

Conclusiones

1. El cambio del concepto de Constitución ha tenido sin duda importantísimas consecuencias. Hoy, la Constitución es considerada una norma jurídica (o un conjunto normativo) cuyo fin último es asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos nosotros. Para ello establece pautas de configuración del poder y diversos tipos de disposiciones, cuya vigencia busca asegurar. Es tanta la expansión del concepto que algún calificado sector de la doctrina considera que el mismo se encuentra al borde de su desnaturalización.¹
2. La Constitución, además, es concebida como el punto de partida de una serie de fenómenos (como son la constitucionalización tanto del derecho como de la política, desde una comprensión convencionalizada de la Constitución). Asimismo, se entiende que la irradiación de los efectos de la Constitución en la sociedad y a través de las diversas ramas del derecho implica manejarse con criterios y pautas que coadyuven con las magistraturas para realizar su labor de garantizar una eficiente interpretación conforme a la Constitución, así como un eficaz control de constitucionalidad. En este sentido, cobran importancia y protagonismo, por ejemplo, la interpretación y la argumentación constitucionales.

¹ En ese sentido, Torres del Moral, Antonio, “Elementos de la ideología constitucionalista y su difícil recepción en España”, *Revista de Derecho Público*, Madrid, núms. 75-76, mayo-diciembre de 2009, p. 627.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3. En el contexto que indicamos, ha variado el sentido de lo que ahora se entiende por constitucionalismo. Así, con independencia de los matices que pudieran existir al respecto, actualmente nos encontramos con aquello que podemos calificar como “constitucionalismo contemporáneo” (distinto del “constitucionalismo moderno” o fundacional, que surge a fines del siglo XVIII) y que precisamente se caracteriza por apostar por que la Constitución impregne con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho, así como toda la vida social, política, económica o cultural en un Estado o una sociedad en particular. Al respecto, si bien la fuerza jurídica de la Constitución y su irradiación se dio más tempranamente en Estados Unidos (siendo emblemático el caso *Marbury vs. Madison*), en Europa continental —tradición a la cual, respecto a este punto, América Latina se encuentra más próxima— ocurrieron diversos acontecimientos que vale la pena destacar, y que son un síntoma o manifestación de este nuevo tipo de constitucionalismo: tal es el caso del empleo de la llamada “fórmula de Radbruch” (conforme a la cual el derecho extremadamente injusto no debe ser considerado como derecho válido), la defensa de la conexión entre derecho y moral, la distinción entre normas-reglas y normas-principios, la apelación a normas *ius cogens* (p. ej., como ocurrió, con los Procesos de Núremberg), entre algunas de las cuestiones más relevantes.
4. No obstante lo anterior, resulta importante resaltar que existen dos versiones o concepciones distintas sobre el constitucionalismo contemporáneo a las cuales nos hemos referido: por un lado tenemos el “constitucionalismo positivista” o “garantista” (que en lo esencial parte de un modelo descriptivo de la Constitución, que no concibe una diferencia cualitativa entre interpretar la ley y la Constitución, y sostiene la existencia de una conexión contingente entre derecho y moral) y, por el otro, el “constitucionalismo no-positivista” o “pospositivista” (que, a su vez, se basa en un modelo axiológico de la Constitución, postula que existe una diferencia cualitativa entre la interpretación constitucional y la interpre-

Conclusiones

tación de la ley y parte de la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral).

5. Por mi parte, aunque con algunos matices y previsiones, he anotado que me encuentro más próximo a la concepción pospositivista de constitucionalismo, en la medida en que considero que el derecho (o mejor aún, “decir el derecho”) significa e implica mucho más que adscribir significados a textos jurídicos, sino que —en el marco de un ordenamiento constitucionalizado— adicionalmente conlleva resolver conforme a los valores y principios constitucionales.²
6. Además, constatamos que en buena parte de Estados europeos la “fisonomía jurisdiccional” de las entidades encargadas de efectuar interpretación vinculante de la Constitución se fue modificando con la promulgación de nuevas constituciones y con la creación de instituciones que ha convenido en denominar magistraturas constitucionales (básicamente tribunales y cortes constitucionales), las cuales han terminado por asumir la labor de interpretación y control de la constitucionalidad (las cuales también hacen efectivos los alcances normativos y vinculantes de la Constitución, en el marco ya indicado del “constitucionalismo contemporáneo”). En ese sentido, por cierto, se difunde y consolida un modelo de control constitucional de carácter eminentemente jurisdiccional, frente a otros tipos o modos de control, de carácter político, por ejemplo. En este contexto de expansión y consolidación de cortes o tribunales constitucionales se entiende de mejor modo el reciente protagonismo de los

² Ahora bien, es oportuno tener presente, como bien anota Torres del Moral, que muchas veces contar con una Constitución no implicaba —y lamentablemente no implica— el respecto a esos parámetros constitucionales, e incluso era posible hablar de “falseamiento” de las constituciones. Véase al respecto *ibidem*, p. 629. Incluso pueden darse casos donde las labores de jueces y juezas constitucionales distorsionan su labor y apuntaban más bien a destruir al Estado constitucional y democrático que deberían fortalecer. Véase en ese sentido, como valioso ejemplo, Brewer-Carías, Allan, *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

jueces y las juezas constitucionales (quienes desplazan al legislador en dicho rol) y se trastoca radicalmente el paradigma dogmático-legalista que antes guiaba la interpretación jurídica de los juzgadores, quienes respondían a un claro influjo positivista.

7. Todas estas modificaciones mencionadas en los puntos anteriores (en lo esencial: cambios tanto en la comprensión del derecho como en los alcances del constitucionalismo), junto con otros factores, han llevado a que se reformule el rol y los alcances de la labor de los jueces y las juezas constitucionales, quienes actualmente son los principales impulsores de la constitucionalización del derecho y la constitucionalización de la política.³ También les corresponde un rol central frente a la convencionalización del derecho.
8. Además de lo anotado, les corresponden labores de integración social (cohesión, inclusión, prevención, reconciliación), mediación y orientación, solo por destacar algunas de las responsabilidades más importantes que ahora tienen a su cargo. De esta manera, las cortes o tribunales constitucionales no son tan solo actores jurídicos, sino también, sin duda, actores sociales importantes.
9. El desarrollo de estos nuevos roles ha llevado también a que los jueces constitucionales cuenten hoy con una serie de alternativas para su actuación a nivel técnico, las cuales no siempre son aceptadas por todos. Y es que si alguna vez rigió aquello del “legislador negativo” (en relación con lo que le toca hacer a tribunales y cortes constitucionales), actualmente estamos en las antípodas de esa posibilidad. En efecto: procesos de tutela de derechos fundamentales, sentencias interpretativas, sentencias estructurales, inconstitucionalidades por omisión y un

³ Y, por ende, responsables de consolidar principios fundamentales del constitucionalismo, como la garantía de las libertades (derechos) y la división de poderes; la soberanía nacional (con todos los cambios en su actual comprensión); igualdad o la descentralización territorial. En ese sentido, Torres del Moral, Antonio, *op. cit.*, pp. 630 y ss.

Conclusiones

largo etcétera son demostraciones palpables de lo que se acaba de anotar.

10. Hoy, como bien indica Manuel Aragón Reyes,⁴ cabe sostener que Constitución y justicia constitucional, por lo menos en un Estado constitucional, son realidades inseparables. Y es que cuando las constituciones, primero en Estados Unidos y luego en Europa, fueron desplegando la potencialidad propia de sus postulaciones, se hizo presente que solamente concibiendo a la Constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficiencia a esa supremacía jurídica, esta podría regir efectivamente la vida de una comunidad.⁵
11. En la misma línea de lo planteado por Aragón,⁶ si se asume que no hay en rigor derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento, donde existe una verdadera Constitución (Constitución normativa en términos de Loewenstein), jueces y juezas controlan la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento y de los actos que en su aplicación se realizan, y la justicia constitucional deviene en la aplicación jurisdiccional (en clave de concretización, añadiría, siguiendo a Hesse) de la Constitución.
12. En este escenario, los jueces y las juezas constitucionales cuentan con un margen interpretativo que, sin duda, ha rebasado los márgenes asignados a una interpretación jurídica más tradicional. Lo expuesto redundaría en una judicatura constitucional muy activa y dotada de variados recursos para desarrollar una línea activista (bien entendida, como punto medio entre el “quietismo” indolente, complaciente o temeroso, y el “hiperactivismo” arrollador, abusivo y absolutista). Ahora, pese a encontrarse plenamente justificado lo anterior, también es cierto que este radical cambio de escenario, de todas maneras, genera más de una preocupación (en especial si no están

⁴ Aragón Reyes, Manuel, “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, 2019, p. 13.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 14.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

claros los alcances de su actuación y los límites para los tribunales y cortes constitucionales).

13. Sin duda alguna, jueces y juezas constitucionales pueden y deben pronunciarse sobre materia política, económica o de otra índole. Tomar en cuenta las consecuencias de ese tipo es comprensible, pero aquello no debe perder de vista que las decisiones de estos juzgadores y juzgadas siempre tendrán que sustentarse en razones jurídicas. Les toca interpretar la Constitución y efectuar la interpretación constitucional de la ley y el resto del ordenamiento jurídico y de las manifestaciones de la vida humana con relevancia jurídica.
14. Además, conviene tener presente que la subordinación de la actuación estatal y de las relaciones entre particulares a la vigencia de los contenidos de la Constitución, así como la institucionalización de la magistratura constitucional, permiten identificar distintas tendencias en el derecho constitucional comparado en relación con la interpretación “conforme con la Constitución” y con el control judicial de constitucionalidad. Entre estas tenemos: *i*) la derrota de los mecanismos de control sin naturaleza o fisonomía jurisdiccional; *ii*) la derrota del “legislador negativo” y la consolidación del juez o jueza constitucionales como mediadores jurídicos; *iii*) el juez o jueza constitucionales como promotores de la constitucionalización del derecho y de la política, y *iv*) la especialización de la jurisdicción constitucional.
15. Indudablemente, múltiples observaciones podrían plantearse ante este nuevo estado de cosas. Las especiales características del texto constitucional, a nivel de su origen, su rol, su contenido y la naturaleza de las disposiciones que contiene, marcan sin duda los alcances que se pueden hacer. Luego de ello, y si de asumir una tarea jurisdiccional se trata, en primer lugar cabría preguntarse por la pertinencia, necesidad e idoneidad de recurrir al espacio jurisdiccional para abordar estos temas. En segundo término, convendría interrogarse respecto a la legitimidad con la que cuenta el juez o jueza constitucionales para

Conclusiones

desempeñar las tareas que se les ha encargado hoy, tareas centrales para el funcionamiento y la consolidación de todo Estado constitucional que se precie de serlo.

16. No debe entonces perderse de vista que, en la misma línea de lo planteado por calificados autores,⁷ la interpretación de la Constitución, dado el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus disposiciones, reclama una recreación y adaptación de la norma a nuevas circunstancias. Ello también tiene un límite, derivado del significado que sus términos (o lo que refiere de ellos o de su interpretación sistemática o convencionalizada) tienen. Por otro lado, en la interpretación constitucional, por ejemplo, de la ley, no debe soslayarse que esa capacidad de comprender la ley conforme a la Constitución no debe desconocer o distorsionar lo que la primera dice.
17. En cualquier caso, resulta pertinente observar que en este trabajo se rescata la importancia del espacio jurisdiccional como lugar para la interpretación vinculante de la Constitución y para el control de constitucionalidad. Eso sí, con ciertas prevenciones: no todo puede ser directamente tutelado en sede jurisdiccional, ni necesariamente comprendido bajo parámetros jurídicos en principio; sin embargo, también es cierto que existen asuntos que reclaman tutela jurisdiccional directa y hasta urgente; y materias donde la alternativa de acudir ante un juez o una jueza queda como una posibilidad (y hasta como una exigencia) o deviene en un último recurso. Ello muy a despecho de la mayor o menor eficacia que esa alternativa tenga en algún caso particular.
18. La labor interpretativa, así como su resultado, tienen estrecha relación con la posición que asume el juez y jueza constitucionales frente al fenómeno de lo jurídico, en general, y de la norma o normas jurídicas objeto de análisis, en particular. La identificación de los rasgos característicos de las normas constitucionales y su vigencia efectiva adquirida en las últimas décadas requiere contar con un

⁷ Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 45.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

método de interpretación que sea *ad hoc* a las necesidades y exigencias constitucionales. Por esa razón, he optado por analizar las peculiaridades de la interpretación constitucional, la cual se refiere a los siguientes aspectos: a) los agentes de la interpretación; b) las técnicas interpretativas; c) los problemas de la interpretación, y d) el modelo de Constitución adoptado.

19. Ello, sin duda, no siempre generará consensos. Así, por citar algunos casos, aun cuando se puede constatar un actual acercamiento de los “viejos modelos” (difuso y concentrado), se pueden encontrar discrepancias sobre el efecto de los tribunales supranacionales en la labor de la jurisdicción constitucional de cada Estado, la adhesión o el rechazo al uso de pautas como las sentencias interpretativas, las sentencias piloto o las sentencias estructurales.
20. Por ende, se entiende por qué el tema de la legitimidad del juez o jueza constitucionales es tan crucial como polémico. Es más, a lo largo de los años ha habido justificaciones y críticas de lo más diversas (p. ej., a la posibilidad de controlar a órganos elegidos populares por quienes no han tenido ese tipo de elección, o a la facultad de “gobernar” de los jueces y juezas en función de su capacidad de controlar a otros funcionarios). Sin ser una materia central en el presente trabajo, sí se trata de un asunto de enorme importancia y muy vinculado a aquello que aquí me propuse abordar. Considero, luego de esas anotaciones, las cuales desconocen los verdaderos alcances de la democracia (constitucional) y su verdadera compatibilidad entre democracia y jurisdicción constitucional,⁸ que además existe sustento para asumir que el juez y la jueza constitucionales hoy se encuentran legitimados en su labor. Ahora bien, sugiero también que podría explorarse cómo enriquecer esa legitimidad apuntalando para ello el uso de dinámicas deliberativas.

⁸ Véase un desarrollo detallado de esta aseveración, con el cual coincido, en *ibidem*, pp. 21-23.

Conclusiones

21. La materia en la cual he centrado mi atención después de reseñar los actuales alcances de la labor de jueces y juezas constitucionales se encuentra relacionada con los límites a su quehacer y a los riesgos que estas limitaciones pueden generar. Ahora bien, para fijar una postura al respecto, conviene tener en cuenta la especial influencia que pueden tener ciertas dinámicas, las cuales, por cierto, encuentran matices en función del lugar, la coyuntura o el tiempo en que se pide actuar al juez o jueza constitucionales (su relación con la judicatura ordinaria, su vinculación con otros organismos constitucionalmente autónomos, etcétera).
22. Lo primero por precisar es que apostar por la autorrestricción como límite para la judicatura constitucional es impreciso, cuando no inocuo. Impreciso en la medida en que 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 vulneración— de bienes constitucionales valiosos. Inocuo, pues es un límite insuficiente, e incluso puede ser puesta en duda su condición de verdadero límite, pues no parece cumplir con serlo la sola⁹ “buena voluntad” de autocontención por parte de las cortes constitucionales.
23. Luego de tomar en cuenta los factores descritos, he intentado hacer una presentación de aquellos límites que he considerado que pueden predicarse del actual quehacer de un juez o jueza constitucionales. Estas limitaciones, por cierto, van más allá de la ya mencionada *self-restraint*, o también del respeto hacia aquello que los juzgadores y juzgadas deben asumir como parámetro que encuadra su labor: el texto mismo de la Constitución, su lectura sistemática, su comprensión convencionalizada y lo que pueda inferirse de todo ello.⁹

⁹ En este sentido, resulta muy importante, entre otras, las reflexiones hechas por García, Eloy, “La sustitución de la Constitución en el derecho consti-

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

24. Por todo lo anotado, hemos explicitado y desarrollado algunos importantes límites que encontramos a la labor de juez o jueza constitucionales. Estos límites pueden clasificarse en: 1) intrínsecos, y 2) extrínsecos. Los primeros, a su vez, pueden subclasificarse en: 1.1) relacionados con su carácter de autoridad, y 1.2) relacionados específicamente con la función jurisdiccional de un juez o una jueza constitucionales. A los segundos es posible clasificarlos en límites: 2.1) en función de la naturaleza de las situaciones que resuelven, los cuales pueden ser casos fáciles, difíciles y trágicos, y 2.2) en función de sus roles y legitimidad político-democrática.
25. Siendo así, el juez o jueza constitucionales no pueden ni deben olvidar los límites que se deducen de su condición de autoridad, que tienen el deber institucional de cumplir y hacer cumplir el derecho. Asimismo, de su carácter de autoridad se extrae el hecho de que, cuando menos en su actuación, deben respetar criterios de racionalidad (lógica, sensatez), de razonabilidad (proscripción de la arbitrariedad) y de corrección funcional (desarrollo de las competencias propias y de las que se desprendan o infieran de ellas).
26. Por otra parte, no se trata de cualquier autoridad, sino que tienen la específica condición de autoridades jurisdiccionales, de lo cual se desprenden atribuciones y restricciones particulares. Al respecto, como consecuencia de la naturaleza jurisdiccional de la labor que desempeñan, puede afirmarse que estamos ante una forma de control jurídica (aunque con los matices que acarrea tratar con una norma con tantas peculiaridades como la Cons-

tucional colombiano”, *Revista de Derecho Político*, núm. 95, enero-abril de 2016, pp. 233 y 255. Allí, el autor constata la dificultad generada por haber recogido en Colombia una noción vieja del derecho alemán (“sustitución de la Constitución”), sin centrarse a lo que dicho autor reclama como propio del Estado constitucional (y me permito añadir, como propio de las atribuciones de jueces y juezas constitucionales): declaración de inconstitucionalidad por los juzgadores y las juzgadoras, y otorgamiento de un cierto margen de acción para los distintos poderes constituidos.

Conclusiones

- titución), y que requiere de un ejercicio moderado y prudente de sus funciones.
27. Por otra parte, lo que es objeto de análisis y solución por parte de los jueces y juezas constitucionales también puede estar relacionado con algunos límites asociados al tipo de disposición que se debe interpretar (concretizar) y al tipo de situaciones que conocen en sede jurisdiccional (las que, conforme a una conocida clasificación, permiten distinguir entre casos fáciles, casos difíciles y hasta trágicos). Al respecto, tenemos que mientras más se distancie un caso de ser “fácil”, el juez o jueza constitucionales tendrán un mayor margen de acción discrecional, lo cual ciertamente no significa que tengan total libertad para decidir con base en su subjetividad o sus propias convicciones, si estas no coinciden con los parámetros constitucional o convencionalmente vigentes.
28. La relevancia del parámetro convencional o constitucionalmente convencionalizado hoy es vital, aunque, por cierto, con alcances muy diferentes. Y es que, por un lado, la convencionalización del derecho y los derechos sin duda enriquece los contenidos que puede apuntalar la interpretación hecha por el juez y jueza constitucionales, pero, por el otro, también opera como límite al quehacer de los mismos.
29. En todo caso, dentro de una dinámica de cambios que involucran buscar legitimar y delimitar mejor las tareas de los jueces y juezas constitucionales, ha sido necesario explicar cómo su labor puede verse fortalecida o, mejor aún, legitimada social o democráticamente, en la medida en que puede articularse con opciones deliberativas o dialógicas (es decir, con aquellas que promueven un diálogo inclusivo entre los diversos actores involucrados en los casos, tanto las víctimas como los responsables de alguna violación o amenaza, provengan de entes estatales, e incluso la sociedad civil). Es más, bien podría afirmarse que la falta de legitimación, sobre todo en ciertos casos, puede constituir una violación para el quehacer de los tribunales, jueces y juezas constitucionales.

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

30. Esta necesidad de plantearse la labor de jueces y juezas constitucionales implica abordar una dinámica que podemos denominar dialógica, no solo en el trámite de un proceso, sino también en la generación de la respuesta que se da frente a la pretensión o pretensiones que quieren resolverse con el mismo (máxime si aquello tiene que ver con la protección de sectores tradicionalmente calificados como vulnerables) y en la ejecución de lo resuelto. Como bien anota Manuel Aragón Reyes: “[...] otra condición para que en el futuro se mantenga la justicia constitucional es la de asegurar que sus decisiones se cumplan, de manera que los órganos que la desempeñan posean las competencias suficientes para hacer efectiva la plena ejecución de sus resoluciones [...]”.¹⁰

¹⁰ Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 40.