrir en falacias formales (tales como la afirmación del consecuente o la negación del antecedente, entre las más conocidas).

En los casos difíciles, más bien existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la fáctica o a ambas. Por ello, en dichos casos, la justificación de la decisión no se centra únicamente en el razonamiento deductivo (que presupone la validez de las premisas), sino que además es necesario tomar en cuenta razones o criterios de la razón práctica, que aluden a un control sustantivo material de las premisas.

Sobre esto último, a decir de MacCormick, por ejemplo, la justificación de los casos difíciles debería basarse en criterios como la universalidad (la premisa debe expresar una norma general, aplicable a casos iguales), la consistencia (se refiere a la ausencia de contradicción con normas válidas y hechos del mundo) y la coherencia (con los valores del sistema y con lo previamente contenido en el caso), así como atenderse a las consecuencias de lo decidido.⁷⁹

Ciertamente, también puede hablarse de casos difíciles, en general, cuando no puede resolverse sobre la base de las reglas o las razones autoritativas disponibles (lo cual se relaciona con la conocida distinción entre las normas-regla y las normas-principio). En tales circunstancias, resulta necesario atender a las razones a favor y en contra que se ofrecen para poder resolver el caso, lo cual puede remitir a algunas técnicas o metodologías planteadas en el marco de la teoría de la argumentación jurídica. Entre estas, resultará especialmente relevante aquella vinculada a la solución

⁷⁹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

de conflictos entre principios (constitucionales), para lo cual se reclama emplear el examen de proporcionalidad (aunque para muchos lo que más específicamente se hace es aplicar la técnica de la ponderación)⁸⁰ o, por otra parte, para otros se recurre a los criterios propios para resolver las situaciones de tensión entre la dimensión autoritativa (lo que viene expresamente ordenado) y la dimensión justificativa (los principios o razones “subyacentes”) de las normas.⁸¹

Con base en lo señalado, Jesús Vega, por ejemplo, ha indicado que frente a los casos difíciles, en ocasiones surgen prácticas judiciales que pueden considerarse como activistas (los casos difíciles requieren “la reformulación de reglas, la introducción de excepciones y la producción de nuevas reglas por los jueces”).⁸² Ello, ciertamente, les exige a los jueces y juezas argumentar, “requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa”; en este sentido, “un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, es decir, derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el derecho para el caso)”.⁸³

Además, este activismo adquiere en manos del juez y de la jueza constitucionalistas o “garantes de los derechos” (propios del Estado constitucional) una mayor legitimidad en “situaciones de bloqueo o de omisión legislativa que redundan en prácticas regresivas en materia de derechos”,⁸⁴ es decir, en casos en los cuales los poderes públicos han omitido cumplir sus funciones constitucionales de manera sistemática y, por ende, en ejercicio de sus funciones y responsabilidades, la intervención de los jueces aparece como necesaria.

⁸⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

⁸¹ Ródenas, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁸² Vega, Jesús, *op. cit.*, p. 134.

⁸³ Aguiló, Josep, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan y Aguiló, Josep, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, p. 673.

⁸⁴ Vega, Jesús, *op. cit.*, p. 139.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Además de los “casos fáciles” y “difíciles”, es posible reconocer otra categoría, a la cual se le puede denominar “casos trágicos”.⁸⁵ Estos aluden a las situaciones en las que no existe alguna respuesta correcta y, por ende, plantean a los jueces, no el cómo deben decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción, como sucede en los llamados casos difíciles), sino qué camino tomar frente a un dilema.

Así, en este tipo de casos “no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral”, o también se puede afirmar que “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”. Según explica Atienza, los casos difíciles se moverían en el campo del “equilibrio óptimo”. Dicho con otras palabras, analizando si una respuesta es mejor que otra, los casos trágicos se encontrarían en la esfera del “equilibrio mínimo”, que requieren determinar si existe alguna “buena respuesta” que alcance ese “equilibrio mínimo”.⁸⁶

Ahora bien, de la constatación de que existen casos trágicos en los sistemas jurídicos puede arribarse a la conclusión de que no hay “únicas respuestas correctas”. No obstante, como explica Atienza, esto no significa que los casos trágicos escapen por completo al control racional. En efecto, el que no exista una respuesta “buena”, no significa que no se pueda escoger entre alternativas peores: en dicho caso, el juez o la jueza deben optar por el mal menor.⁸⁷

Con lo anotado, es claro que mientras más se distancie un caso de ser un “caso fácil”, más podrán el juez y la jueza constitucionales hacer uso de su margen de acción discrecional, sin que ello signifique en absoluto que tengan total libertad para decidir sobre la base de su subjetividad o de sus propias convicciones, si estas no coinciden con lo que se desprende de los parámetros constitucional o convencionalmente vigentes. La constatación de

⁸⁵ Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 128.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 142.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

la existencia de un diferente tipo de casos opera pues como límite al margen de acción de los diversos jueces y juezas constitucionales. Al respecto, al igual que en otros temas, un elemento a tener en cuenta para llegar a esta respuesta se encuentra relacionado con el cuestionamiento sobre la limitada legitimidad democrática de origen con la que parte la magistratura constitucional. Enseguida me dedicaré a analizar ese tema.

3.2.4.2. Límites al juez y jueza constitucionales en función de sus roles y legitimidad político-democrática

Tras todo lo anotado, es momento de poner sobre la mesa que la labor del juez y de la jueza constitucionales está dirigida, entre otras cosas, a resolver los principales conflictos políticos que tienen lugar en una sociedad en particular y, por tanto, la preocupación por las consecuencias de sus decisiones adquiere una singular significación.

Así, por ejemplo, lo ha puesto de manifiesto Karl Larenz al afirmar que al “Tribunal Constitucional incumbe responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: *fiat iustitia, pereat res publica*. Ningún juez(a) constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable [...]”.⁸⁸

Ahora bien, aun cuando no le falta razón a Larenz al poner en evidencia la responsabilidad que recae en el juez y la jueza constitucionales, lo cierto es que, en rigor, el criterio interpretativo de previsión de las consecuencias no deriva directamente de la naturaleza o condición del intérprete (juez o jueza constitucionales), sino de las peculiaridades de la propia Constitución como objeto de la interpretación, tal como aquí quedó expresado.

En esa línea de pensamiento, y sin perjuicio de la “posición axiomática del intérprete”, los jueces y juezas constitucionales

⁸⁸ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 504 y 505.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

no pueden pasar por alto su obligación de prever el efecto de sus interpretaciones y decisiones, debido a que, dada la naturaleza de la norma que se interpreta, se encuentran involucrados un conjunto de intereses o valores que reclaman especial atención. En efecto, el contenido tan singular de la norma constitucional, es decir, valorativo por un lado y limitador del poder por el otro, no hace más que justificar una interpretación responsable de ella, a fin de no terminar sacrificando ni uno ni otro extremos.

Con lo anotado es claro que la dificultad de la labor interpretativa, de por sí ya suficientemente compleja por todo lo que he explicado, se acrecienta más si se cae en cuenta de que la promoción de un contenido no puede hacerse en sacrificio del otro. Así, por ejemplo, es tan importante para un Estado constitucional que se respeten los mecanismos de limitación (configuración) y control del poder como que, a su vez, se promueva la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, resulta impreciso considerar que, pese a estar ambos en el mismo seno de la Constitución, la parte dogmática necesariamente tiene una posición jerárquica superior frente a la orgánica, como de hecho alguna vez cierta decisión del Tribunal Constitucional peruano dejó entrever.⁸⁹

Además de ello, los jueces y juezas constitucionales tienen que tomar en cuenta, a la hora de interpretar y resolver, al llamado criterio de fórmula política. Efectivamente, estos juzgadores y juzgadas no deberían perder de vista que, al momento en el cual el constituyente elabora la Constitución, impregna en ella la fórmula o programa político en cuya base se va a configurar, organizar y distribuir el poder político, en general, y el del Estado, en particular.

⁸⁹ Me refiero al precedente constitucional establecido por el Tribunal Constitucional peruano en el caso *Hernando Salazar Yarleñque* (Expediente núm. 3741-2004-AA/TC), en virtud del cual, so pretexto de proteger los derechos fundamentales y la supremacía normativa de la Constitución, se terminó atribuyendo a autoridades administrativas la facultad de aplicar el control difuso, atribución que, como se sabe, es de carácter netamente jurisdiccional, y así, además, ya lo ha reconocido expresamente la Constitución peruana.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En efecto, dentro de la variedad de opciones con que cuenta para configurar al Estado —es decir, una república o una monarquía, con un sistema de gobierno parlamentario o presidencial, seguir la lógica de un Estado unitario o un Estado federal, entre otros—, el constituyente finalmente termina incorporando a la Constitución algunos elementos que definen el tipo de Estado que quiso. Dicha definición, a su vez, constituye una pauta o parámetro que inspira la interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico en general.

Así, por ejemplo, si el Estado peruano ha sido configurado como uno republicano, democrático, unitario y descentralizado, en modo alguno, vía interpretación constitucional, podrían proponerse —y menos aún imponerse— iniciativas de corte monpartidista, separatista o autoritario, entre otras. Y es que hacerlo significaría, en rigor, desnaturalizar la voluntad del poder constituyente que ha sido expresada en la Constitución, al optar por un determinado modelo de Estado. En este orden de ideas, creo que no suscita mayor debate que toda interpretación constitucional debe tener claro en el marco de qué tipo de Estado se está manejando y, por tanto, los márgenes dentro de los cuales debe llevar a cabo su esfuerzo interpretativo.

Asimismo, no puedo dejar de anotar que, en última instancia, si bien el origen de la Constitución es atribuible al poder constituyente, para efectos prácticos, lo que garantiza la vigencia efectiva de un texto constitucional y su respeto es la existencia de un consenso político mínimo que subyace a toda la teoría del poder constituyente y al principio de supremacía constitucional. En efecto, los presupuestos para el aseguramiento del orden constitucional no pasan únicamente por elementos jurídicos, sino que se conjugan, como no puede ser de otra manera, con factores políticos, sociales, económicos, entre otros.

No es ocioso recordar que la Constitución —muy a despecho del importante componente jurídico que siempre debe resaltarse por contribuir a la exigibilidad y eficacia de los requerimientos morales que por su intermedio se buscan promover— no deja de ser una norma con contenido político. Esto se debe no solo a que el texto constitucional, conforme se ha explicado, configura y regula la estructura y relaciones de poder en un contexto deter-

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

minado, sino que habría que recordar que detrás de toda Constitución existe —o por lo menos debería existir— un consenso político. Se trata de un acuerdo (de mínimos) al cual se supone que han llegado todos y todas haciendo a un lado pretensiones particulares, en atención a los altos intereses que se busca conseguir por medio del Estado. La naturaleza política de la Constitución, entonces, no solo se debe a su contenido, sino también al acto que le da origen.

Esto pone en evidencia que detrás de una Constitución hay —o por lo menos debería haber— una sociedad integrada en torno a ciertos elementos respecto de los cuales existe o tendría que existir consenso. Estos elementos finalmente serán plasmados en la Constitución. La confianza depositada en el texto constitucional no debería romperse y el acuerdo político que le subyace tendría que mantenerse si se quiere llevar a buen puerto la vocación de permanencia que es propia de toda Constitución.

En esa línea de pensamiento aparece el criterio interpretativo de eficacia integradora, el cual considera que la vigencia efectiva de una Constitución presupone la existencia de una sociedad integrada y dispuesta a mantenerse dentro del acuerdo mínimo al que se habría arribado. Esta es una de las funciones contemporáneas atribuidas a los diferentes tribunales constitucionales (o a las entidades que asumen funciones similares en cada Estado en particular).

Con todo lo anotado puede afirmarse que en el marco del proceso interpretativo debe observarse la naturaleza política de la Constitución y, en ese sentido, promoverse aquellas interpretaciones que coadyuven a conservar el consenso político que le es inherente desde su origen. Así, toda interpretación que se haga del texto constitucional debe contribuir a integrar a la sociedad en torno a dicho texto, y no a la inversa, pues ello llevaría a que se termine por promover el rompimiento de un sentimiento constitucional, llegando a situaciones de desconocimiento y, por consiguiente, de incumplimiento de la Constitución.

Si bien —como ha sido indicado— esto tiene una estrecha relación con la función de integración social que actualmente se otorga a las diversas cortes constitucionales, también es necesario reconocer que, debido al carácter jurisdiccional de la judica-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

tura constitucional, su ámbito de incidencia es entendido como inicialmente acotado, cuando menos para las concepciones que podrían ser denominadas clásicas, herederas del constitucionalismo moderno,⁹⁰ en las cuales juega un papel central el principio de separación estricta de funciones y la idea del juez o jueza como meros aplicadores de la ley.

Frente a ello —y sobre la base de las exigencias de justicia en sede constitucional que surgen en nuestras sociedades actuales, que nos reclaman contar con jueces activos, pero que a la vez no incurran en hiperactivismo judicial— considero necesario plantear algunos límites para la judicatura constitucional partiendo de su especial legitimidad democrática.

En este sentido, considero que los tribunales constitucionales pueden apostar por formas atípicas de respuesta que, siendo respetuosas de los poderes públicos, al mismo tiempo no defrauden las especiales funciones sociales y políticas que hoy se les han encomendado a estas entidades. Así, por ejemplo, las cortes constitucionales podrían explorar formas de solución de controversia como las “sentencias dialógicas” o las “sentencias de mera incompatibilidad”, con las cuales la judicatura constitucional no se reserva para sí una configuración excluyente de la “última palabra”, y se evitan los reclamos sobre supuestas invasiones a las competencias del político. Por el contrario, este tipo de pronunciamientos abren un escenario que favorece a la colaboración entre organismos estatales, con el propósito adicional de asegurar que ellos, a la brevedad, actúen de acuerdo con parámetros constitucionales.

De este modo, es necesario entender las funciones de los tribunales, sus límites y la legitimidad de sus actuaciones, abriendo la puerta a alternativas que permitan o favorezcan el intercambio de pareceres —respetuoso y razonable— con los actores sociales e institucionales, así como con los poderes públicos o las entidades involucradas con algún conflicto constitucional, máxime si unos u otros consideran, en función de la situación de cada quien, que han sido violados (o por lo menos amenazados) sus derechos o sus competencias.

⁹⁰ En el sentido expuesto en el cap. 1.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

En ese sentido, considero que la labor de las magistraturas constitucionales ganaría mucho si se aproxima al denominado “activismo judicial dialógico”, el cual busca dejar de lado toda forma de “elitismo judicial”. Efectivamente, y como se ha explicado suficientemente,

[...] las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas en lo que algunos, en forma muy discutible por cierto, consideran débiles credenciales democráticas del Poder Judicial; o frente al riesgo que algunos jueces, al “imponer la última palabra”, vulneren el sentido y el objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la “última palabra” y pueden ayudar a que la política y el consenso vuelvan a ocupar un lugar prominente en el proceso de toma de decisiones.⁹¹

Así visto, y más aún en los casos en los que se requiere emitir sentencias estructurales, en las cuales las cortes constitucionales suelen jugarse de manera más evidente la legitimidad de su actuación, se buscará que “[...] la solución a los problemas de violación estructural de los derechos no [pase] por una decisión vertical y autoritativa de las cortes, sino por una decisión dialogada y consensuada entre los propios actores involucrados: se favorece, así, una rama judicial siempre proclive al diálogo y a la cooperación entre las instituciones cuya actuación conjunta es requerida para revertir tales problemas”.⁹²

Ahora bien, señalado esto, cabe preguntarse cuáles podrían ser, en concreto, las “prácticas dialógicas” que podrían emplear los jueces y juezas constitucionales para, valga la redundancia, fomentar el diálogo y promover una mayor legitimidad democrática de sus decisiones.

⁹¹ Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 122.

⁹² Rojas Bernal, José Miguel, “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”, en Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.), *op. cit.*, p. 225.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Al respecto, de acuerdo con una sistematización que cabe ver con simpatía, recientemente se han considerado las siguientes estrategias dialógicas de legitimación que, a la vez, operan como límites a la actuación del juez y de la jueza constitucionales. Considero entonces que vale la pena tener en cuenta las siguientes estrategias:⁹³

- 1) la visibilización de problemas, es decir, la posibilidad de los tribunales de colocar en la agenda pública asuntos que inicialmente se encuentran excluidos del debate colectivo o que han sido poco atendidos;
- 2) el castigo de la ausencia o del déficit del diálogo público o institucional. Dicho con otras palabras, que puede evaluarse la constitucionalidad de una medida a partir de si ella fue adecuada o suficientemente discutida;
- 3) la inclusión de actores y voces en la deliberación de los casos. Ello se daría, por ejemplo, a través de audiencias públicas participativas, de audiencias y visitas *in loco* o descentralizadas, o de promover que las deliberaciones del colegiado sean públicas;
- 4) la mínima intervención judicial, procurando el máximo involucramiento de los actores políticos relevantes, con el objetivo de promover el diálogo entre actores institucionales para involucrarlos en (o delegarles) la solución definitiva del caso (o también aplicando estándares amplios de control constitucional, para que le quede al poder político un amplio margen de acción en la tutela de los derechos), y
- 5) el uso de decisiones dialógicas, por ejemplo, permitiendo la participación de los involucrados en el proceso de cumplimiento de las sentencias estructurales, o también haciendo uso de técnicas de deferencia al poder político, como sería el caso de las sentencias de mera incompatibilidad o las prospectivas. Ello por citar solo algunas de las posibilidades que en la práctica han utilizado el Tribunal Constitucional peruano y otros tribunales constitucionales.

⁹³ Sosa Sacio, Juan Manuel, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial...”, *cit.*, pp. 89 y 90.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

En síntesis, sostengo que, a efectos de redondear una adecuada concepción sobre los límites y las posibilidades de la judicatura constitucional, parece conveniente que se vea con simpatía y se analice la posibilidad de entender toda o buena parte de la labor hoy asignada a la justicia y a la judicatura constitucional en clave dialógica. Ello incluso podría fortalecer la legitimidad de lo que hace y resuelve un juez o una jueza constitucionales. En este sentido, conviene explorar y discutir las ventajas y limitaciones de dicha propuesta, en el marco de una discusión y reflexión de mayor calado —ya planteada aquí también— sobre el rol y las funciones que compete desarrollar a los jueces y juezas de los diversos tribunales constitucionales.

3.3. ALGUNOS RETOS A LA LABOR DE LOS DIFERENTES JUECES Y JUEZAS CONSTITUCIONALES

3.3.1. La rebeldía del legislador como riesgo a la labor de jueces y juezas constitucionales

Una pregunta clave dentro del constitucionalismo contemporáneo se refiere a qué pasa cuando el legislador insiste en aprobar una norma que reproduce una ley previamente declarada incompatible con la Constitución por un Tribunal Constitucional. Esta situación, denominada “la rebeldía del legislador”, no ha sido muy estudiada, a pesar de que lamentablemente cada vez es más frecuente.

Ese fue un tema abordado con brillantez en Perú por José Miguel Rojas Bernal, y de forma similar por Carles Viver Pi-Sunyer en España, entre otros. Allí se parte de constatar que la Constitución no es solo una norma jurídico-política, sino que además goza de aplicación directa. Como consecuencia de esta todavía nueva concepción de Constitución, se le incorpora a dicho texto un elemento para asegurar el cumplimiento de su supremacía normativa. Ahora bien, para que una Constitución ejerza esta dinámica contralora, la misma deberá ser interpretada. Y es que la filosofía y la práctica que inspira a la *judicia review* se ha consolidado más allá de Estados Unidos, proyectándose —con algunos matices— en Europa continental a través de los tribunales cons-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

titucionales y predominando sobre la dinámica de la supremacía del legislador; sin embargo, aquello no libera a los jueces y juezas de caer en excesos por el hiperactivismo de algunos de ellos. Tampoco nos deja al margen de, por ejemplo, una objeción a la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

A este último tema (el de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad de las leyes) José Manuel Rojas Bernal va a dedicar importantes reflexiones. Luego de realizar una buena descripción de las diferentes posiciones que se han asumido dentro de este debate, va a resaltar cómo ello va a depender, en buena parte, del concepto de democracia que se maneje, concluyendo que la objeción democrática planteada carece de una concepción clara y definitiva sobre las condiciones que permiten el buen funcionamiento del sistema democrático cuya lógica se pretenda salvaguardar.

Además se debe tener presente que la legitimidad democrática de la justicia constitucional es, por lo menos para autores como Rojas Bernal, básicamente legitimidad de ejercicio. En ese contexto se desliza ya que la rebeldía del legislador bien puede ser un modo legítimo para impulsar una deseable evolución de la jurisprudencia, a fin de adecuarla a la realidad social. En esa misma línea de pensamiento, conviene tener en consideración que la respuesta de los jueces y juezas no es excluyente. Rojas Bernal va a alegar que, reconociendo la existencia de cuestionamientos a la legitimidad de los juzgadores y juzgadoras, debe dejarse abierto el debate para que cubran las eventuales definiciones subsistentes o emergentes, buscando así evitar, en su caso, la extralimitación o el retraimiento de los diversos implicados.

Luego de estas afirmaciones, quienes han trabajado este tema definen qué se entiende por rebeldía del legislador y, además, describen los dos elementos básicos para analizar en este escenario: el de las características de las sentencias de constitucionalidad a analizar y el de los rasgos del nuevo precepto legal, cuyas propiedades deben tenerse en cuenta. A continuación, se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta rebeldía del legislador.

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

Se parte así de reconocer y justificar, como regla general, la supremacía (yo diría, en rigor, la posibilidad de interpretación de cierre) de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional sobre la del Congreso y el poder judicial. La rebeldía del legislador entonces vulneraría —o amenazaría con vulnerar— esa supremacía. Es más, se reconoce que en principio esa situación (la dación de una ley reiterativa de aquella en su momento declarada inconstitucional) por lo menos rompe una presunción de constitucionalidad y no respetaría un criterio de corrección funcional.

Se alega además que debe tenerse presente el carácter de cosa juzgada (material) de la sentencia (sobre todo estimatoria) de un Tribunal constitucional en un proceso de inconstitucionalidad. En este escenario, autores como Rojas Bernal se plantean ver lo referido a la rebeldía legislativa a una sentencia exhortativa. Aquí la obligación del legislador no parece basarse en el carácter de cosa juzgada de lo resuelto por el Tribunal Constitucional; sin embargo, se admite que ese incumplimiento podría implicar ir contra principios como los de cooperación y lealtad constitucionales.

Ahora bien, es justo anotar que fuera de esta perspectiva, más bien procesal, existe también una percepción proveniente de la teoría general del derecho. En ese contexto, Rojas Bernal se pregunta sobre qué tipo de fuerza despliega la norma concreta de una sentencia inconstitucional frente a una ley reiterativa y, además, si puede hablarse de una ley inexistente por ser carente de validez. Desde ese análisis, parecería claro que cuando el Tribunal Constitucional declara que una norma es inconstitucional no fija cuál debe ser el contenido de una ley (norma) conforme a la Constitución, pero sí impone que el contenido de la eventual nueva ley no sea el mismo de la ley considerada inconstitucional.

Sin embargo, lo que aporta con especial interés la reflexión hecha al respecto tiene que ver con analizar el tema de la rebeldía legislativa en clave de una interpretación evolutiva. Aquello parte de preguntarse si una interpretación constitucional es más bien estática e inclusive inamovible. De aceptarse esto último, se coincidiría también en que el planteamiento de diversas perspectivas no es el mismo, ya que la propia interpretación constitucional es dinámica y no estática.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A ese primer interrogante siguen algunos otros. En primer lugar, qué implica aplicar una interpretación evolutiva; en segundo término, si no debería reducirse esta capacidad de acción, más bien propia de la reforma constitucional y, luego de ello, en función de qué se sustenta esta función interpretativa y hasta dónde puede llegar el intérprete constitucional en el uso de la interpretación evolutiva (¿puede irse, por ejemplo, más allá de los límites propios de la mutación constitucional, muy a despecho de la indeterminación que para muchos tiene la mutación constitucional?).

Y es que, si la Constitución no puede leerse en forma estática, ¿no corresponde aceptar límites temporales a la cosa juzgada constitucional y, por ende, márgenes de acción a una posible rebeldía legislativa? Por otro lado, ¿qué pasa si la sentencia emitida con carácter de cosa juzgada desestimó la demanda de inconstitucionalidad? ¿Cómo queda aquí la interpretación mutativa de la Constitución? ¿El que una norma haya sido en un momento declarada inconstitucional implica que así se le entienda siempre?

Ahora bien, en este momento de reflexión conviene anotar, coincidiendo con el autor, que cualquier cambio en las denominadas “circunstancias determinantes” lleva a justificar cómo atenuar la cosa juzgada de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad. En ese escenario, autores como Rojas Bernal apuntan cómo se puede justificar el principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales, postura que, por cierto, considero muy debatible.

Rojas Bernal procede a analizar cómo podría darse una interpretación mutativa de la Constitución en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Añade que tiene sentido una interpretación constitucional mutativa sobre la norma impugnada que habría recibido una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Aclara, eso sí, que ello quedaría limitado a que el legislador dicte una norma con un contenido idéntico al ya declarado inconstitucional.

Lo expuesto permite a Rojas pasar a otro estadio de análisis. Ya no va a buscar entenderse a la rebeldía del legislador y a la ley reiterativa como un riesgo o como una irregularidad, sino como

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

un modo de colaboración entre el Congreso y el Tribunal Constitucional.

La calificación de esta postura, que en principio podría ser considerada por muchos como ilícita, se relativiza ante un cambio en las circunstancias determinantes o en la composición del Tribunal Constitucional. Es más, y explorando con más detalle, quienes promueven esta postura van a especificar en este contexto una serie de justificaciones para la rebeldía del legislador democrático (dentro de un Estado constitucional).

Ahora bien, el reconocimiento de la rebeldía del legislador y el establecimiento de justificaciones para su ejercicio —materia sin duda política— con mayor razón deben estar relacionados con ciertos parámetros de control y eventual determinación de responsabilidad. En ese sentido, previsoramente Rojas Bernal resalta la existencia de parámetros de control de constitucionalidad de aquella disposición que podemos calificar como ley reiterativa. Al respecto, precisamos señalar que el Tribunal Constitucional debe:

- a) utilizar a la Constitución (y no a la jurisprudencia anterior sobre la materia) como el parámetro interpretativo de la ley reiterativa. Coincide aquí con lo señalado por autores como Carles Viver Pi-Sunyer, asumiendo una consideración interesante, que no por ello deja de ser discutible;
- b) tener presente si en su sentencia anterior reconoció que habían diversas posibilidades interpretativas (distintas a aquellas finalmente acogidas en su momento);
- c) reconocer si hubo votos singulares en su anterior sentencia, y
- d) observar si hubo cambios en su composición (desde la emisión de su anterior sentencia).

En síntesis, autores como Rojas Bernal constatan que la Constitución, al ser una norma jurídica, presupone su garantía o control. Ahora bien, en términos interpretativos, ello debe ir de la mano de una relación entre justicia constitucional y democracia, apuntalando una interpretación dinámica que debe tener en cuenta el cambio en las denominadas circunstancias determinantes.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En este escenario procede realizar un análisis de la “rebeldía del legislador”. Dicho análisis, anota Rojas Bernal, presupone revisar primordialmente, entre otros factores, lo referido al tipo de sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, los fundamentos del fallo y el carácter omisivo o activo de la ley reiterativa aprobada por el Congreso.

Se reconoce entonces que, en principio, la ley reiterativa no goza de presunción de constitucionalidad, y que puede vulnerar o amenazar el cabal ejercicio de las competencias de un Tribunal Constitucional; sin embargo, algunos admiten que cabría aceptar dicha rebeldía si se asume cierta perspectiva interpretativa y se toman algunos recaudos y prevenciones.

Como bien puede apreciarse, se trata de un tema polémico que permite sustentar conclusiones con las cuales se puede coincidir o no, pero frente al cual, más que un límite a la labor de quienes asuman labores propias de jueces y juezas constitucionales, estamos ante un riesgo al quehacer de estos juzgadores y juzgadoras, en tanto y por cuanto, argumentándose una interpretación evolutiva, pueden soslayarse los efectos de sus sentencias y, por ende, poner en riesgo su propia legitimidad. Se hace necesario entonces tomar algunas precauciones al respecto, salvo mejor parecer.

3.3.2. El reto de la ejecución de los fallos emitidos por los jueces y juezas. ¿En búsqueda del cumplimiento de lo resuelto o de la generación de impacto con lo jurisdiccionalmente señalado?

Hoy, qué duda cabe, el papel del juez y de la jueza constitucionales es central dentro del Estado constitucional. Sus responsabilidades de interpretación vinculante y control de constitucionalidad les han dado un rol preponderante en la “concretización de la Constitución”, siguiendo los términos de Hesse. Aquello se materializa, tal como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, a través de diversas alternativas y tareas a seguir (“constitucionalización del derecho”, con sus efectos directos e indirectos; “constitucionalización de la política”; “convencionalización del derecho”; promo-

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

ción de la integración social —cohesión, inclusión, reconciliación, prevención—; mediación bajo parámetros jurídicos). Por ende, garantizar el cumplimiento de todos sus pronunciamientos es un asunto capital al interior del Estado constitucional.

Y es que, si se quiere entender el alcance de los diversos derechos, las competencias de las distintas entidades estatales y las posibilidades conforme a derecho de actuación de cualquier funcionario, autoridad o persona (natural o jurídica), se va a necesitar contar con un escrupuloso respeto de dichos pronunciamientos.

De allí la preocupación de diversos tribunales constitucionales, al igual que de otras entidades que cumplen roles similares en el derecho comparado —e incluso de tribunales convencionales o supranacionales como la Corte IDH— sobre el particular.

Así, por ejemplo, en el caso peruano se han dado varios pasos dirigidos a asegurar el cabal cumplimiento y ejecución de lo resuelto en procesos constitucionales de la libertad, tareas donde, a pedido de parte, se busca involucrar al Tribunal Constitucional.

Debe tenerse presente que lo previsto en el Código Procesal Constitucional del Perú, en sus artículos 22 (referido al régimen general aplicable a los procesos de tutela de derechos fundamentales) y 59 (destinado a la regulación del proceso de amparo), demuestra un interés del legislador por otorgar real eficacia a las resoluciones de los jueces y juezas constitucionales, aunque, justo es decirlo, pareciendo optar por un modelo en el cual el juez o la jueza de primer grado son, en principio, ejecutores de lo resuelto.

Ahora bien, y ante la preocupante constatación de que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano seguían siendo incumplidas, cumplidas deficientemente o desnaturalizadas en su fase de ejecución, problema que, por cierto, no se circunscribe a lo que ocurre en el caso peruano, el pleno de ese Tribunal Constitucional instauró el “recurso de agravio en favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”, desde lo dispuesto en la RTC 00168-2007-Q/TC. Luego, mediante la RTC 00201-2007-Q/TC, amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio incluso a favor de las sentencias emitidas en segundo grado.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el caso peruano, cierra esta relación de recursos de agravio atípicos el denominado “recurso de apelación por salto” como medio para intentar mejorar la ejecución de sus propias decisiones, participando directamente para hacer cumplir sus pronunciamientos cuando estos no son adecuadamente ejecutados por el juez o la jueza de ejecución de primer grado, sin necesidad de que conozca la Sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

Con esta constatación, por cierto, no se dejaron de lado múltiples preocupaciones expresadas, por lo menos en el caso peruano, en diversos fundamentos de voto que presenté en mi condición de juez constitucional. Dichas preocupaciones giran en torno a materias como la de una cobertura constitucional y legal insuficientemente justificada; las deficiencias también en la justificación del uso en estos casos de una siempre polémica “autonomía procesal constitucional”; el debate sobre la capacidad operativa del Tribunal para atender esta clase de requerimientos, o bien, puede alegarse que las decisiones tomadas se encuentran no solo dentro de lo “constitucionalmente posible”, sino, sobre todo, en lo “constitucionalmente necesario”. Ahora bien, muy a despecho de que pueda discutirse lo avanzado, es necesario anotar que, no solo en el caso peruano, todavía queda mucho por hacer.

Y es que con relativa facilidad puede detectarse que, si bien existen tribunales constitucionales que, como el Tribunal Constitucional peruano, han tomado diversas decisiones buscando facilitar o consolidar la ejecución de sus pronunciamientos (en Perú, p. ej., además de lo mencionado, el Tribunal Constitucional ha recurrido a fórmulas como las de la declaración de estado de cosas inconstitucional o la represión de actos homogéneos, mecanismos que, indirectamente pero ya con una mayor incidencia e iniciativa del Tribunal Constitucional, crean mejores condiciones para la ejecución de lo resuelto por dicho colegio).

Queda claro entonces que todavía hay varios debates que abordar al respecto, frente a un tema que se presenta ya como un reto a la labor de todo juez o jueza constitucionales dentro de un Estado constitucional que hoy se precie de serlo. En primer lugar, conviene tener presente hasta dónde puede llegar la ca-

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

pacidad interpretativa vinculante de jueces y juezas constitucionales ante omisiones reiteradas que causan graves y sostenidas violaciones a diversos derechos fundamentales.

El debate sobre la pertinencia de instaurar sentencias estructurales (al igual que en Colombia y en Costa Rica, siguiendo antecedentes que se remontan al caso *Brown* emitido por la Corte Suprema Federal de Estados Unidos) se hace indispensable frente a situaciones de reiterado incumplimiento en la atención de ciertas tareas legislativas, pero también frente a la necesidad de entender cuáles son los límites al accionar del juez y de la jueza constitucionales.

Y junto al tema que acabo de mencionar se presenta otro de innegable relevancia, referido a cómo asegurar el cumplimiento de lo resuelto con un mayor margen de acción del mismo Tribunal o juez constitucional. Resulta necesario pensar en materializar alternativas como cuestiones de seguimiento e, incluso, audiencias de seguimiento.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que jueces y juezas constitucionales, en general, y miembros de entidades como el Tribunal Constitucional peruano, en particular, deben tomar medidas que aseguren que sus decisiones y mandatos sean finalmente cumplidos por los obligados. Si es que no hiciera algo sobre el particular, y con mayor razón si se plantea lo contrario, no solo se deja sin tutela a derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sino además sin efectiva limitación al ejercicio abusivo de las competencias de quien tiene autoridad y, fundamentalmente, se corre el riesgo de deslegitimar al Tribunal Constitucional (o a cualquier juez y jueza constitucionales) y de desconstitucionalizar el Estado constitucional.

La opción asumida al respecto en el caso peruano —al igual que en otros Estados— ha sido, además de recurrir a mecanismos como los aquí mencionados, la de propiciar a la instauración de una Comisión de Seguimiento de Sentencias para asegurar la materialización de lo resuelto en ciertos casos considerados emblemáticos. Dicha Comisión, tal como ocurre con sus pares en otros Estados, tendrá como finalidad supervisar y velar por el cumplimiento efectivo y oportuno de este tipo de decisiones.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Esto se traducirá, primero, en registrar cuántas exhortaciones, declaraciones de estados de cosas inconstitucionales, declaraciones de estados de hecho inconstitucionales, sentencias estructurales que eventualmente puedan emitirse y, finalmente, todas aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que requieran de un seguimiento específico.

Esta Comisión cuenta con facultades para impulsar las coordinaciones interinstitucionales que resulten necesarias y las propuestas técnicas y apremios legales que sean oportunos. Ello con la finalidad de que las situaciones de incumplimiento a lo resuelto (en este caso, por el Tribunal Constitucional peruano) sean efectivamente revertidas.

Por otro lado, en lo referido a las audiencias de cumplimiento, estamos también ante una experiencia de innegable interés. Se convoca entonces a las partes implicadas para asegurarse de que sí han cumplido con los diferentes extremos de la sentencia que dictó el Tribunal y, luego de ello, de ser necesario, dictar pronunciamientos con carácter de sentencia para determinar cómo debe darse la ejecución de lo ya resuelto, determinación que obliga tanto a los diferentes poderes públicos como a los particulares.

Sin embargo, este no es el único elemento sobre el cual fijar posición. Por ejemplo, tener clara la diferencia entre cumplimiento e impacto es fundamental. Debe quedar claro si el juez o la jueza constitucionales —y con mayor razón, un Tribunal Constitucional (o la entidad que haga sus veces)— quieren tener una incidencia cuantitativa en la ejecución de lo previsto en sus sentencias o, más bien, se preocupan por asegurar que lo resuelto en casos considerados emblemáticos no solo se materialice, sino que esa última actuación sea conocida y aplicada a ese caso y a situaciones sustancialmente iguales.

Frente a esta disyuntiva conviene tener presente, por un lado, el efecto multiplicador de los pronunciamientos de jueces y juezas constitucionales (máxime si se trata de integrantes de tribunales constitucionales o de entidades que hagan sus veces) y, por el otro, la imposibilidad material de que, sobre todo las altas cortes, puedan involucrarse en la ejecución de todos los fallos que emite —o, por lo menos, de la gran mayoría—. En síntesis,

Límites y retos de la jurisdicción constitucional

creo que es necesario apuntalar el cumplimiento de las resoluciones ya emitidas, pero priorizando una dinámica de impacto, más acorde a la dimensión objetiva de los diferentes procesos constitucionales (y principalmente, de aquellos de la libertad).

Probablemente no son las únicas alternativas al respecto, y sin duda puede haber múltiples observaciones sobre lo previsto. Ahora bien, lo importante aquí es señalar la relevancia del tema, especialmente su innegable importancia no solo como reto a la labor de un juez o una jueza constitucionales, sino por lo que implica en relación con su propia legitimidad y la legitimidad de su quehacer.