

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera\* (Perú)

## Juez constitucional y activismo: entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente recusable. Legitimidad, límites y retos\*\*

### RESUMEN

El tema de la legitimidad del juez constitucional es tan crucial como polémico. Es más, a lo largo de los años ha habido justificaciones y críticas diversas. Considero, luego de realizar algunas anotaciones, que existe sustento para asumir que el juez constitucional hoy se encuentra legitimado en su labor. Ahora bien, sugiero también que podría explorarse cómo enriquecer esa legitimidad apuntalando para ello el uso de dinámicas deliberativas.

La materia en que, sin embargo, he centrado aquí mi atención, después de reseñar los actuales alcances de la labor de los jueces constitucionales, se encuentra relacionada con los límites al quehacer del juez constitucional, y los riesgos que estas limitaciones pueden generar, así como a los retos que enfrenta la labor activista del juez constitucional.

**Palabras clave:** jurisdicción constitucional; activismo judicial; límites.

---

\* Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional. Magistrado y exvicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú; profesor visitante o conferencista invitado en el Parlamento Europeo y universidades, centros de estudios y cortes constitucionales de Alemania, Italia, Francia, España, Suiza, Polonia, Brasil, Argentina, México y Corea del Sur, entre otros países europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional, y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Penal. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor de diversos libros y artículos sobre su especialidad. [eaespino@gmail.com](mailto:eaespino@gmail.com), <https://orcid.org/0000-0003-1205-448X>.

\*\* Este texto recoge en gran parte las reflexiones hechas en un capítulo de mi libro *Sobre los límites al juez constitucional* (Lima: *Gaceta Jurídica*, 2019) (ya hay una segunda edición corregida y ampliada en imprenta).

## **Constitutional judges and activism: between the constitutionally necessary and the constitutionally objectionable. Legitimacy, limits and challenges**

### **ABSTRACT**

The issue of the legitimacy of constitutional judges is as crucial as it is controversial. Furthermore, over the years there have been different justifications and criticisms. After making some observations, I believe that there is support for assuming that the work of constitutional judges is legitimate. Now, I also suggest exploring how that legitimacy could be enriched by shoring up the use of deliberative dynamics. However, the subject on which I have focused my attention, after reviewing the current work of constitutional judges, is related to the limits on that work, and the risks that those limitations may generate, as well as the challenges faced by the activist work of constitutional judges.

**Keywords:** Constitutional judge and jurisdiction; judicial activism; limits.

## **Zum Aktivismus von Verfassungsrichtern: zwischen dem verfassungsrechtlich Notwendigen und Verwerflichen. Legitimität, Grenzen und Herausforderungen**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die Frage der Legitimität von Verfassungsrichterinnen und -richtern hat grundlegenden Charakter und ist zugleich umstritten. Zudem haben sich die Begründungen und Kritiken im Lauf der Jahre geändert. Der Beitrag legt die Legitimitätssicherung der Tätigkeiten von Verfassungsrichterinnen und -richtern dar und zeigt die Möglichkeit der Festigung dieser Legitimität durch den verstärkten Einsatz von Verhandlungsdynamiken auf. Neben der Darstellung des Geltungsbereichs der verfassungsrichterlichen Tätigkeit richtet sich das Hauptaugenmerk des Beitrags zum einen auf die Grenzen, die dem Handeln von Verfassungsrichtern gezogen sind, und auf die damit verbundenen Risiken, zum anderen aber auch auf die Herausforderungen, vor denen ihr juristischer Aktivismus steht.

**Schlagwörter:** Verfassungsrichter/-innen; juristischer Aktivismus; Grenzen.

## **1. Anotaciones iniciales**

Muchas veces he considerado –y coincido con otros– que Kelsen jamás pensó que un juez constitucional podía limitarse a ser un legislador negativo, circunscrito a detectar qué se puede hacer desde una comprensión de control (y no de interpretación), que no quería hacer frente a un contexto donde (en mi opinión, erróneamente) se hablaba de una supremacía de los parlamentos o congresos (y, en ese mismo sentido, de los legisladores). Y es que, como siempre debió ser, y en la misma línea de lo adelantado por la Suprema Corte Federal estadounidense en *Marbury vs. Madison*, los jueces constitucionales deben ser intérpretes

vinculantes y no meros controladores del cumplimiento del parámetro constitucional.

El parámetro constitucional debe ser entendido como un punto de partida para concretizar, materializar y llevar a la práctica los diversos principios, deberes, derechos y demás preceptos recogidos en la literalidad del texto constitucional, o deducidos de su interpretación sistemática e incluso convencionalizada. Aquello lleva a contar con jueces activistas, dedicados a dirigir (sin convertirse en dictadores del proceso) lo puesto en su conocimiento para así buscar asegurar la plena vigencia de los derechos de todos, potenciando para ello límites al ejercicio del poder en sus diversas manifestaciones.

Ese necesario activismo de los jueces constitucionales no implica dejar todo a su capricho, ni descartar que estos juzgadores deben desenvolverse dentro del escenario de poder limitado, propio de todo Estado constitucional contemporáneo. Así, estos requieren legitimidad; deben reconocer que se desenvuelven en escenarios de inevitable tensión; tienen que respetar diferentes tipos de límites, los cuales van más allá de su autorrestricción; y, por no hacer una lista interminable, deben tener presente que su quehacer genera retos prácticamente todos los días, ante los cuales es indispensable que fije posición (lo suficientemente firme para atender los requerimientos inmediatos, pero también lo debidamente dinámica para entender, y, eventualmente, incluir los cambios que demande el contexto existente).

Si los jueces constitucionales actúan sin legitimidad, no perciben los necesarios límites a su labor, no se dan cuenta de las tensiones a las cuales deben hacer frente, o no se preparan ante los riesgos que puedan desvirtuar su labor y solamente se dedican a imponer su voluntad para así favorecer simpatías políticas, atender lo deseado por sectores económicos o de otra índole, caen en lo que el gran procesalista Augusto Morello, entre otros, denominó hiperactivismo,<sup>1</sup> lo cual se encuentra en las antípodas de lo que el Estado constitucional y la ciudadanía requieren de un juez constitucional. Ese hiperactivismo es una situación que a todas luces debe evitarse, y si dicho quehacer no puede ser dejado de lado, se hace indispensable descalificarlo desde la sociedad civil, la academia y el foro, sin perjuicio de otras medidas que puedan tomarse.

Sobre todas estas materias hablaremos en el presente texto, en el cual terminamos invocando pasar a un juez constitucional mejor legitimado y más comprometido con su quehacer, recurriendo, por ejemplo, a procesos y sentencias dialógicas. Así se abandonaría la idea de contar con jueces que, prácticamente desde una torre de marfil, se pronuncian casi sin contacto alguno sobre los diversos conflictos o situaciones de incertidumbre con relevancia constitucional que ocurran en su entorno. Ojalá lo aquí planteado les sea de alguna utilidad.

---

<sup>1</sup> Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, "Las difíciles relaciones entre los jueces constitucionales y la judicatura ordinaria", en *Rigor doctrinal y práctica forense*, ed. por José Luis Vázquez Sotelo (Barcelona: Atelier, 2009), 389.

## 2. El cuestionamiento a la legitimidad del activismo del juez constitucional: las ventajas de usar una dinámica dialógica

### 2.1. Legitimidad y el margen de acción del juez constitucional en un Estado constitucional y democrático

Un cuestionamiento actual a la judicatura constitucional, directamente vinculado con los temores que se muestran frente al activismo judicial (en mi opinión, más dirigida a un hiperactivismo), 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”, espacios extraídos de la deliberación colectiva, en tanto y en cuanto han sido colocados en la Constitución (como es el caso emblemático de los derechos fundamentales). La cuestión de fondo es, entonces, si los jueces 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 distintos presupuestos, los cuales no siempre son incompatibles entre sí o, cuando menos, no lo son del todo. Pasaré a exponer seguidamente 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, menciono a la posición que alude a la llamada “objeción” o “dificultad contramayoritaria”.<sup>2</sup> Esto debido 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 que incluso han decidido ya. Dicho con otras palabras, se señala que los tribunales y los jueces 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, 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

---

<sup>2</sup> Cfr. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978); Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011).

fundamentales frente al poder político o al poder social, conforme a sus competencias ordinarias, corre el riesgo de ser considerada por algunos como ente de carácter “contramayoritario” y, en tal sentido, sería una institución típica o tendencialmente antidemocrática (entendida, ciertamente, 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 Constitución (o que se infieren de ella o que resultan incluso de su lectura sistemática o convencionalizada).

En esa misma línea de pensamiento, además, contemporáneamente hay una tendencia a darles 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 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, por ejemplo, promueve el llamado “constitucionalismo del Commonwealth”, y como también lo sostiene el denominado “constitucionalismo democrático”, tal como lo sustenta cierto sector de la doctrina.<sup>3</sup>

Al respecto, se señala que darles la “última palabra” a los jueces implicaría incurrir en un indeseable “elitismo”, que se sustentaría en prejuicios tanto sobre la democracia como acerca de aquello que pueda decidir el pueblo democráticamente. Esta perspectiva, se indica, sería abiertamente contraria al principio de “igual dignidad” de las personas.<sup>4</sup> No obstante ello, otros plantean que 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. Recordemos, al respecto, que tanto la Constitución como la judicatura constitucional surgieron con la finalidad de limitar efectivamente el poder y, en especial, el poder político de espacios como las asambleas legislativas, aun cuando dichas asambleas son entidades compuestas por representantes del pueblo.

Ahora bien, y frente a esta posición referida a la “objección contramayoritaria”, la cual discute sobre en quién debe recaer la “última 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 (vinculada al respeto irrestricto del “principio de mayoría”

<sup>3</sup> Ver Roberto Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 38 (2013): 191-224.

<sup>4</sup> Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdo* (Madrid: Marcial Pons, 2005).

y los procedimientos para la conformación de las decisiones políticas), para planear 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”.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

En este sentido es que se entiende al “gobierno de las mayorías” como un gobierno 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”<sup>7</sup> o “esferas de lo no decidible”.<sup>8</sup> O incluso se va más allá, pues se encuentra que los derechos constitucionales son entendidos como “triumfos” frente a las mayorías,<sup>9</sup> o también se les considera como “cortafuegos” frente a la discrecionalidad (en rigor, ante el riesgo de confundir discrecionalidad con arbitrariedad).<sup>10</sup>

Necesario se hace anotar aquí cómo la concepción a la cual acabo de hacer referencia no reconoce inmediatamente que los derechos, o más específicamente su contenido y alcances, no están necesariamente claros (por el carácter abierto e indeterminado que hoy suele reconocérsele a los derechos) y, por ende, el afirmar que se trata 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, sí podría ser razonable el cuestionamiento que se hace a la falta de legitimidad democrática de los jueces, si es que estos resuelven cuestiones polémicas en función de sus propias concepciones sobre el mundo, sobre lo justo o sobre los derechos fundamentales, a pesar de que dichas perspectivas no coincidan con el parámetro constitucional.

Al respecto, corresponde señalar que si bien los jueces no deben decidir los casos complejos buscando dar gusto a las mayorías (pues su relación con los ciudadanos no es de representación política), tampoco es deseable que ellos decidan de manera subjetiva o antojadiza, como podría ocurrir. Y es que nunca debe perderse

---

<sup>5</sup> Hago aquí mía la idea de “democracia sustancial” en el sentido indicado por Luigi Ferrajoli [*La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Trotta, 2014), 51 y ss.], antes que, por cierto, en el sentido usado, por ejemplo, por Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica), 1986.

<sup>6</sup> Véase Peter Häberle, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002), 65.

<sup>7</sup> Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (1989): 209 y ss.

<sup>8</sup> Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008): 337 y ss.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1989), 37.

<sup>10</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid, Trotta, 1998), 332.

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 dichas disposiciones, o lo que puede deducirse de una interpretación sistemática e incluso convencionalizada de estas. Una interpretación fuera de estos parámetros sin duda puede ser muy respetable, pero no es la que corresponde a un juez constitucional.

Una tercera concepción, también vinculada con 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”.<sup>11</sup>

Desde esta perspectiva que parte, digamos, de una concepción “procedimental” de democracia,<sup>12</sup> la judicatura constitucional no se encarga de la protección de contenidos considerados como “sustantivos” (como serían, conforme a lo indicado incluso en ese mismo texto, los derechos fundamentales). La judicatura constitucional tendría más bien como labor la destinada a salvaguardar algunos elementos que, independientemente de poder ser o no considerados derechos, son considerados sin duda presupuestos operativos o funcionales de la democracia, como puede ser 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 les correspondería a los jueces decidir sobre el contenido material de la Constitución o sobre el alcance de los derechos, pues ello es labor de la política. La labor jurisdiccional sería la de garantizar que dichos contenidos sean estatuidos por los órganos democráticos. Ello dentro del marco de un sistema político plural, abierto e inclusivo que funcione efectivamente, en el marco 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:

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

---

<sup>11</sup> Francisco Javier Díaz Revorio, *La ‘Constitución abierta’ y su interpretación* (Lima: Pa-lestra, 2004), 206-207.

<sup>12</sup> Ely parte de la idea de que “la Constitución norteamericana contiene procedimientos y estructuras, no valores sustantivos, lo cual permite 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, *La ‘Constitución abierta’...*, 203.

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, si los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones [...] de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumentos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defienden.<sup>13</sup>

Finalmente, procedo ahora 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 dialógica 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.<sup>14</sup>

En el ámbito específico de las relaciones entre democracia y judicatura constitucional, esta versión de democracia aportaría básicamente dos cosas: en primer término, que en atención a este tipo de democracia debe privilegiarse el diálogo político incluyente, que implica 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” en el momento de resolver cuestiones constitucionales relevantes. Más bien, y en diferente sentido, en los denominados “casos difíciles” se reconocerían 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, por ejemplo, “justicia dialógica”, así como algunas decisiones tomadas siguiendo estas dinámicas han sido calificadas como “sentencias dialógicas”).

En segundo lugar, y en la órbita de lo que algunos denominan constitucionalismo dialógico, o también, como en el caso anterior, “justicia dialógica”, se concibe a los tribunales constitucionales como agentes institucionales que tienen un rol social (y hasta político) que no debe ejercerse de espaldas a la ciudadanía y a los actores políticos e institucionales, sino más bien promover su inclusión en los procesos de

---

<sup>13</sup> John Hart Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional* (Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997), 130.

<sup>14</sup> Cfr. AA. VV., “La democracia deliberativa a debate”, *Cuadernos de Investigación*, n.º 85 (2011); Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México D.F.: UNAM-IIIJ, 2015).

toma de decisión.<sup>15</sup> En este sentido, es posible concebir a los jueces 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 son, por ejemplo, las audiencias públicas, la intervención de terceros o *amicus curiae* en los procesos, o la publicidad de las deliberaciones del colegiado, entre otras posibilidades.<sup>16</sup>

Todo lo expuesto tendrá especial relevancia en relación con los límites a la judicatura constitucional y su activismo a la luz de su rol y legitimidad política-democrática. Por pronto, resulta evidente señalar que las relaciones entre democracia y judicatura constitucional no están exentas de diversas tensiones y, por ende, algunas de las críticas que han surgido cuentan con cierto sustento.

En efecto, y con cargo a desarrollar mejor este punto en otro momento, hay cuestionamientos a la legitimidad del activismo del juez constitucional, pero dichos cuestionamientos tienden a diluirse si quienes juzgan emplean, al resolver, una dinámica deliberativa. Ese es, sin duda, un tema por 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, plantear una propuesta sobre los límites para la judicatura constitucional se encuentra directamente vinculado a la legitimidad político-democrática de las decisiones de los jueces constitucionales.

## **2.2. Un necesario respeto a la corrección funcional como indispensable antídoto contra el hiperactivismo del juez constitucional, y el aporte de otros actores fuera de la judicatura**

### **2.2.1. Multiplicidad de intérpretes y judicatura constitucional**

Hoy, un tema de especial relevancia es el de la “constitucionalización del derecho” (entendido como ordenamiento jurídico). El hecho de que la Constitución irradie su fuerza por todo el ordenamiento y, por ello, deba ser observada por todos, permite entender con facilidad que su interpretación requiere inexorablemente la participación de múltiples actores. Y es que, como quiera que los preceptos constitucionales resultan de aplicación a todo espacio o ámbito en que se ejerce poder o autoridad,

---

<sup>15</sup> Algo de esto he explicado en Eloy Espinosa-Saldaña, “Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico”, *Gaceta Constitucional* 123 (2018).

<sup>16</sup> Juan Manuel Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 89-90.

qué duda cabe que, 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 de lo recientemente señalado, dentro de las labores de interpretación constitucional están potencialmente incluidos todos los organismos u órganos del Estado, todos los poderes públicos e incluso todos los ciudadanos, las 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 esta de manera indirecta e incluso directa. Aquí conviene anotar cómo hoy el mismo destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta.

Además, no se puede soslayar la función cointerpretadora del experto (intérprete en sentido estricto) y del perito (intérprete en sentido amplio) en los procedimientos legislativo y judicial.<sup>17</sup> Ahora bien, y no obstante aceptar la existencia de una pluralidad de exégetas 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 comprende como intérpretes incluso a quienes no han sido designados “formal u oficialmente” como intérpretes de la Constitución.<sup>18</sup> 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 propia Constitución de cada Estado en particular.<sup>19</sup>

Así se tiene, por un lado, la potestad normativa que da lugar a reglas de naturaleza jurídica. Por supuesto, dentro de esta potestad normativa podría hacerse una distinción entre potestad legislativa y reglamentaria, donde mientras que el ejercicio de la

---

<sup>17</sup> Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 151.

<sup>18</sup> Häberle, *El Estado...*, 155.

<sup>19</sup> 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. Así es como aparecen los llamados intérpretes vinculantes de la Constitución: es decir, aquellos organismos o autoridades que, por 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, 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 no 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.

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.<sup>20</sup>

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 un intérprete que incluso en ocasiones desarrollará interpretaciones con algún efecto vinculante de la Constitución.<sup>21</sup>

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. En definitiva, lo mismo incluso puede predicarse con mayor contundencia de quienes desempeñan 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 con carácter de cosa juzgada,<sup>22</sup> no resulta muy difícil entender que quienes cuentan con función jurisdiccional son, pues, intérpretes vinculantes de una Constitución.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Conviene, eso sí, efectuar ciertos matices. El papel dado a los reglamentos en Francia, por ejemplo. En el caso peruano, existe una norma denominada reglamento que es, en rigor, una norma con rango de ley, el Reglamento del Congreso. Esas son algunas de las posibilidades existentes como excepción a lo que se nos presenta como regla en el derecho comparado.

<sup>21</sup> 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, básicamente, 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 ostentan un alcance vinculante, y si tomamos en cuenta que en el contexto actual no cabe el ejercicio de cuotas de poder o autoridad al margen de la Constitución, no puede menos que concluirse que cuando nos encontramos ante el Congreso estamos ante un intérprete vinculante del texto constitucional. En el caso peruano, además, lo mismo puede decirse del Gobierno, que, 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 o Gobierno se deduce su condición de intérprete vinculante de la Constitución, sino también por la potestad reglamentaria que le ha sido confiada.

<sup>22</sup> Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil* (Bogotá: Temis, 1996).

<sup>23</sup> En esa línea de pensamiento conviene resaltar cómo, en el caso peruano, el Poder Judicial es intérprete vinculante de la Constitución en el momento de resolver las materias ordinarias que se someten a su conocimiento (civil, penal, laboral, comercial, entre otros). Lo mismo puede predicarse en el Perú del Jurado Nacional de Elecciones (suerte de corte suprema en

Como se ha dicho, en buena cuenta, 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) la que resulta esencial para entrar a definir el radio de la obligatoriedad que subyace a sus interpretaciones. Es en este sentido, por ejemplo, y dependiendo de la posición que tenga la autoridad judicial involucrada dentro de la judicatura ordinaria, que podríamos estar hablando de algunas interpretaciones que obligan a las partes, mientras que otras obligan incluso a otros órganos del hoy habitualmente denominado poder judicial. Tal es el caso, por ejemplo, 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, y en contra de lo que algunos podrían considerar inicialmente, el juez constitucional no es el único intérprete en un proceso constitucional, ni el único que cuenta 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, etcétera) se manifiesten en el “campo previo” a la interpretación jurídica “de cierre” de la constitución, a cargo de los jueces constitucionales. 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.

Por otro lado, resulta necesario anotar que, por lo menos hoy, los ciudadanos 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”,<sup>24</sup> una tarea de todos los ciudadanos y ciudadanas. Por ende, hoy se entiende mejor que, por ejemplo, y dependiendo de cada ordenamiento jurídico, los ciudadanos y ciudadanas, individualmente consideradas o en grupo, puedan interponer demandas, presentar recursos y pedidos, o tener diversos niveles de intervención en diferentes procesos constitucionales.

Cabe decir, en todo caso, y para concluir esta parte, que la labor del tribunal constitucional en materia de interpretación de la constitución sí puede ser considerada

---

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.

<sup>24</sup> Vide Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, 191-224; John Rawls, *Liberalismo político* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995), 205 y ss.

–como de hecho ocurre en la mayoría de los ordenamientos donde existe este tipo de tribunales– como 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, y tal como fue indicado, la magistratura constitucional no se constituye como “único intérprete”, y menos aún como un 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 en el interior de la llamada “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución,<sup>25</sup> a un órgano como el tribunal constitucional –o a quien asuma alguna de sus 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 fuera del entorno del llamado “constitucionalismo del Commonwealth”).

### **2.2.2. Las difíciles relaciones entre jurisdicción constitucional y política**

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

En este sentido, se entiende que los jueces de la magistratura constitucional hoy 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 verdaderas situaciones de tensión con otros poderes públicos, lo cual ciertamente nunca debería ser una excusa para que algunos de esos jueces puedan rehuirle a esa responsabilidad, o, de otro lado, se consagren pautas de condicionamiento a su independencia funcional.

Dicho esto, lo cierto es que seguramente deberían ser pocos los casos de jueces 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 constitucional 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

---

<sup>25</sup> Waldron, *Derecho...*; Häberle, *El Estado...*, 150-153.

... un tema de intensidad variable, según los diversos contextos históricos y jurídicos, que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equilibrio 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.<sup>26</sup>

El juez constitucional debe ser activista, pero no caer en el descontrolado hiperactivismo que tanto cuestionaba Augusto Mario Morello desde Argentina.

De ahí la necesidad e importancia de ubicar al juez constitucional dentro de la naturaleza de las funciones que le han sido confiadas, entre estas en primer lugar la jurisdiccional, si bien esta función hoy se ejerce en el marco de los roles o funciones que ha ido adquiriendo el quehacer de dichos juzgadores. Será teniendo en cuenta esto que podrán deducirse adecuadamente una serie de parámetros dentro de los cuales indefectiblemente dichos juzgadores y juzgadoras tendrían que manejarse.

Como seguramente es posible apreciar, cada vez tiende a admitirse con mayor facilidad un creciente nivel de revisión y control, y ese control 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 ya los actos susceptibles de ser revisados en sede jurisdiccional, queda pendiente aún la discusión sobre con base en qué parámetros pueden ejercerse las tareas de control que se van a asumir. Conviene entonces efectuar algún análisis al respecto.

Un primer aspecto por esclarecer es el de, por ponerlo en términos más bien gráficos, explicitar de qué hablamos cuando nos referimos a “actos políticos”, “actos de gobierno” o a “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 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 riñe con el establecimiento de competencias (o de cuotas de poder o autoridad), sino más bien implica la existencia de límites, de 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 alguna funcionaria no lo hace, en principio, libre de ser revisable judicialmente.

De otro lado, y aun cuando concuerdo con Néstor Sagüés en la dificultad de despojar de carácter, o por lo menos, de matizar una connotación política (incluso

---

<sup>26</sup> Gustavo Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 12 (2007): 505.

político-partidaria) a muchas actuaciones de quien es o cuenta con autoridad,<sup>27</sup> 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, se alude en realidad solo a algunas, pero no a todas las competencias propias y únicamente confiadas a dichas autoridades. En tal caso, en rigor, se estaría hablando únicamente 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 un control de constitucionalidad ejercido principalmente desde sede jurisdiccional.

Justo es también tener presente que hoy, siguiendo una línea de pensamiento esbozada ya desde la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, 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 incluso 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 anotarlo, tampoco existe coincidencia incluso entre quienes acogen la posibilidad revisora a la que me he referido.

Así algunos, por ejemplo, en función de darle una mayor predictibilidad y objetividad a su labor revisora, y asumiendo que en puridad estos actos o 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 de alguna manera ya se ha señalado en varias oportunidades, 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 garantizar que se alcance 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”, etcétera). En el segundo supuesto se parte de la constatación de que, en tanto existe 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 posible de regulación por una norma, aspecto que es precisamente aquel que se va a controlar.

---

<sup>27</sup> Véase en ese sentido lo señalado por Néstor Sagüés, *Mundo jurídico y mundo político* (Buenos Aires: Depalma, 1978), 91 y ss., especialmente.

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

Finalmente, al tomar en cuenta lo que se buscaba en el acto sujeto a revisión se pretendía 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 recurrirá a estas técnicas, sino que la justificación de la actividad revisora (y sobre todo la de jueces) irá por otros derroteros, arguyéndose como alternativas a tomar en cuenta la de la realización de labores de ponderación (con las ventajas, pero también con la carga subjetiva que ello suele tener), o espacios de libre configuración de la ley por el legislador, entre otras opciones.

Es pues grande el abanico de posibilidades de control jurídico frente a estos conceptos. Sin embargo, justo y necesario es anotar que el control de la discrecionalidad de quien toma las más relevantes decisiones de gobierno dentro de un Estado también puede darse bajo parámetros que no son jurídicos. Esta no es una cuestión menor, pues si el control por efectuarse respondiera, por ejemplo, a parámetros de calidad u oportunidad, dicha tarea contralora no debería corresponder en principio a un juez, quien desarrolla 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, y que, además, tendrán sus propias fortalezas y debilidades, coexistiendo con mecanismos y perspectivas contraloras de otra naturaleza. Es más, si el ejercicio de este control político viola preceptos constitucionales (leídos literal, sistemática o convencionalmente) es posible un control jurisdiccional, posición cada vez más consolidada a nivel mundial.

### ***2.2.3. Las siempre complejas relaciones entre 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 las que suelen hacer las veces de órgano de cierre. Asimismo, queda claro que no existen zonas “exentas de control”, es decir, inmunes a la fuerza jurídica vinculante de la Constitución. Ahora bien, y 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 constitucionales a revisar una sentencia o cualquier

otra actuación jurisdiccional de la judicatura ordinaria cuando esta es acusada de afectar derechos fundamentales.

Conforme ha sido descrito, en los ordenamientos contemporáneos ha existido una manifiesta tendencia (o por lo menos, el esfuerzo a impulsar una sentencia) hacia 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 principios, derechos, deberes, valores y preceptos que contiene la Constitución, o lo que pueda inferirse de su interpretación sistematizada o convencionalizada. Este proceso, como ha sido puntualizado tantas veces, incide tanto en los jueces 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? Incluso más, ¿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, y pese al eventual consenso sobre lo anterior, aun no queda claro aquello que, razonablemente, y en concreto, cabría considerar como objeto de control constitucional y distinguirlo de aquello que no debiera 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 MacCormick,<sup>28</sup> entre problemas de relevancia, de interpretación, de prueba o de calificación.

Hecha esta distinción, convendría 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 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 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 a favor de los jueces ordinarios, indudablemente dentro del marco de sus competencias constitucionales, y la proscripción de la arbitrariedad. Esto, desde luego, valga precisarlo, no altera el hecho de que los jueces constitucionales sigan siendo jueces de la constitución y de la constitucionalidad,

---

<sup>28</sup> Neil MacCormick, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (Lima: Palestra, 2016), 95 y ss.

y que el tribunal constitucional siga jugando su papel central como intérprete final o de cierre de la constitución y de la interpretación conforme a esta de todo el ordenamiento jurídico.

De esta manera, surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿en qué medida, entonces, los problemas antes mencionados (de relevancia, interpretación, prueba o calificación) pueden ser conocidos por los jueces 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 de este y otros textos, podría decir que en 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 ordinario, pudiendo tan solo el juez constitucional 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 acápite anterior.
3. Los problemas de calificación, en similar sentido, son de competencia de la judicatura ordinaria, pero pueden ser revisados a través del amparo en el caso en que en la labor de los jueces ordinarios hayan existido errores o déficits en la interpretación de derechos fundamentales (que pueden 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).
4. Por último, los problemas de prueba también deben ser analizados y valorados por los jueces 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.

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 control constitucional (pues es cierto que en muchas ocasiones estas pueden ser dictadas al margen de la constitución y los derechos que ella establece), es necesario afirmar, al mismo tiempo, 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 corresponden a los jueces de la judicatura ordinaria.

## **2.2.4. *Notas sobre la relación entre la jurisdicción constitucional y otros organismos constitucionales***

Con lo expuesto, no cabe mayor duda de que el posicionamiento del juez constitucional en la fórmula política del Estado lo obliga a manejarse con plena conciencia de las competencias reputadas como propias de los demás organismos, órganos y entidades del Estado. En este escenario, el juez constitucional no es más que una autoridad en el seno del aparato estatal, aunque sin duda con una competencia muy singular. Por ende, deberá desempeñar su labor dentro de ciertos límites.

Y es que la limitación y el control del poder, como pauta propia de un Estado constitucional, demanda del juez constitucional un ejercicio razonable y responsable de sus atribuciones, a fin de que no termine asumiendo funciones que, en rigor, no le son propias. Esto se hace patente también de cara a cómo ejercen su margen de acción los otros organismos constitucionales.

Así, por ejemplo, y tomando un par de ejemplos sucedidos en el 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), 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, y es que 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 y fiscales del Perú, y que recientemente ha sido sustituida por la Junta Nacional de Justicia, que progresivamente asumirá las funciones del antiguo Consejo). Sin embargo, y en una línea que resulta moneda corriente en la interpretación constitucional, esa lectura literal pronto fue dejada de lado y tomó otros derroteros.

Así, el Tribunal Constitucional peruano –en casos como “Espino Espino” (STC 02366-2003-AA/TC), “Lizana Puelles” (STC 05854-2005-AA/TC) o “Castillo Chirinos” (STC 02730-2006-AA/TC)– emitió pronunciamientos que tienen como rasgo común habilitar 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 fundamentales como el debido proceso, así como a la comprensión que existe sobre dichos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos, comprensión que es de obligatorio cumplimiento en el Perú, de acuerdo con lo previsto en la Cuarta Disposición

Final y Transitoria de la Constitución peruana actualmente vigente. Es más, en el Caso “Lizana Puelles”, el Tribunal Constitucional peruano afirmó que aplicar una interpretación literal y no sistemática de lo recogido en la Carta peruana de 1993 al respecto sería en puridad una respuesta inconstitucional, afirmación 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.<sup>29</sup> 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 varios otros textos.<sup>30</sup> La configuración de esas ratificaciones, llena de peligrosas imprecisiones, unida a la comprensión que el entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura hizo de las mismas, ha llevado a que, independientemente de los múltiples reparos existentes en el Perú a la subsistencia de este modelo de evaluación de desempeño, el Tribunal Constitucional peruano emita una serie de sentencias mediante las cuales no solamente habilita la revisión en sede jurisdiccional de lo resuelto por el Consejo, sino que incluso ha buscado delinear mejor los alcances de dichas ratificaciones.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Mediante reforma constitucional aprobada a través de referéndum del 9 de diciembre de 2018, se viene sustituyendo al Consejo Nacional de la Magistratura del Perú por una Junta Nacional de Justicia cuya materialización recién está comenzando a materializarse.

<sup>30</sup> Véase al respecto lo señalado, entre otros trabajos, en mi libro: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso* (Lima: Ara, 2003); *En defensa de la Constitución* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018).

<sup>31</sup> 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 “Gonzales 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 o fiscal dentro de un procedimiento de ratificación para que estos magistrados 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 mecanismos formalmente establecidos para ello) del texto de 1993, en el Caso “Jacobo Romero Quispe” señalará 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 a la motivación de las resoluciones de ratificación. Allí, luego de una a todas luces errónea comprensión que anteponía 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 expedición del Código Procesal Constitucional (Caso “Juan de Dios Lara Contreras”). Es pues el Tribunal Constitucional peruano el que 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

Asimismo, sobre el hasta hace poco existente Consejo Nacional de la Magistratura del Perú, vale la pena mencionar que la actual composición del Tribunal Constitucional peruano, 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” (STC 00791-2014-PA/TC) y “César Hinostroza Pariachi” (STC 01034-2013-PA/TC). Ello en mérito a 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 dentro de la Constitución peruana de 1993.<sup>32</sup> Una necesaria corrección de una actuación aberrante que, hasta hoy, lamentablemente, no ha llevado a la necesaria determinación de esta flagrante violación a la Constitución y hasta al sentido común.

Lo ocurrido con el Jurado Nacional de Elecciones y el entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura peruanos pone de manifiesto, por un lado, el importante papel que está llamado a cumplir el juez constitucional. De este modo, en un esquema en el que coexisten diversas entidades, muchas de ellas con autonomía constitucionalmente reconocida, el juez constitucional no debe ser ajeno 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 sea necesario, los límites y las competencias constitucionalmente asignadas a cada quien en general, y a sí mismo en particular. Eso infortunadamente no ocurrió con lo hecho por la anterior composición del Tribunal Constitucional que, lo peor, ha quedado impune.

Los ejemplos permiten poner de manifiesto que, en ocasiones, dicha labor en manos de la magistratura constitucional puede resultar polémica, sobre todo en los casos en los que la competencia de hacer valer la Constitución es ejercida con inculcables excesos o injustificable arbitrariedad. De allí la relevancia de que, máxime si estamos inscritos dentro de un Estado constitucional, el quehacer de jueces constitucionales esté sujeto a límites.

---

tribunal ya hubiese fijado de acuerdo, claro está, en lo dispuesto en el texto constitucional o conforme a lo que se desprende de él.

<sup>32</sup> 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 haga dichos nombramientos.

### 3. Sistematización y concreción de algunos límites: un planteamiento

#### 3.1. 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 con las funciones o tareas de los jueces y tribunales constitucionales (y entre ellos, la naturaleza de los casos que resuelven).

Para precisar lo antes dicho, límites intrínsecos 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 constitucionales.

Estos límites intrínsecos, como se verá, a su vez pueden distinguirse entre límites de carácter general, en la medida que son aplicables por igual a toda autoridad, tenga o no atribuciones jurisdiccionales. Asimismo, es posible hacer referencia a límites específicos, relacionados con la labor propia de los jueces, y, específicamente, a aquellos con competencias en lo constitucional.

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

Esos límites, por su parte, también pueden ser divididos en dos tipos: algunos relacionados con el carácter de los casos que deben ser resueltos (pues ciertamente no es igual enfrentar casos fáciles, difíciles o trágicos), y otros vinculados con la necesidad de la judicatura constitucional, en especial atendiendo a su rol social y político, a su necesidad 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. La insuficiencia de la autorrestricción como límite

Sin duda alguna, 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.

Llegado a este punto, y sobre la base o como consecuencia de todo lo anotado, se está ya en condiciones de formular y sistematizar algunos criterios que ofrezcan pautas claras que limiten o delimiten correctamente la labor de los jueces 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 las cortes constitucionales.

Asimismo, los criterios esbozados tienen en cuenta las peculiaridades relacionadas con 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 complejo, por lo cual es aconsejable, cuando no necesario, tomar en cuenta todos estos elementos.

En este orden de ideas, además, la noción misma de autorrestricción debe ser manejada con mucho cuidado. De este modo, conviene tomar en cuenta lo anotado con 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.<sup>33</sup>

Efectivamente, ocurre que apostar por la autorrestricción como límite para la judicatura constitucional es impreciso, cuando no inocuo. Impreciso, en la medida que –como se acaba de ver, siguiendo a Pritchett– no se espera de los jueces constitucionales la mera abstención frente a cuestiones complicadas, sino más bien que tales operadores busquen resolver lo controvertido obrando con prudencia, sin

---

<sup>33</sup> C. Herman Pritchett, *La Constitución Americana* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965), 208-209.

claudicar con ello a su rol tuitivo. Para esto, ciertamente, no basta con recomendar la inactividad o la contención, sino más bien se hace necesario contar con criterios relativos que, al permitir la defensa efectiva de la Constitución, no impliquen excesos o la vulneración (o amenaza de vulneración) de bienes constitucionales valiosos.

Por otra parte, la autocontención puede ser considerada como inocua, si en ella se quiere ver a un límite *efectivo* para los tribunales constitucionales, y más aun si se le concibe como el límite único posible para estos órganos –como cuando se alega como alternativa frente al *activismo* (en rigor, hiperactivismo) *judicial*–.<sup>34</sup> Al respecto, parece claro que es un límite insuficiente o que, incluso, no puede ser considerada 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 de cuyos contornos se le encarga 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. Al respecto, para Hesse 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”.<sup>35</sup> De esta manera, los límites son fluidos, pero ello no significa que no los haya. Más bien se trata de que se debe trabajar y hacer comprensibles los parámetros y puntos de vista conforme a los cuales deben girarse el alcance y la intensidad del control judicial.

Como también indica Hesse, la determinación de los límites no puede basarse solo en el principio de la autorrestricción judicial. Dicho con otras palabras, en la mera discreción de los jueces, en su decisión de restringirse o no. El control judicial más bien debe venir regido según sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas, las cuales incluso en algún caso pueden exigirles a los jueces actuar en un sentido “totalmente contrario a la prudencia”, es decir, exigirles una intervención decidida.<sup>36</sup>

### 3.3. Límites intrínsecos

#### 3.3.1. Límites al juez constitucional en función de su carácter de autoridad

Con lo señalado queda claro que me inscribo, entonces, entre quienes creen que los límites a la labor de un juez constitucional van más allá de su autolimitación. Estas restricciones pueden provenir, en primer lugar, de su condición de autoridad. De

<sup>34</sup> César Landa, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Pensamiento Constitucional* VII, n.º 7 (2000).

<sup>35</sup> Konrad Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 4 (2005): 167.

<sup>36</sup> Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”.

este modo, puedo afirmar que su carácter de autoridad obliga a los jueces a actuar conforme a derecho y a sus responsabilidades como funcionarios 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 de Estado de derecho (y muy especialmente, del Estado constitucional), 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 en su concepción del Estado de derecho como “libro de reglas” (“*rule-book conception*”),<sup>37</sup> no se sostiene tan solo en bases formales o procedimentales, únicamente dependientes de la autoridad de quien emite las reglas.

Como ha sido explicado de diferentes formas y por distintos autores, el “imperio de la ley” (hoy en rigor, el “imperio de la Constitución”) 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);<sup>38</sup> 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;<sup>39</sup> asimismo, diversas características que consideramos como inherentes o indeliguables 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”<sup>40</sup>).

En este sentido, es claro que las autoridades tienen el deber institucional de cumplir y hacer cumplir el derecho, no solo por consideraciones que invocan a la prudencia o por razones instrumentales, sino que existen razones que pueden calificarse como sustantivas para ello. Y, por si fuera poco, las autoridades tienen, además, y de manera concurrente con la mencionada exigencia de cumplir la ley (Constitución), la posibilidad de revertir la cultura del incumplimiento de la norma

---

<sup>37</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Massachusetts: Harvard, 1985, 11 y ss.). Como veremos luego, 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*”, 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”. Al respecto, véase Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2012).

<sup>38</sup> Francisco Laporta, *El imperio de la ley* (Madrid: Trotta, 2007).

<sup>39</sup> Alon Harel, *Por qué el derecho importa* (Madrid: Marcial Pons, 2018).

<sup>40</sup> Lon L. Fuller, *La moral del derecho* (México, D.F.: Trillas, 1967).

(constitución), de la “anomia boba” en la que a veces nos encontramos varios países del ámbito iberoamericano.<sup>41</sup>

Ahora, no obstante lo indicado, no puede creerse que el cumplimiento de las normas-reglas es lo único o lo principal que deben tomar en cuenta 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*,<sup>42</sup> 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 cierto 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”<sup>43</sup> (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 ciertas reglas de fin con el objetivo de poder alcanzar fines valiosos y decidir “de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa”.<sup>44</sup> 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 encaminadas al cabal cumplimiento de responsabilidades que subyacen a la función pública.

Señalado esto, desde luego, toca advertir de 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 constitucional y su racionalidad, y sin ello “no parece posible perseguir estándares de certeza, coherencia e igualdad formal”.<sup>45</sup>

Así visto, 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, cuando menos, debe respetar estándares de lógica elemental (por ejemplo,

---

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

<sup>42</sup> 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. Isabel Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Escola Superior do Ministério Público* 13, n.º 2 (2018): 200.

<sup>43</sup> Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, 203.

<sup>44</sup> Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, 204.

<sup>45</sup> Massimo Cuono, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (septiembre 2012 – febrero 2013), 56.

respetando los principios de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente) o incluso de racionalidad instrumental básica, esto es, dirigida a la elección de medios encaminados a lograr los fines que se pretenden (en las autoridades existe un deber elemental de sensatez o de racionalidad en sentido estricto).<sup>46</sup>

*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.<sup>47</sup>

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”. Dicho con otras palabras, deben ser justificaciones que denoten un verdadero respeto hacia el valor que tienen los individuos. Es en este sentido que 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 en que no debe ser tratado de una manera para la cual no pueda dársele razones adecuadas”.<sup>48</sup> Esta carga, ciertamente, vincula también a todos los funcionarios públicos, incluyendo a los jueces.

Esta justificación, o este dar razones, va más allá de una exigencia de racionalidad: requiere razonabilidad. En este sentido, además de la coherencia lógica y normativa, las justificaciones deben ser consistentes en términos sustantivos;<sup>49</sup> así las cosas, 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, justificar.

Así, volviendo a un asunto que dejé solo insinuado antes, el Estado constitucional puede ser entendido también en un sentido material, desde una concepción “centrada en derechos”, y no solo “centrada en reglas”, conforme a la ya mencionada clasificación de Dworkin. De manera compatible con esta idea es que 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.

---

<sup>46</sup> Cuono, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”, 46.

<sup>47</sup> Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho* (Lima: Grijley, 2013), 52 y ss.

<sup>48</sup> Reiner Forst, “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”, *Estudios Políticos*, n.º 26 (2005): 35; cfr. Reiner Forst, *Justificación y crítica* (Buenos Aires: Katz, 2014), 56 y ss.

<sup>49</sup> Neil MacCormick, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* (Lima: Palestra, 2018), 146 y ss. O tal vez, con mayor precisión, podemos hacer referencia a la “consistencia normativa” y la “coherencia axiológica”.

Con todo lo anotado, en lo que corresponde a los jueces como autoridades específicas, cuya tarea es también interpretar la Constitución (sobre todo si son jueces constitucionales), 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.<sup>50</sup> Por ende, hay que realizarla evitando caer en lagunas, contradicciones y redundancias.<sup>51</sup> Ello, más aún, 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.<sup>52</sup> Es así como entran a tallar tanto el criterio de unidad como el criterio de coherencia y concordancia práctica, los cuales apuntan a que la constitución debe entenderse como un conjunto normativo cuya interpretación es sistemática e incluso convencionalizada, sin contradicciones ni redundancias.

Ahora bien, justo es reconocer 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 (y, entre ellos, los derechos fundamentales).

En este orden de ideas, si bien una constitución y su interpretación no están libres de una que otra aparente contradicción o redundancia, a los jueces 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, buscando, como ya se ha dicho, unidad, coherencia y concordancia práctica, de modo tal que se conserve la armonía y convivencia pacífica que se predica del contenido de una carta.

---

<sup>50</sup> En este sentido, confróntese el criterio interpretativo de “unidad de la Constitución” [Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008), 48].

<sup>51</sup> Que es a lo que alude el ideal de ordenamiento o sistema jurídico “completo” y “coherente”, características a las cuales hace referencia la teoría jurídica más clásica [cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009)].

<sup>52</sup> 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 [Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007)].

De otro lado, y en lo que corresponde al denominado criterio de razonabilidad, el cual apuntaba a 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, debe asegurarse de que la vulneración o la amenaza de vulneración que genere la actuación de quien tiene autoridad no vaya más allá de lo que resulte necesario, y tomando en cuenta los argumentos que abogan tanto por la intervención menos gravosa, o mejor aún, por la no intervención sobre el derecho o bien constitucional que está en juego.

Como puede observarse, en atención a este criterio de razonabilidad, el intérprete de la Constitución (sobre todo si se trata de jueces constitucionales) deberá aquilatar los alcances de los diferentes sentidos interpretativos sobre la base del efecto que estos pudieran generar en 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.

Con la razonabilidad se busca, en suma, evitar que las consecuencias o los 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.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> 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 actualmente 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 Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina* (Buenos Aires: Astrea, 1970); Juan Cianciardo, *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, 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, indica 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 garantiza que aquel no sustituya en sus juicios a este. Fernando Rey Martínez, "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011): 170.

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 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, pues, 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 denominado criterio de previsión de consecuencias.<sup>54</sup>

Y ello no puede ser de otra manera, toda vez que se está 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, se deben tener en cuenta los alcances del criterio de corrección funcional,<sup>55</sup> el cual busca que cualquier autoridad se ciña a las competencias que se le han otorgado o se desprenden racionalmente de él, que se entenderán de mejor forma cuando se analicen de manera específica los límites que encuentran los jueces constitucionales a la luz de sus específicas competencias jurisdiccionales (y de las que razonablemente puedan inferir de ellas, leídas en forma literal, pero, sobre todo, entendidas de manera sistemática o convencionalizada).

Conforme a este criterio, entonces, los jueces 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 pertinencia de la causa que se pretende resolver.

### ***3.3.2. Límites en relación con la función jurisdiccional de un juez constitucional y el respeto a lo señalado (o que se infiere) en la constitución que interpreta***

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 le 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*.

---

<sup>54</sup> Domingo García Belaúnde, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 86 (octubre-diciembre de 1994): 32.

<sup>55</sup> Hesse, *Escritos...*, 50.

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 las juezas y 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, por ejemplo, el positivismo, el iusnaturalismo racionalista, el argumentativismo o principialismo, y la concepción dworkiniana del derecho como integridad). Al 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*).<sup>56</sup>

En ese orden de ideas, voy a partir tomando posición, aunque de manera general, por una visión más bien jurídica de la actividad 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. En efecto, coincido con Josep Aguiló, quien plantea que estos tres deberes (deber de aplicar el derecho, deber de independencia y deber de imparcialidad) son necesarios, definitorios de lo que significa ser juez. Por ende, 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 traicionaría sus funciones intrínsecas).<sup>57</sup>

Por otra parte, a naturaleza jurisdiccional de la labor de un juez constitucional lleva a tener presente que a estos juzgadores no les corresponde, en principio, efectuar evaluaciones o juicios de calidad u oportunidad (cuestiones propias de los actores políticos), o generar (*ex novo*) valores no previstos o que no sean deducibles del texto constitucional.<sup>58</sup> Y es que, aunque parezca obvio decirlo, el juez constitucional, en tanto que intérprete vinculante y de cierre de una constitución (con o sin una dinámica dialógica), tiene como primer límite para su labor al mismo texto constitucional o lo que se infiera de él.

En ese sentido, lo que regula el derecho, en general, y la constitución, en particular, se encuentra compuesto por palabras o disposiciones normativas. Estos enunciados, incluyendo a las disposiciones constitucionales, con todas las imperfecciones o dificultades inherentes al lenguaje, plantea un piso mínimo o contexto de

---

<sup>56</sup> Al respecto, véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 21 y ss.

<sup>57</sup> Josep Aguiló Regla, “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 10 (2012): 11-15.

<sup>58</sup> En ese sentido, entre otros, Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

significado atribuible a los enunciados jurídicos, los cuales, si son obviados sin más, nos proponen 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 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 sería creación judicial ilegítima.<sup>59</sup>

En este sentido, es posible afirmar que el control jurídico se caracteriza, entre otras consideraciones, por tener un carácter inicialmente objetivado,<sup>60</sup> 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. En este sentido, 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.<sup>61</sup> La interpretación jurídica se da, en este sentido, dentro del marco de los múltiples significados de un texto normativo; en sentido inverso, si los jueces atribuyen significados que exceden a dicho marco, en sentido estricto estarán creando una norma nueva.<sup>62</sup>

En este mismo orden de ideas, a la luz de lo indicado, parece necesario dilucidar qué es lo que se encuentra constitucionalmente establecido. En otras palabras, qué puede ser considerado como “constitucional”. Acabamos de anotar que un límite para la labor del juez constitucional 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, y 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 constitucional es desarrollar interpretaciones no conformes con la constitución, y, con mayor razón, contrarias a lo previsto o lo deducible de ese texto constitucional.

---

<sup>59</sup> Luigi Ferrajoli, “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 20 (2016): 67.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Esto sin perder de vista que, como señala el propio Hans Kelsen, en determinados casos la aplicación de la ley requiere la subjetividad o la volición del intérprete (Kelsen, *Teoría...*, 133-134).

<sup>62</sup> Riccardo Guastini, *Ensayos escépticos sobre la interpretación* (Puno: Zela, 2018), 77-78.

Lo expuesto obliga a realizar algunas necesarias precisiones. 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 y que permiten distintas interpretaciones, bien debe reconocerse 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 hace necesariamente inconstitucionales a esas otras.

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 con solamente la existencia de estas percepciones se pasa a asumir que una disposición es inconstitucional, la inconstitucionalidad infortunadamente 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.

De allí 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 las entidades competentes para ello. El alegato, muy respetable por cierto, de que lo injusto debe por sí entenderse como inconstitucional tiene que matizarse, pues la calificación de una disposición como injusta, inválida o incluso como inconstitucional no debiera ser tomada por cualquiera ni presentada de cualquier manera.

La declaración de inconstitucionalidad debe ser la *ultima 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 gusta o nos parezca técnicamente correcto, por ejemplo.

En ese mismo 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 presentes las diferentes posibilidades que proporciona una realidad compleja, dinámica y cambiante. Por eso, una declaración de inconstitucionalidad es, como aquí se anotó, *ultima ratio*. Por ende, se recurre o debe recurrirse en principio a técnicas interpretativas para tratar de salvar la constitucionalidad de las disposiciones que resulten cuestionadas.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario recordar, tal como ha sido indicado, que en algunas ocasiones el contenido de las disposiciones jurídicas no remite de

manera inmediata a un significado claro, espacio de incerteza normativa que se le ha denominado como “zona de penumbra”.<sup>63</sup> 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 en el momento de resolver, con la finalidad de determinar una respuesta que no se encuentra establecida de manera inmediata o literal por el derecho positivo. En estos casos (sin duda excepcionales, en la medida que la indeterminación del derecho no es la regla), parece inevitable cierta cuota de subjetividad o de valoración por parte de los jueces.<sup>64</sup> Sobre estos casos “difíciles”, e incluso sobre los “trágicos” volveremos en el siguiente acápite.

Por otra parte, además, y 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 a mantener un elemental respeto a una mínima congruencia procesal (y, desde luego, el respeto de los derechos que forman parte del derecho a una tutela procesal efectiva).

En efecto, los jueces se encuentran vinculados a lo argumentado y lo probado por las partes (aunque no constreñidos, pues los jueces dirigen los procesos y pueden ordenar actuaciones de oficio para resolver mejor). 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. Deben actuar, asimismo, regidos por el derecho, el cual debe ser interpretado de manera adecuada (técnica, objetiva, no arbitraria), y por lo probado en autos.<sup>65</sup>

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 constitucionales. Así, y especialmente en determinados contextos de precariedad institucional y desidia de los poderes públicos, se justifican ciertas formas de activismo judicial,<sup>66</sup> que puede ser considerado imparcial, pero no neutro. Esa posible falta de neutralidad no es el problema, pues la interpretación constitucional es finalista: apunta a tutelar

---

<sup>63</sup> H.L.A. Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992).

<sup>64</sup> Efectivamente, ello parece inevitable, incluso empleando esquemas argumentativos sofisticados como podría ser el caso de la “fórmula del peso” [Alexy Robert, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, coord. por Miguel Carbonell y Pedro Grández (Lima: Palestra, 2010)].

<sup>65</sup> 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 de la ley [Luigi Ferrajoli, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 15-16 (2010), 3-18].

<sup>66</sup> Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).

los derechos limitando el poder. En cualquier caso, lo que no se puede sustentar o defender es el hiperactivismo.

De igual manera, 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 tales como los de elasticidad, impulso de oficio, *pro actione*, *iura novit curia* y suplencia de queja deficiente, entre algunos de los más conocidos<sup>67</sup>). Ahora, 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 *extra petita*, o reemplazar a las partes en sus deberes procesales, etc. (esto último, por cierto, con algunos matices, los cuales para nada desnaturalizan los diferentes procesos constitucionales<sup>68</sup>).

En el orden de ideas expuesto, se les exige entonces a los jueces interpretar, actuar y resolver conforme a derecho. Al respecto, y 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 él 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 el de corrección funcional así lo reclaman.

En este sentido, la lógica expansiva de las atribuciones asignadas a la jurisdicción y al juez constitucional, o, dicho con otras palabras, el cierto “protagonismo” que pueden haber adquirido estos en el marco del constitucionalismo contemporáneo,<sup>69</sup> no puede ni debe hacernos perder de vista conceptos también centrales para el constitucionalismo, tales 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 constitucional no le toca ni le corresponde hacerlo todo: de lo contrario, su autoridad, ideada y fortalecida para

---

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

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en *El canon constitucional*, ed. por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Madrid: Trotta, 2006), 155.

enfrentar a los déspotas o los dictadores, probablemente terminaría convirtiéndose en una nueva versión de estos.

Efectivamente, un juzgador “hiperactivista”, el cual 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 renuncia a asumir tan significativas responsabilidades; y deviene, en los hechos, en la negación de lo que se busca obtener de un juez constitucional y en una rémora para la consolidación del Estado constitucional al cual dice proteger y representar.<sup>70</sup> Con lo anotado, entonces, la magistratura constitucional defrauda los roles y las funciones que le 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.<sup>71</sup> 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 respuesta sobre “verdaderamente constitucional” para todos los casos, incluso aquellos polémicos o inciertos.<sup>72</sup>

Así visto, se espera de los jueces constitucionales, pues, un ejercicio moderado y prudente de sus funciones. En este sentido, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes tiene dicho que los jueces constitucionales deben llevar a cabo interpretaciones “constitucionalmente adecuadas” de la carta, argumentar y fundamentar en derecho, ofrecer resoluciones justas y jurídicamente correctas, además de no tomar el lugar del legislador.<sup>73</sup>

Lo anotado, ciertamente, retrotrae a una cuestión que ya había mencionado: los jueces constitucionales realizan, en mérito a 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 mérito a que, como fue indicado, a los jueces constitucionales 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 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

---

<sup>70</sup> Manuel García Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en *Lecturas de Temas Constitucionales* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988).

<sup>71</sup> En puridad, el activismo judicial a ultranza, que lleva a 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 [Fernando M. Toller, “Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*”, en *Interpretación Constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Editorial Porrúa, 2005), 1201].

<sup>72</sup> Como sería el caso del llamado “constitucionalismo semántico” [cfr. Juan Manuel Sosa Sacio, “La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, n.º 121, (2018)].

<sup>73</sup> Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 165-166.

una arbitrariedad mediante la cual busque justificarse que los jueces reemplacen en sus funciones a otras autoridades, a pesar de que esas autoridades vengán ejerciendo sus funciones dentro de lo constitucionalmente establecido o lo constitucionalmente posible. Frente a ello, de nuevo, lo que legitima a la actividad judicial es “dar razones”. En algunos casos esto supone un control de racionalidad (de logicidad básica). En otros supuestos implica más bien ofrecer una justificación reforzada, la cual dé cuenta debidamente de la razonabilidad o corrección de la medida.

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

## 4. Límites extrínsecos o dinámicos

### 4.1. Límites al juez constitucional en función de la naturaleza de las situaciones que resuelve: casos fáciles, difíciles y trágicos

Como se señaló, las “teorías estándar” de la argumentación jurídica (entre las cuales se encuentran, por ejemplo, los planteamientos de Robert Alexy,<sup>74</sup> Neil MacCormick,<sup>75</sup> Aulis Aarnio<sup>76</sup> o Manuel Atienza<sup>77</sup>) suelen distinguir muchas veces entre “casos fáciles” y “casos difíciles”.<sup>78</sup> Esta distinción es sin duda muy importante en el 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, aquellos donde se requiere 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.

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

---

<sup>74</sup> Ver, sobre todo, Alexy, *Teoría...*

<sup>75</sup> Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1979). Hay también una edición de 1994, entre otras.

<sup>76</sup> 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).

<sup>77</sup> Manuel Atienza, *Las razones del derecho* (Madrid: CEC, 1997).

<sup>78</sup> Manuel Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Porrúa, 2005).

es una decisión, sino una norma. La corrección de las decisiones en este de tipo de casos consiste en respetar las reglas de la lógica formal y la lógica 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, 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 premisa fáctica o a ambas. Por ello, en dichos casos la justificación de la decisión no se centra solo en el razonamiento deductivo (que presupone la validez de las premisas), sino que es necesario tomar en cuenta, además, reflexiones 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 tales 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 atenerse además a las consecuencias de lo decidido.<sup>79</sup>

Ciertamente, también puede hablarse de casos difíciles, en general, cuando el caso 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, es 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, resultarán especialmente relevantes aquellas vinculadas con la solución de conflictos entre principios (constitucionales), para lo cual se reclama emplear el examen de proporcionalidad (aunque para muchos lo que más se hace es aplicar la técnica de la ponderación);<sup>80</sup> 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 las razones “subyacentes”) de las normas.<sup>81</sup>

Con base en lo expuesto, Jesús Vega, por ejemplo, ha señalado que es frente a los casos difíciles que, en ocasiones, surgen prácticas judiciales que pueden considerarse como activistas (los casos difíciles requieren “la reformulación de reglas,

---

<sup>79</sup> MacCormick, *Legal...*

<sup>80</sup> Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007); Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

<sup>81</sup> Ángeles Ródenas, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

la introducción de excepciones y la producción de nuevas reglas por los jueces<sup>82</sup>). Ello, ciertamente, les exige a los jueces 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)”<sup>83</sup>.

Este activismo adquiere, además, en manos del juez constitucionalista o “garante de los derechos” (propio del Estado constitucional), una mayor legitimidad en “situaciones de bloqueo o de omisión legislativa que redundan en prácticas regresivas en materia de derechos”<sup>84</sup>; 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.

Además de los casos fáciles y difíciles es posible reconocer otra categoría, a la cual se puede denominar “casos trágicos”<sup>85</sup>. 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”, mientras que, según explica Atienza, los casos difíciles se moverían en el campo del “equilibrio óptimo”. Dicho con otras palabras, al analizar si una respuesta es mejor que otra, los casos trágicos se encontrarían en el campo del “equilibrio mínimo”, que requiere determinar si existe alguna “buena respuesta” que alcance ese “equilibrio mínimo”<sup>86</sup>.

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 ello, y como explica Atienza, esto no significa que los casos trágicos escapen por completo al control racional. En efecto, el que no exista una respuesta

---

<sup>82</sup> Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, 134.

<sup>83</sup> Josep Aguiló, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”, en *Fragments para una teoría de la constitución*, ed. por Atienza Ruiz Manero y Aguiló (Madrid: Lustel, 2007), 673.

<sup>84</sup> Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, 139.

<sup>85</sup> Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, 128.

<sup>86</sup> Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, 129.

“buena”, no significa que no se pueda escoger entre alternativas peores: en dicho caso, el juez debe optar por el mal menor.<sup>87</sup>

Con lo anotado es claro que, mientras más se distancie un caso de ser un “caso fácil”, más podrá el juez constitucional hacer uso de su margen de acción discrecional, sin que ello signifique en absoluto que tenga 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 la existencia de un diferente tipo de casos opera, pues, como límite al margen de acción de los diversos jueces constitucionales. Al respecto, y al igual que en otros temas, un elemento que hay que tener en cuenta para llegar a esta respuesta se está relacionado con el cuestionamiento sobre la limitada legitimidad democrática de origen con la que parte la magistratura constitucional. En seguida me dedicaré a analizar ese tema.

#### **4.2. Límites al juez constitucional en función de sus roles y legitimidad político-democrática. La apuesta por una dinámica dialógica en la labor de jueces constitucionales**

Tras todo lo anotado, es momento de poner sobre el tapete que la labor del juez constitucional 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 puso 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 constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable.<sup>88</sup>

Ahora bien, aun cuando no le faltaba razón a Larenz al poner en evidencia la responsabilidad que recae en el juez constitucional, lo cierto es que, en rigor, el criterio interpretativo de previsión de las consecuencias no se deriva de la naturaleza o condición del intérprete (en este caso, el juez constitucional), sino básicamente de las peculiaridades de la propia Constitución como objeto de la interpretación.

En esa línea de pensamiento, y sin perjuicio de la “posición axiomática del intérprete”, los jueces constitucionales no pueden pasar por alto su obligación de prever el efecto de sus interpretaciones y decisiones debido a que, por la naturaleza de la

---

<sup>87</sup> Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, p. 142.

<sup>88</sup> Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 1980), 504-505.

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 extremo.

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 la 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, por no decir inexacto, considerar que, pese a estar ambos en el mismo seno de la constitución, la parte dogmática necesariamente tenga una posición jerárquica superior frente a la orgánica, como de hecho alguna vez cierta decisión del Tribunal Constitucional peruano dejó entrever.<sup>89</sup>

Además de ello, los jueces constitucionales tienen que tomar en cuenta, a la hora de interpretar y resolver, el llamado criterio de fórmula política. Efectivamente, estos juzgadores no deberían perder de vista que, en el 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.

En efecto, y dentro de la variedad de opciones con que cuenta para configurar al Estado (es decir, una república o una monarquía a nivel de formas de gobierno, con un sistema de gobierno parlamentario o presidencial, seguir la lógica de un Estado unitario o un Estado federal, entre otras), el constituyente finalmente termina incorporando en la carta 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 monopartidista, 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 discusión que toda interpretación constitucional

---

<sup>89</sup> Me refiero al precedente constitucional establecido por el Tribunal Constitucional peruano en el Caso “Hernando Salazar Yarlenque” (Expediente N° 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, como lo ha reconocido expresamente la Constitución peruana.

deba 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 pues únicamente por elementos jurídicos, sino que estos se conjugan, como no puede ser de otra manera, con factores políticos, sociales, económicos, entre otros.

Es más, 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 o un conjunto normativo con un contenido político. Esto se debe no solo a que el texto constitucional, como se ha explicado, configura y regula la estructura y relaciones de poder en un contexto determinado, 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 (siquiera de mínimos) al cual se supone han llegado todos, haciendo a un lado pretensiones particulares y en atención a los altos intereses que se busca conseguir por intermedio del Estado. La naturaleza política de la Constitución, entonces, no solo se debe a su contenido, sino también al acto que le da origen, e incluso al ejercicio del poder que se efectúa conforme a sus parámetros.

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

Es en esa línea de pensamiento donde 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, además, y como ya fue indicado, una de las funciones contemporáneas atribuidas a los diferentes tribunales constitucionales (o a las entidades que asuman funciones similares en cada Estado en particular).

Con todo lo anotado, entonces, puede afirmarse que, en el marco del desarrollo de la labor interpretativa, 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 en un sentido inverso, pues ello llevaría a que se termine por promover

el rompimiento de un sentimiento constitucional, lo que llevaría a situaciones de desconocimiento y, por consiguiente, incumplimiento de la constitución.

Así las cosas, si bien esto tiene una estrecha relación con la función de integración social<sup>90</sup> que actualmente se otorga a las diversas cortes constitucionales, también es necesario reconocer que, debido al carácter jurisdiccional de la judicatura constitucional, su ámbito de incidencia es entendido como inicialmente acotado, cuando menos para las concepciones que podrían ser denominadas clásicas, herederas del constitucionalismo moderno,<sup>91</sup> en las cuales juega un lugar central el principio de separación estricta de funciones y la idea del juez como un mero aplicador de la ley.

Frente a ello, y sobre la base de las exigencias de justicia en sede constitucional que surgen en nuestras actuales sociedades, que nos reclaman contar con jueces activos, pero que, a la vez, no incurran en hiperactivismo judicial, es que considero necesario plantear algunos límites para la judicatura constitucional sobre la base 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 deberían explorar formas de solución de controversia tales 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”. De esta manera 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

---

<sup>90</sup> Esta es una función dentro de los roles sociales y políticos que asumen los jueces constitucionales, la cual alude a supuestos de cohesión social (que apunta a un sentimiento de incorporación o pertenencia a una comunidad política); inclusión social (esto es, el esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político o del económico, o no puedan ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad); reconciliación social (apunta más bien a la búsqueda de superación colectiva de difíciles periodos dentro de la historia de nuestros países, mediante el impulso o la materialización de diversas acciones) y prevención social (la cual posee una naturaleza preventiva en la lucha contra la conflictividad social y, sobre todo, contra los factores que, según sea el caso, pudiesen generarla o potenciarla, factores entre los cuales se destaca la atomización de intereses o el sostenimiento de brechas e injusticias sociales).

<sup>91</sup> Por “constitucionalismo contemporáneo” se entiende la teoría o el paradigma jurídico que surgió a mediados de siglo XX, y más específicamente en el periodo de la posguerra, en contraposición tanto al positivismo legalista como a la ideología del constitucionalismo moderno (de talante iusnaturalista). Esta nueva teoría se manifiesta, principalmente, en lo que, como ya he indicado, se ha denominado proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, el cual implica que la constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho (así como también toda la vida social, política, económica o cultural de una comunidad), lo cual, desde luego, implica un significativo cambio en cuanto a la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como de la forma de entender la relación entre derecho y moral.

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.

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 ha sido explicado,

... 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.<sup>92</sup>

Así visto, y más aun 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.<sup>93</sup>

Dicho lo anterior, cabe preguntarse cuáles podrían ser, en concreto, las “prácticas dialógicas” que podrían emplear los jueces constitucionales para, valga la

---

<sup>92</sup> Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la liberación democrática*, comp. por Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 122.

<sup>93</sup> José Miguel Rojas Bernal, “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”, en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 225.

redundancia, fomentar el diálogo y promover una mayor legitimidad democrática de sus decisiones.

Al respecto, y 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 constitucional. Considero entonces que vale la pena tener en cuenta estrategias como las que mencionaré a continuación:<sup>94</sup>

- i) La visibilización de problemas, es decir, la posibilidad de los tribunales de poner en la agenda pública asuntos que inicialmente se encuentran excluidos del debate colectivo o que han sido poco atendidos.
- ii) 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.
- iii) 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.
- iv) 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 para 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).
- v) 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 lo referido a las sentencias prospectivas. Ello, por solamente citar alguna de las posibilidades que en la práctica han utilizado el Tribunal Constitucional peruano y otros tribunales constitucionales.

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 constitucional. Conviene, en este sentido, explorar y discutir las ventajas y limitaciones de dicha propuesta, en el marco de una discusión y reflexión de mayor calado, ya

---

<sup>94</sup> Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, 89-90.

planteada aquí también, sobre el rol y las funciones que les compete desarrollar a los jueces de los diversos tribunales constitucionales.

## 5. Algunos retos a la labor activista de los diferentes jueces constitucionales

### 5.1. La rebeldía del legislador como riesgo a la labor de jueces constitucionales

Una pregunta clave dentro del constitucionalismo contemporáneo es la referida 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 cada vez lamentablemente es más frecuente.

Ese fue un tema abordado con brillantez en el Perú por José Miguel Rojas Bernal. Con una línea similar ha sido desarrollado por Carles Viver Pí-Sunyer en España, entre otros. Allí se parte de constatar que la Constitución no es solamente es una norma jurídico-política, sino que además goza de aplicación directa. Como consecuencia de esta concepción de constitución, se le incorpora a esta 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 *judicial review* se ha consolidado más allá de Estados Unidos, proyectándose en Europa continental (con algunos matices) a través de los tribunales constitucionales, y predominando sobre una dinámica que reclamaba más bien una supremacía del legislador. Todo ello, por cierto, no libera a los jueces 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 de, en buena parte, el concepto de democracia que se maneje, y concluye 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.

Debe, además, tenerse presente que la legitimidad democrática de la justicia constitucional es, por lo menos para autores como Rojas Bernal, básicamente legitimidad de ejercicio. Es en ese contexto donde 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 presente que la respuesta de los jueces no es excluyente. Rojas Bernal va entonces a alegar que, reconociendo la existencia de cuestionamientos a la legitimidad de los juzgadores, debe dejarse abierto el debate para que los legisladores 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 entran a definir qué se entiende por rebeldía del legislador, y, además, pasan a describir los dos elementos básicos para analizar en este escenario: el de las características de las sentencias de constitucionalidad, y el de los rasgos del nuevo precepto legal cuyas propiedades deben tenerse en cuenta. A continuación de ello, pasan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta rebeldía del legislador.

Se parte, entonces, 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. De esta manera, la rebeldía del legislador 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. Es en este escenario que autores como Rojas Bernal se plantea ver la rebeldía legislativa ante una sentencia exhortativa. Aquí la obligación del legislador no parece basarse en el carácter de cosa juzgada de lo resuelto por el tribunal constitucional, pero se admite que ese incumplimiento podría implicar ir contra principios como los de cooperación y lealtad constitucionales.

Ahora bien, justo es 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 se despliega la norma concreta de una sentencia de inconstitucionalidad frente a una ley reiterativa, y, además, si puede hablarse de una ley inexistente por ser carente de validez. Desde ese punto de análisis, parecería quedar 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 es el análisis del tema de la rebeldía legislativa en clave de una interpretación evolutiva. Aquello parte de preguntarse si una interpretación constitucional es más bien estática e incluso inamovible. De aceptarse esto último, se coincidiría también en que el planteamiento de diversas perspectivas no es el mismo, ya que la interpretación constitucional es dinámica y no estática.

A esa primera interrogante siguen algunas otras. En primer lugar, sobre qué implica aquí aplicar una interpretación evolutiva. En segundo término, acerca de si no debería reducirse esta capacidad de acción, más bien propia de la reforma constitucional. Y, luego de ello, se pregunta con base en qué se sustenta esta función interpretativa, y hasta dónde puede llegar el intérprete constitucional en el uso de la interpretación evolutiva (¿puede ir, 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? De 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 declarado inconstitucional implica que así se la entienda siempre?

Ahora bien, y ya en este momento de reflexión conviene anotar, en coincidencia 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. Es en ese escenario donde autores como Rojas Bernal apuntan cómo aquí se puede justificar el principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales, postura que, respetuosamente, considero por lo menos muy debatible.

Rojas Bernal procede, entonces, a analizar cómo podría darse una interpretación mutativa de la constitución en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Aquí, añade el autor, 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 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 si ha habido un cambio en las circunstancias determinantes, o un cambio en la composición del tribunal constitucional. Es más, y explorando con más detalle en ese sentido, 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– deben estar, con mayor razón, relacionadas 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, anota lo siguiente:

1. El tribunal constitucional debe utilizar la constitución (y no 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, al asumir una consideración interesante, que no por ello deja de ser discutible, pues precisamente la jurisprudencia del tribunal constitucional es la interpretación vinculante de cierre de la constitución, y, por ende, no puede ser desdeñada. Es más, un cambio de perspectiva jurisdiccional debería encontrarse motivado por quienes integren el tribunal constitucional.
2. El tribunal constitucional debe tener presente si en su sentencia anterior reconoció que había diversas posibilidades interpretativas (distintas a aquella finalmente acogida en su momento) a las cuales se hubiera podido recurrir.
3. El tribunal constitucional debe reconocer si hubo votos singulares en su anterior sentencia.
4. El tribunal constitucional debe 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, y en términos interpretativos, ello debe ir de la mano de una relación entre justicia constitucional y democracia que apunte a una interpretación dinámica, la cual debe tener en cuenta el cambio en las denominadas circunstancias determinantes.

En este escenario donde procede a realizar un análisis de la “rebeldía del legislador”. Según Rojas Bernal, dicho análisis presupone revisar, entre otros factores, los referidos 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. En esa misma línea de pensamiento, 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 que, más que ante un límite a la labor de quienes asuman tareas propias de jueces constitucionales, estamos ante un riesgo al quehacer de estos juzgadores, en tanto, con el argumento de una interpretación evolutiva, quienes legislan pueden soslayar los efectos de sus sentencias, y, por ende, poner en riesgo su propia legitimidad. Sin duda, nada más riesgoso para la estabilidad de un Estado constitucional que se precie de serlo. Por ende, no respaldo, aunque respeto, esta posibilidad de acción frente a la cual,

si intenta asumirse –situación que no recomiendo–, se hace indispensable tomar algunas precauciones al respecto, salvo mejor parecer.

## **5.2. El reto de la ejecución de los fallos emitidos por los jueces. ¿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 constitucional es central en el Estado constitucional. Sus responsabilidades de interpretación vinculante y control de constitucionalidad le han dado un rol preponderante en la “concretización de la Constitución”, siguiendo los términos de Hesse. Aquello se materializa a través de diversas alternativas y tareas por seguir: “constitucionalización del derecho”, con sus efectos directos e indirectos; “constitucionalización de la política”; “convencionalización del derecho”; promoción 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 en el 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 Interamericana de Derechos Humanos) 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, viendo lo previsto en el Código Procesal Constitucional del Perú, 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), demuestran un interés del legislador por otorgar real eficacia a las resoluciones de los jueces constitucionales aunque, justo es decirlo, se parecería optar por un modelo en el cual el juez de primer grado es, en principio, el ejecutor 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, y mediante la RTC 00201-2007-Q/TC, dicho Tribunal Constitucional

amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio incluso a favor de las sentencias emitidas en segundo grado.

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 realizados por el juez 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 una cobertura constitucional y legal insuficientemente justificada; deficiencias en la justificación del uso en estos casos de una siempre polémica “autonomía procesal constitucional”; debate sobre la capacidad operativa del tribunal para atender esta clase de requerimientos. Bien puede alegarse que las decisiones tomadas se encuentran no solamente dentro de lo “constitucionalmente posible”, sino, sobre todo, dentro de lo “constitucionalmente necesario”. Ahora bien, y muy a despecho de que pueda discutirse lo avanzado, necesario es anotar que, al respecto, y no solamente en el caso peruano, todavía queda mucho por hacer.

Y es que con relativa facilidad puede detectarse que, existen tribunales constitucionales que, como el Tribunal Constitucional peruano, han tomado diversas decisiones en busca de facilitar o consolidar la ejecución de sus pronunciamientos (en el Perú, por citar un ejemplo, conviene tener presente que, además de lo mencionado en este texto, el Tribunal Constitucional también ha recurrido a fórmulas más próximas a una naturaleza procesal, como las de la declaración de estados 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 colegiado).

Queda claro, entonces, que todavía hay varios debates por abordar al respecto, frente a un tema que se presenta ya como un reto a la labor de todo juez constitucional dentro de un Estado constitucional que hoy se precie de serlo. En primer lugar, conviene tener presente hasta dónde puede llegar la capacidad interpretativa vinculante de jueces constitucionales ante omisiones reiteradas que causan graves y sostenidas violaciones de diversos derechos fundamentales.

El debate sobre la pertinencia de instaurar (al igual que en Colombia y en Costa Rica, y siguiendo antecedentes que se remontan a uno de los casos “Brown” emitidos por la Corte Suprema Federal de Estados Unidos) sentencias estructurales se hizo 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 constitucional. Por ende, y desde el caso “Hermanas Cieza”, ya el Tribunal ha emitido varias sentencias de carácter estructural.

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 dentro del mismo tribunal o juez constitucional. Resulta aquí necesario pensar en materializar alternativas como cuestiones de seguimiento e incluso audiencias de seguimiento. De esta manera ha comenzado a trabajarse en el Tribunal Constitucional, con singular éxito.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que jueces 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 no hace algo sobre el particular, y con mayor razón si en los hechos se plasma lo contrario, no solamente deja sin tutela derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sino también sin efectiva limitación al ejercicio abusivo de las competencias de quien tiene autoridad, y, por el contrario, deslegitima la actuación del Tribunal Constitucional (o de cualquier juez constitucional) y nos lleva al terrible riesgo de una desconstitucionalización del Estado.

La opción asumida al respecto en el caso peruano, al igual que en otros Estados, ha sido la de, además de recurrir a mecanismos como los aquí mencionados, propiciar la instauración de una comisión de seguimiento de sentencias para asegurar la materialización de lo resuelto en ciertos casos considerados emblemáticos. La Comisión de Seguimiento de Sentencias, tal como ocurre con sus pares en otros Estados, tiene como finalidad la de supervisar y velar por el cumplimiento efectivo y oportuno de este tipo de decisiones. Esto se tradujo en, primero, registrar las exhortaciones, declaraciones de estados de cosas inconstitucionales y de estados de hecho inconstitucionales, las sentencias estructurales que eventualmente puedan emitirse, y, finalmente, todas aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que requieran de un seguimiento específico.

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

Por otro lado, y en lo referido a las audiencias de cumplimiento, estamos también ante una experiencia de innegable interés. Se convoca entonces a las partes implicadas, para así asegurarse de que estas 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 se debe fijar posición. Por ejemplo, tener clara la diferencia entre cumplimiento e impacto es aquí fundamental. Debe quedar claro si el juez constitucional, y con mayor razón, un tribunal constitucional (o la entidad que haga sus veces) quiere tener una incidencia cuantitativa en

la ejecución de lo previsto en sus sentencias, o, más bien, se preocupa de asegurar que lo resuelto en casos considerados emblemáticos no solamente se materialice, sino que esa última actuación sea conocida y aplicada también a situaciones sustancialmente iguales.

Conviene, entonces, frente a esta disyuntiva, tener presente, de un lado, el efecto multiplicador de los pronunciamientos de jueces constitucionales (máxime si se trata de integrantes de tribunales constitucionales, o de entidades que hagan sus veces); y, de otro, la imposibilidad material de que, sobre todo las altas cortes, puedan involucrarse en la ejecución de todos (o por lo menos, de la gran mayoría) los fallos que emiten. En síntesis, creo que es necesario apuntalar el cumplimiento de las resoluciones ya emitidas, pero priorizando una dinámica de impacto, más acorde con la dimensión objetiva de los diferentes procesos constitucionales (y, principalmente, de los procesos constitucionales de la libertad).

Probablemente, estas 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 y, especialmente, su importancia no solo como reto a la labor de un juez constitucional, sino por lo que implica en relación con su propia legitimidad y la legitimidad de su quehacer. De allí su innegable importancia.

## Bibliografía

- AA. VV. “La democracia deliberativa a debate”. *Cuadernos de Investigación*, n.º 85 (2011).
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: CEC, 1991.
- AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación*. México: Fontamara, 1995.
- AARNIO, Aulis, Manuel ATIENZA y Francisco Javier LAPORTA. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 10 (2012).
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, editado por Atienza Ruiz Manero y Aguiló. Madrid: Iustel, 2007.
- ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, coordinado por Miguel CARBONELL y Pedro GRÁNDEZ. Lima: Palestra, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Madrid: CEC, 1997.
- ATIENZA, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En *Interpretación constitucional*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Porrúa, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En *El Canon Constitucional*, editado por Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. Madrid: Trotta, 2006.
- CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Universidad Austral/Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- CUONO, Massimo. “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (septiembre 2012 – febrero 2013).
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La ‘Constitución abierta’ y su interpretación*. Lima: Palestra, 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Massachusetts: Harvard, 1985.
- Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico”. *Gaceta Constitucional* 123 (2018).
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara, 2003.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *En defensa de la constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 20 (2016).
- FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008).
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 15-16 (2010).
- FORST, Reiner. “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”. *Estudios Políticos*, n.º 26 (2005).
- FORST, Reiner. *Justificación y crítica*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- FULLER, Lon L. *La moral del derecho*. México, D.F.: Trillas, 1967.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 86 (1994).
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México D.F.: UNAM-IIJ, 2015.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. “Estado legal y Estado constitucional de derecho”. En *Lecturas de temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Ineficacia del derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”. En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, coordinado por César RODRÍGUEZ GARAVITO. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto GARGARELLA. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del ‘coto vedado’”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (1989).
- GUASTINI, Riccardo. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Puno: Zela, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- HAREL, Alon. *Por qué el derecho importa*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- HESSE, Konrad. “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 4 (2005).
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- LANDA, César. “Justicia constitucional y *political questions*”. *Pensamiento Constitucional VII*, n.º 7 (2000).
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.

- LIFANTE, Isabel. “El desempeño de las responsabilidades públicas”. *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Escola Superior do Ministério Público* 13, n.º 2 (2018).
- LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016.
- MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2018.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Témis, 1996.
- NIEMBRO, Roberto. “Una mirada al constitucionalismo popular”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 38 (2013): 191-224.
- NINO, Carlos S. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé, 1992.
- PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011).
- RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ROJAS BERNAL, José Miguel. “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coordinado por Juan Manuel SOSA SACIO. Lima: Palestra, 2017.
- SAGUÉS, Néstor. *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coordinado por Juan Manuel SOSA SACIO. Lima: Palestra, 2017.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo”. *Gaceta Constitucional*, n.º 121 (2018).
- TOLLER, Fernando M. “Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*”. En *Interpretación constitucional*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Editorial Porrúa, 2005.
- VEGA, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdo*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. “Jueces constitucionales”. *Pensamiento Constitucional*, n.º 12 (2007).