Constitución y Democracia

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Eloy **Espinosa-Saldaña Barrera**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Democracia

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Martha Lorena Leal Ruiz
Secretaria de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Sobre los límites de la justicia constitucional

Eloy **Espinosa-Saldaña Barrera**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2021

Primera edición: marzo de 2021

Sobre los límites de la justicia constitucional

© Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-77-6

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Introducción 13

Capítulo 1
Constitución y jurisdicción constitucional

1.1. Constitucionalismo contemporáneo y los fenómenos de la constitucionalización del derecho, constitucionalización de la política y convencionalización del derecho 23
1.1.1. Constitución y constitucionalismo moderno: el inicio de una tendencia 23
1.1.2. El cambio de paradigma hacia el constitucionalismo contemporáneo 27
1.1.3. Constitucionalismos positivista y no positivista 39
1.1.4. Sobre el proceso de constitucionalización del derecho y el de constitucionalización de la política 48
1.1.5. Sobre el proceso de convencionalización del derecho y sus distintas implicancias para los diferentes jueces y juezas constitucionales. 65
1.1.6. ¿Qué debe entenderse entonces por constitucionalismo contemporáneo? 83

1.2. Constitucionalismo contemporáneo y justicia o jurisdicción constitucional. 84
1.3. Expansión y consolidación de la magistratura constitucional 86

Capítulo 2
Alcances y roles de la jurisdicción constitucional contemporánea

2.1. Alcances sobre la jurisdicción constitucional contemporánea 91
2.1.1. Los modelos actuales de jurisdicción constitucional 91
2.1.2. Las tendencias actuales en la jurisdicción constitucional 99
2.1.3. Interpretación, argumentación jurídica y jurisdicción constitucional. 111
2.2. Roles (sociales y políticos) de la jurisdicción constitucional. 154
2.2.1. Función de mediación. 155
2.2.2. Función de integración social 156
2.2.3. Función de orientación. 170
2.3. Los jueces y juezas constitucionales entre el "quietismo" y el "hiperactivismo" 172
2.3.1. Sobre activismo, quietismo e hiperactivismo. . . 172
2.3.2. Concepciones o modelos relacionados con el "quietismo". 175
2.3.3. Concepciones o modelos relacionados con el "hiperactivismo" 176
2.3.4. Saliendo del entrampamiento: caminando hacia una aproximación a un modelo de activismo moderado 177

2.4. Breves apuntes sobre la legitimidad de los jueces y juezas constitucionales, justificante del alcance de su labor, pero también de sus límites 178

Capítulo 3
Límites y retos de la jurisdicción constitucional

3.1. Tensiones y condicionamientos para la jurisdicción constitucional 185
3.1.1. Jurisdicción constitucional y democracia 185
3.1.2. Jurisdicción constitucional y corrección funcional 193
3.2. Sistematización y concreción de algunos límites: un planteamiento 209
3.2.1. Consideraciones generales 209
3.2.2. La insuficiencia de la autorrestricción como límite 210
3.2.3. Límites intrínsecos 213
3.2.4. Límites extrínsecos o dinámicos 230
3.3. Algunos retos a la labor de los diferentes jueces y juezas constitucionales 241
3.3.1. La rebeldía del legislador como riesgo a la labor de jueces y juezas constitucionales 241
3.3.2. El reto de la ejecución de los fallos emitidos por los jueces y juezas. ¿En búsqueda del cumplimiento de lo resuelto o de la generación de impacto con lo jurisdiccionalmente señalado? 246

Conclusiones 253

Bibliografía 265

Sobre los límites de la justicia constitucional
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
se terminó de imprimir en marzo de 2021,
en Hear Industria Gráfica
Querétaro, México,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

La argumentación constitucional
de la Suprema Corte.
A diez años de la reforma de derechos humanos
Roberto Niembro Ortega
(En coedición con el IIJ-UNAM)

Test democrático interamericano frente al COVID-19
Mariela Morales Antoniazzi (coord.)
(En coedición con el MPIL y la DFG)

Justicia constitucional y protección de derechos.
Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020
Gianluca Famiglietti y Silvia Romboli (dirs.)
(En coedición con la Universidad de Pisa)

Principios y proporcionalidad revisitados
Federico De Fazio (coord.)

Los derechos sociales en México.
Reflexiones sobre la Constitución de 1917
Juan Antonio Cruz Parcero (coord.)

El Sistema Interamericano de Protección
de los Derechos Humanos.
Instrumentos, órganos, procedimientos
y jurisprudencia
Fabián Salvioli

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La nueva teoría del constitucionalismo contemporáneo se manifestó, principalmente, en el proceso de constitucionalización del derecho, el cual implica que la Constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho y de la vida social. Aquello, desde luego, supone un importante cambio en la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como también en la relación entre este y la moral.

Lo expuesto ha producido un verdadero cambio en los conceptos de Constitución, constitucionalismo e interpretación constitucional, lo cual, a su vez, ha redimensionado y potenciado la labor de jueces y juezas constitucionales.

No obstante, ello no les otorga un poder sin control a estos juzgadores: su accionar tiene límites, como los que el autor nos explica en esta obra.

ISBN 978-607-7822-77-6

9 786077 822776

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Introducción

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

[2] *Ibidem,* pp. 81 y 82.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

to de derechos (lo cual en el ámbito estadounidense se produjo básicamente a través de enmiendas posteriores a la Constitución) no tomó en dicho momento la connotación que actualmente tiene, sino que respondió más bien a la jurisprudencia dada por la denominada "Corte Warren", que permitió distinguir una comprensión del derecho a la igualdad en clave formal (como la adoptada en el caso *Plessy vs. Ferguson*) para asumir su entendimiento de este derecho más bien en clave material[5] (así desde el caso *Brown vs. Board of Education*), poniéndose de ese modo en evidencia una efectiva apuesta por la defensa de derechos, sobre todo los de carácter civil.

Como bien anota Rubio Llorente,

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

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

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

[6] Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución como fuente...", *cit.*, p. 85.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Hoy en día, ello implica hacer eficaz tanto al texto constitucional como al constitucionalismo contemporáneo mismo, cuyo talante democrático resulta innegable[9] y acrecienta significativamente la labor de los jueces y juezas constitucionales, quienes quedan encargados de realizar o hacer efectiva la Constitución y, desde luego, los derechos que ella contiene.

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

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

---

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

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

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

12 *Ibidem,* p. 526.

13 *Ibidem,* pp. 523 y 524.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

[15] *Ibidem,* p. 66.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Capítulo 1
Constitución y jurisdicción constitucional

1.1. Constitucionalismo contemporáneo y los fenómenos de la constitucionalización del derecho, constitucionalización de la política y convencionalización del derecho

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

1.1.2. El cambio de paradigma hacia el constitucionalismo contemporáneo

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

interpretaciones conformes) las leyes y otras actuaciones de los parlamentos o congresos?).

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

17 *Ibidem*, p. 8.

18 *Idem*.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

1.1.3. Constitucionalismos positivista y no positivista

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

---

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

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

30 Comanducci, Paolo, *op. cit*.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

33 *Idem*.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

1.1.3.1. Constitucionalismo contemporáneo positivista

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

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

35 *Idem.*

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[36] *Ibidem,* p. 98.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[37] *Ibidem*, p. 101.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

1.1.3.2. Constitucionalismo contemporáneo no positivista o pospositivista

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

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

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

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

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

[40] *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

Asimismo, cabe recalcar que la postura pospositivista, al contrario del positivismo (que con el riesgo de la simplificación diríamos que tiende a reducir el derecho a reglas) y del neoconstitucionalismo[43] (que con similares recaudos reduce el derecho a

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

42 *Idem*.

43 Para Atienza, el neoconstitucionalismo es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza por tesis insostenibles. También explica que el término "neoconstitucionalismo" es mal empleado por diversos autores, por cuanto no existen equivalentes en otros ámbitos culturales, o al menos no equivalentes con el mismo significado. Asimismo, señala que los orígenes de la expresión "neoconstitucionalismo" se remontan a la escuela genovesa, varios de cuyos representantes utilizaron esta expresión para referirse a la concepción del derecho, contraria al positivismo jurídico que ellos seguían.
Por otro lado, Manuel Atienza recalca que la confusión se debe a que se usa el término "neoconstitucionalismo" para referirse a distintas cosas como: al fenómeno de cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos, a la conceptualización de este fenómeno como teo-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[44] *Ibidem*, p. 20.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

---

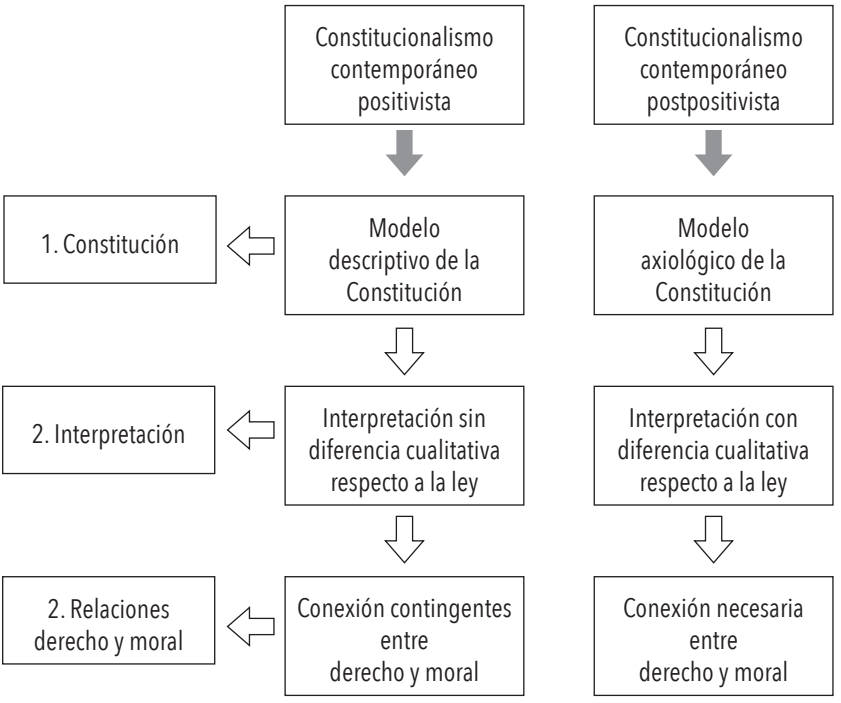
45 Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 100.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Cuadro 1: *Constitucionalismos positivista y no positivista*



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

1.1.4.1. La constitucionalización del derecho

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[49] *Ibidem,* p. 39.

[50] *Ibidem,* p. 40.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

51 *Idem*.

52 *Idem*.

53 Cit. en *idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

54 *Ibidem,* p. 41.

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

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

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

60 *Ibidem,* p. 37.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

c) La *garantía jurisdiccional de la Constitución:* la rigidez de la Constitución no sería factible si no se contara con un sistema de interpretación conforme a la misma y con el control de la constitucionalidad. En este caso, puede distinguirse básicamente entre los modelos de control americano y continental europeo (del que forman parte Italia, España, Alemania, etc.), aunque seguramente corresponde también hacer alusión a otro caso de interés, como es el de la evolución del modelo francés (de origen político, pero que ha sido objeto de un sustancial cambio sobre todo tras la reforma de 2008, concretada en 2010).[61]

d) La *fuerza vinculante de la Constitución*: tradicionalmente, las normas (disposiciones) programáticas como las relativas a los derechos sociales o a los principios no tenían carácter vinculante; sin embargo, hoy en día todas las normas (disposiciones), con independencia de su estructura y contenido, son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. El proceso de constitucionalización, entre otros factores, ha supuesto dotar de contenido normativo a todas las disposiciones constitucionales. De esta forma, estas últimas han pasado de ser simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos a ser normas directamente aplicables y con carácter vinculante.

e) La *sobreinterpretación de la Constitución*: esta se produce cuando los jueces y juezas constitucionales y ordinarios, así como los juristas en general, no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que además adoptan una interpretación extensiva, utilizando, por ejemplo, el argumento *a simili*, y extraen así del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, pero que también condicionan de forma

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

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

García Jaramillo[62] también menciona este rasgo como característico del nuevo esquema constitucional, señalando que con la noción de constitucionalización se da a entender la irradiación de la Constitución —y particularmente de los derechos fundamentales— a todo el sistema jurídico, mediante la aplicación directa de los dispositivos constitucionales.

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

67 *Ibidem*, p. 424.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

1.1.4.2. La constitucionalización de la política

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

Ahora, si se quieren tener algunas especificaciones sobre los alcances de una cuestión política no justiciable, en primer término debe especificarse que desde *Marbury vs. Madison* se reconoce que los jueces siempre deben actuar en caso de que se encuentren en juego los derechos fundamentales de las personas involucradas[71] y que, finalmente, a nivel estadounidense, la determinación de que una materia sea cuestión política no justiciable o no es jurisprudencial, antes que legal o constitucional.[72]

---

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

No son pocos los países que siguen parámetros de "constitucionalización de la política". En este sentido, cabe resaltar la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, entidad que, en opinión de algún calificado autor, asume responsabilidades cercanas a las de un Tribunal Constitucional[73] y ha desarrollado jurisprudencia bajo esos parámetros. Se ha pasado de antecedentes recogidos en casos como *José Roque Pérez* o *Procurador Fiscal de Santa Fe* al planteamiento de "cuestiones políticas" en fallos como *Cullen vs. Llerena*; o el primer cuestionamiento a esa formulación desde el voto disidente del entonces juez Boffi Boggero en *Soria de Guerrero* (1963) hasta, finalmente, la incorporación de los criterios de *Baker vs. Carr*.

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

76 *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

1.1.5.1. Anotaciones iniciales y control de convencionalidad

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[82] Vidal, Carlos, *op. cit*.

[83] *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

c) *Medidas de restitución*. Mediante las que se intenta volver a la situación existente antes de producirse la violación de los derechos de la(s) victima(s). Dentro de estas medidas puede incluirse, por ejemplo, al pago de indemnizaciones, el pago de costas, el reintegro de gastos, la anulación de antecedentes judiciales o la entrega de la información solicitada.

d) *Medidas de no repetición*. Con las cuales se busca evitar que se siga dando en la realidad aquel contexto declarado como violatorio de los derechos. Se encuentran dentro de esta categoría la capacitación de funcionarios públicos y la adecuación de la normativa interna del Estado condenado a los parámetros establecidos en la CADH o los que se desprenden de ella.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[90] En ese sentido, *idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

Es en este contexto donde adquiere especial relevancia un mecanismo utilizado en el SIDH, destinado a que la Corte IDH, a pedido del Estado que fue emplazado y recibió en algún proceso un pronunciamiento de ese alto Tribunal, emita una sentencia de interpretación de los alcances de sus propios fallos. Bien se ha señalado que, en un escenario en donde la incidencia de la Corte IDH es a todas luces muy fuerte, lo que viene buscando el Estado cuando solicita que se dicte una de estas sentencias de interpretación es una modulación del pronunciamiento emitido, una adaptación del mismo a sus propias reglas de derecho interno y, justo es anotarlo, la reducción del monto de lo que debe indemnizar[91] (tema de especial relevancia para los Estados, por las connotaciones económicas e incluso políticas que involucran estas indemnizaciones que, como bien se conoce, no se quedan en el otorgamiento de sumas de dinero a las víctimas o a sus beneficiarios).

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

1.1.6. ¿Qué debe entenderse entonces por constitucionalismo contemporáneo?

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

1.2. Constitucionalismo contemporáneo y justicia o jurisdicción constitucional

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

Señalado esto, nos interesa incidir ahora en la labor de las denominadas magistraturas constitucionales, en el marco del actual Estado constitucional. Al respecto, parece claro que estas no solo interpretan en forma vinculante los preceptos constitucionales, sino que también se encargan de preservar su estricto cumplimiento y, en ese sentido, tienen un rol muy significativo dentro de aquellas sociedades en las que se ha previsto su creación, en la medida en que desempeñan el "papel terapéutico" al cual hace referencia algún importante sector doctrinario[101] y, además, cumplen un rol de "poder mediador", de "integración social" y de "orientación" —como explicaré con más detalle en el segundo capítulo— frente a conflictos considerados como centrales a nivel político y socioeconómico en un Estado determinado.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

1.3. Expansión y consolidación de la magistratura constitucional

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

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

Ello se manifestó inicialmente en 1920 en Austria, bajo la influencia de Hans Kelsen[104] (si bien el modelo checoslovaco formalmente apareció meses antes, su poco éxito no permite posicionarlo al mismo nivel que el austriaco);[105] floreció luego en Alemania, con la Constitución de 1949 y la posterior creación del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951, el cual consolidó la concepción que afirma que "los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores".[106] El Tribunal Constitucional alemán, por si fuera necesario precisarlo, no surge en todo caso con

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[112] Carbonell, Miguel, "El neoconstitucionalismo: significado...", *cit.*, p. 156.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Capítulo 2
Alcances y roles de la jurisdicción constitucional contemporánea

2.1. Alcances sobre la jurisdicción constitucional contemporánea

2.1.1. Los modelos actuales de jurisdicción constitucional

Todos, sin duda, hemos oído hablar en algún momento del famoso caso *Marbury vs. Madison*, mediante el cual, en 1803, la Suprema Corte estadounidense, sin que existiera una norma que autorizara explícitamente a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una ley, asumió precisamente como una de sus competencias desempeñar dicha labor.

Dicho fallo es reconocido como el primer caso mediante el cual, judicialmente, por lo menos a nivel de una Corte con competencias de carácter nacional, se le concedió a la Constitución una fuerza jurídica suficiente como para abrogar una norma con rango de ley y también de alcance nacional.[1] Para ello, como hoy es de conocimiento general, la Corte Suprema de Estados Unidos partió de la idea de que la Constitución es la *higher law*, la norma jurídica más alta e importante, y que las otras normas del orde-

[1] Es cierto es que ya había algún antecedente de este tipo de control en algunos estados norteamericanos, pero hasta ese momento no existía un fallo de la Suprema Corte estadounidense que declarara la inconstitucionalidad de una norma federal con rango de ley.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

namiento jurídico estatal debían escrupulosamente respetar sus preceptos.

Y para asegurar que la mencionada supremacía se cumpla a cabalidad, qué mejor que un control de corte jurisdiccional, control que es considerado objetivo, en la medida en que se realiza sobre la base de normas, y en el cual las partes en conflicto acuden ante el juez o la jueza mediante un proceso destinado a preservar la mayor igualdad de armas o de condiciones posibles entre ellas.

Dentro de esta lógica, se ha planteado y asumido hasta hoy que la judicatura ordinaria estadounidense no solo es una instancia de impartición de justicia, o de composición de conflictos o esclarecimiento de situaciones de incertidumbre jurídica entre la ciudadanía, sino que se ha constituido como un verdadero "poder mediador". Ha llegado a convertirse en el árbitro, bajo parámetros jurídicos, por excelencia de los grandes conflictos que puedan existir en una sociedad determinada.

Ahora bien, cabría preguntarse si este mismo esquema podía repetirse de la misma forma en otros lugares. La respuesta se encontraba sin duda muy condicionada al escenario político, jurídico y social existente en aquellos otros territorios.

Eso es justamente lo que podía señalarse para el caso europeo (sobre todo el europeo continental) de aquella época, pues las condiciones políticas y sociales entonces vigentes eran radicalmente distintas a las que ya se presentaban en Estados Unidos de América. En la Europa de fines del siglo XVIII, y durante todo el siglo XIX (como ya fue reseñado), la Constitución no era vista como una norma jurídica, sino como un mero referente político.[2] La norma jurídica por excelencia era entonces la ley, la norma con rango legal que surgía de la representación popular. Por otro lado, el contexto político que se vivía se caracterizaba por un abierto enfrentamiento entre el Parlamento victorioso de revoluciones burguesas, tales como la inglesa o la francesa (pero con un poder todavía no completamente consolidado), y

[2] Una buena síntesis de este fenómeno la encontramos, entre otros textos, en Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España,* Madrid, Dykinson, 1984, pp. 23 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

un monarca que, aun derrotado, conservaba algunas importantes atribuciones, las cuales progresivamente iría perdiendo con el tiempo.

Es más, si estudiamos lo ocurrido en Europa fundamentalmente durante la segunda parte del siglo XIX, veremos cómo en dicho continente convivían lo que se denominaba el "principio democrático" (una parte de la actuación estatal sometida a las leyes y el control parlamentarios) con el llamado "principio monárquico" (escenario en el cual la actuación de las reparticiones estatales vinculadas con esa dinámica no se veía, en principio, sometida a los parámetros normativos y de control antes reseñados). En ese contexto, el rey todavía estaba muy lejos de constituir una figura meramente decorativa o protocolar, pues conservaba importantes atribuciones para sí, manejando buena parte de la todavía incipiente administración estatal, manejo en el cual aún no existía mayor participación o supervisión por parte del Parlamento.

Había, entonces, una serie de instancias de corte administrativo, tribunales y consejos de Estado que nada tenían que ver con el control parlamentario ni admitían intervención alguna de los jueces. Por otro lado, la judicatura ordinaria sí estaba sometida a un control del Parlamento, en la medida en que el juez y la jueza eran solamente vistos como "la boca de la ley", ley que, como bien sabemos, era —y sobre todo en aquella época— la expresión por excelencia de la labor parlamentaria. Así, la tarea de los jueces se limitaba únicamente a la composición de conflictos o la resolución de situaciones de incertidumbre, y su parámetro de evaluación era la ley y no la Constitución. Considerando lo anterior, parecía imposible poder conseguir de los jueces un pronunciamiento genérico y con efectos *erga omnes* (como el que luego Kelsen va a atribuirle a las sentencias del Tribunal Constitucional) sobre la inconstitucionalidad de una ley o, por lo menos, la posibilidad de que estos emitan resoluciones abordando ese mismo tema, con fallos con efectos para el caso concreto sometido a sus despachos, pero que, a su vez, sentaran precedentes para solucionar posteriores conflictos de similares características, tal como ya ocurría —y hasta hoy sigue sucediendo— en el caso estadounidense. Sin embargo, esta situación comenzará a cam-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

biar en los primeros años del siglo xx cuando se comprueba que, entre otras cosas, el legislador puede ser garante de la voluntad general, pero que, a veces, por intentar comprender los criterios de la mayoría (o por satisfacer requerimientos más bien personales), no solo ignora las siempre respetables posiciones asumidas por las minorías, sino que incluso puede violar derechos fundamentales y otros preceptos constitucionales, acciones que indudablemente atentan contra la subsistencia y el fortalecimiento del mismo Estado de derecho. En ese escenario ya no se hará solamente necesario reconocer la fuerza normativa de la Constitución (situación que progresivamente comenzó a aceptarse en Europa y que actualmente se presenta como un presupuesto incuestionable del constitucionalismo contemporáneo), sino también se requerirá del establecimiento de mecanismos eficaces y eficientes para proteger esta recién reconocida supremacía de la Constitución. Es decir, hacía falta una entidad que desempeñara, en el escenario europeo, el rol de "árbitro" o el papel "terapéutico" que desde 1803 venía desempeñando la judicatura ordinaria estadounidense.

Es allí donde surge la propuesta kelseniana de erigir un Tribunal Constitucional que asuma el rol jurídico-político (o, para decirlo con mayor propiedad, de judicialización de los principales problemas políticos, sociales y económicos existentes en una sociedad determinada) que en Estados Unidos desempeñaba —y desempeña— la judicatura ordinaria a través de la *judicial review*. Dicha propuesta se dio en un contexto en el cual, por razones históricas y políticas, unidas además a algunas no menos importantes consideraciones de carácter más bien técnico jurídico (mayor seguridad jurídica, verdadera especialización de los jueces y juezas, etc.), no se vio como algo conveniente el confiarles a los jueces de la existente judicatura ordinaria —o poder judicial— tan importante atribución.

Ello también explica cómo en Europa el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo esbozado inicialmente por Kelsen y también conforme comienza a asentarse más el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, va dejando su inicial configuración como un legislador negativo —si en rigor alguna

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

vez solamente su quehacer se ha circunscrito a aquello—[3] para alcanzar, siempre con una fisonomía claramente jurisdiccional y, qué duda cabe, a la par de una mayor energía y contundencia, su rol de "poder mediador", al cual me he referido.

Ahora bien, pasando a América Latina, también es claro que, pese a nuestra precariedad institucional y abultada deuda social, se vienen materializando en esta región varios mecanismos encaminados precisamente a asegurar el cumplimiento efectivo de la Constitución y su interpretación, mediando la existencia de una magistratura constitucional, con los menores contratiempos y con la mayor aceptación ciudadana posible, tomando en cuenta lo especial de cada situación a abordarse.[4]

En un escenario como el latinoamericano, esta preocupación es de la máxima relevancia, pues aquí las diferentes constituciones y su puesta en vigencia son presentadas (y en algunos casos, justo es decirlo, han cumplido ese rol) como impulsoras de una lógica de democratización de las decisiones políticas, o de ampliación de las situaciones y supuestos que se asume deben ser protegidos mediante parámetros jurídicos. Asimismo, en América Latina se ha admitido la especialización (o especificación) de algunos derechos;[5] se ha reconocido su titularidad a favor de

[3] Ya Kelsen, en "La garantía jurisdiccional de la Constitución", nos hace entender, entre otras consideraciones, cómo la calificación del juez constitucional como legislador negativo tenía mucho de cautela, en función de lo que podía entenderse como atribución de un juez (declarar la institucionalidad de una ley) en un escenario donde se reclamaba la soberanía parlamentaria. Véase al respecto Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución" (la justicia constitucional), *Ius Et Veritas,* Lima, año V, núm. 9, 1994, pp. 17-43.

[4] En esa misma línea va lo que, junto a otros, Louis Favoreu denominaba el paso del control de constitucionalidad al "control de microconstitucionalidad": más que verificar la conformidad de alguna normativa con la Constitución en abstracto, se procede a evaluar la puesta en práctica de esa normativa, su constitucionalidad, en función de su aplicación en casos concretos. Recomendamos revisar, en ese sentido, Favoreu, Louis, "Constitucional Review in Europe", en Henkin, Louis y Rosenthal, Albert (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad,* Nueva York, Columbia University Press, 1990, p. 54.

[5] Sin perjuicio del fenómeno de la internacionalización (convencionalización) del derecho y, sobre todo, de los derechos fundamentales, cuyos al-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ciertos grupos o sectores (o en determinadas situaciones) y, por último, se ha buscado propiciar la consolidación de ciertas ideas como consensuales.

Entre ellas destaca la relacionada con considerar al escenario jurisdiccional como el más idóneo para desempeñar las tareas de interpretación vinculante de la Constitución y, como consecuencia, de control con base en esa interpretación. Todo aquello, aunado a los roles especialmente activos de mediación, integración social y orientación que ahora le toca desempeñar a los tribunales constitucionales, tal como será explicado en el siguiente subcapítulo.

Ahora bien, antes de terminar este apartado considero necesario precisar que, en el derecho constitucional comparado, este modelo de control constitucional al que he venido haciendo referencia es calificado como "fuerte",[6] en la medida en que los jueces cuentan con la posibilidad de eliminar la legislación contraria a la Constitución y tienen la última palabra en materia de interpretación constitucional; sin embargo no es el único existente.

Y es que también se tiene al llamado "constitucionalismo débil", propio de algunos países del *Commonwealth*. En efecto, justo es reconocerlo, en el derecho comparado se prevén formas que apuntan a preservar las interpretaciones realizadas por los organismos "políticos", con lo cual se busca limitar o recortar la posibilidad de un eventual cuestionamiento judicial, aun cuando estos casos cada vez son menos; o en los supuestos donde se admiten organismos con estas competencias se reduce progresivamente su ámbito de acción.

Así, quedan todavía algunos casos o supuestos de ese denominado "constitucionalismo débil", por ejemplo, el Parlamento

cances positivos se manifiestan tanto en el establecimiento de estándares mínimos de respeto a los derechos como en la presencia de tribunales internacionales con el objeto de garantizar ese respeto y ofrecerles protección. Como se verá, este fenómeno va a tener entre sus múltiples funciones la del establecimiento de límites importantes al quehacer del juez constitucional.

6 Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y* judicial review, Lima, Palestra, 2013.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

en Canadá puede decidir por la misma mayoría requerida para el procedimiento legislativo ordinario —excepto en lo relativo a algunos derechos— que una ley considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo continúa en vigor; no obstante, ello por un plazo de cinco años, vigencia susceptible de mantenerse gracias a sucesivas renovaciones aprobadas por el mismo procedimiento. En Gran Bretaña, por su parte, los jueces deben interpretar las leyes de la manera más favorable a la vigencia de los derechos recogidos en la *Human Rigths Act* de 1998, pero si alguna ley se muestra incompatible con alguno de esos derechos, ello no habilita a los jueces a inaplicarla o ignorarla. Solamente ciertos tribunales superiores podrían dictar una declaración de incompatibilidad de la norma, la cual obligaría al Parlamento y al Gobierno a enmendar la situación. Algo similar ocurre en Nueva Zelanda y en Australia, que participan también de un modelo débil de constitucionalismo (también llamado nuevo "modelo de constitucionalismo del *Commonwealth*" o "modelo de constitucionalismo colaborativo").

De manera complementaria a lo anotado, tenemos casos como el de Austria, donde se puede recurrir al procedimiento de la ley constitucional para buscar evitar el control de constitucionalidad de una norma o para volverle a dar vigencia a una norma en su momento declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. O el de Suecia, donde puede enmendarse el catálogo de derechos con la protección constitucional más fuerte, siguiéndose para ello un procedimiento especial.[7]

Ahora bien, respecto a los avances o al desarrollo institucional referido a las denominadas magistraturas constitucionales, conviene puntualizar cuáles serían las tendencias que pueden encontrarse sobre la base de estos avances; sin embargo, antes de ello resulta oportuno tener presente que, sin duda alguna, siempre hay preguntas y problemas que enfrentar.

En primer término, corresponde plantear la discusión sobre la pertinencia de un espacio de naturaleza jurisdiccional para

[7] Una explicación detallada sobre todas estas opciones la encontramos en Ahumada, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa,* Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2005, p. 167.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

abordar las materias que hoy se confían a un juez o a una jueza constitucionales. Sin querer entrar en detalle en materias cuya magnitud escapa a los alcances del presente texto, quiero resaltar que no estoy hablando de la legitimidad con la cual se juzga, aspecto que por lo menos puntualmente desarrollaré en otro apartado. Más bien nos preguntamos si todo es justiciable o no y, de serlo, con qué eficacia lo sería.

Vayámonos entonces con cuidado. Una de las claves del Estado constitucional es la de buscar reconducir cualquier actuación relevante a parámetros y respaldo jurídico, así como dar una respuesta a situaciones de conflicto o de incertidumbre con cierta entidad a parámetros jurídicos. Eso responde a la primera parte de lo preguntado. En principio, no es necesario tener todo el tiempo en la mano la Constitución o demás normativa, pero sí debemos actuar conforme a ella o, por lo menos, no en forma contraria. Esto en mérito a que, entre otras cosas, podemos contar con un escenario de protección conforme a derecho.

Ahora bien, eso no quiere decir que nuestra única tutela deba ser jurídica y ante un juez o una jueza: los mecanismos jurídicos no son los únicos con los que se cuenta para protegerse. Es más, el uso de mecanismos conforme a derecho tampoco quiere decir que en todos los casos aquello implique la actuación de un organismo o un órgano de naturaleza jurisdiccional. Lo que importa es que aquello considerado relevante se haga cuidando determinadas pautas, y que si las cosas no se entienden, o unos y otros se acusan de incumplimiento, siempre haya la posibilidad de acudir a un juez o una jueza. Algunas veces eso se hará directamente y en otras eso quedará como una posibilidad a la cual recurrir cuando se hayan agotado otras alternativas de comprensión y composición de las cosas (o cuando, agotándolos, no estemos satisfechos con lo que allí se ha determinado).

De esta manera se responde a la pregunta antes formulada sobre si todo es justiciable. Dejo claro entonces que algunas cosas siempre lo son, y otras, en principio, podrían serlo. Pregunta distinta es si esa labor jurisdiccional sería eficaz.

La respuesta a esta cuestión involucra tener dos conceptos claros: el primero, cuál es la materia abordada; el segundo, qué

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

es lo que se comprende por eficaz. En cualquier caso, debe entenderse que hay asuntos en los cuales no es indispensable la actuación inicial de un juez y que, en otros, existen diversas alternativas que en principio parecen estar mejor preparadas para resolver sin recurrir, en principio, a un juez, quien puede más bien quedar reservado como una última posibilidad o una opción de cierre para enfrentar ese tipo de casos (idea aplicable al juez o jueza que actúa dentro de una dinámica deliberativa).

Indudablemente, otra inquietud se refiere a cuál es la legitimidad para que un juez o una jueza (máxime si es constitucional) haga lo que hace. Sobre ello iré luego. Ahora, tras estas últimas anotaciones, pasaré a reseñar cuáles aspectos consideramos que hoy constituyen tendencias actuales en la jurisdicción constitucional comparada.

2.1.2. Las tendencias actuales en la jurisdicción constitucional

A continuación haré referencia a algunas tendencias que hoy se aprecian en el derecho constitucional comparado en relación con la interpretación conforme y el control judicial de constitucionalidad. Me refiero a aquellas situaciones que, en nuestra opinión, vienen consolidándose progresivamente en esta materia como tendencias a nivel mundial (lo anterior, valga precisar, con abstracción de la realidad concreta de algún país en particular). Esto, por cierto, no niega la generación de matices en función de momentos o coyunturas existentes en diferentes Estados.

2.1.2.1. Primera tendencia: derrota de los mecanismos de control sin naturaleza o fisonomía jurisdiccional

En efecto, no se necesita realizar un análisis detallado del panorama existente en los diferentes países del orbe para percibir que un conjunto de posibilidades de control de constitucionalidad ha

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

sido dejado de lado. Así, por ejemplo, en buena de parte de los países de Europa oriental, y sobre todo luego de la caída de la Unión Soviética, se ha abandonado un modelo de control al cual habitualmente se le llamaba *político,* para pasar —en la gran mayoría de los casos— a tener tribunales constitucionales cercanos a la fisonomía del denominado modelo concentrado, europeo o austriaco. Ello es lo que, por ejemplo, ha ocurrido en países como Albania, Bosnia-Herzegovina, Bielorrusia, Bulgaria, República Checa, Croacia, Hungría, Eslovaquia, Estonia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Polonia o Rumania.[8]

Por otro lado, también la emblemática experiencia francesa nos demuestra un radical cambio de perspectiva en esta materia. Imbuidos de un espíritu en el cual la soberanía del Parlamento era prácticamente planteada como un dogma de fe, en Francia inicialmente no se dieron las condiciones consideradas en otros países como indispensables para la instauración de un Tribunal Constitucional. Ello explica cómo, aun ante la caída del mito de la infalibilidad parlamentaria y a despecho del gran descrédito del parlamentarismo predominante en la Cuarta República,[9] úni-

[8] Un análisis más bien detallado de este fenómeno y sus implicancias lo encontramos también en Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, "Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en la Europa central y oriental", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración-Universitat de Valencia, núms. 20-21, verano-otoño de 1997, pp. 215 y ss. También convendría revisar Mezzetti, Luca, *Le democrazie incerte. Transizioni constituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia,* Turín, G. Giappichelli, 2000, por tan solo hacer referencia a algunos de los tantos interesantes trabajos sobre el tema al que nos hemos referido.

[9] Recordemos que luego de la Constitución de 1875 (aun cuando son muchos quienes afirman que fácticamente no existió una Constitución de 1875) se promulgó la Constitución de 1946, la cual no introdujo, para efectos de lo que aquí desarrollamos, cambios importantes frente a su predecesora, pues ambas eran de corte claramente parlamentario y acogieron el sistema proporcional para la elección de los integrantes del Parlamento. La gran diferencia entre ambas constituciones estriba en el trato que le dan a la Segunda Cámara, pues finalmente en el texto de 1946 se redujo a un simple poder consultivo (a pesar de mantener cierto poder en la elección del presidente de la República). El Gobierno, igual a lo que sucedía en la Tercera República, podía disolver la Asamblea Nacional, sin requerir para ello de

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

camente se admitió la creación de un Consejo Constitucional; sin embargo, por razones que aquí solamente nos limitaremos a reseñar, esa instancia de control de constitucionalidad prácticamente se convirtió en un tribunal constitucional, primero con atribuciones de control preventivo,[10] pero que hoy sin lugar a dudas va bastante más allá.[11]

Para apreciar la consolidación de la tendencia aquí consignada, ayuda mucho efectuar un acercamiento puntual a lo sucedido en nuestro subcontinente. Y es que varios países latinoamericanos (entre ellos, específicamente, el caso peruano a partir de

---

la opinión de la Segunda Cámara. Ahora bien, volviendo a nuestro tema, ni lo aplicado desde 1875 ni lo prescrito en 1946 resolvía el problema de inestabilidad política que generó la adopción del modelo parlamentarista con sistema electoral proporcional. Ello explica cómo la Cuarta República fue prontamente considerada por muchos como un fracaso, máxime si el momento histórico en el cual tuvo que desenvolverse era muy complejo: la posguerra y sus consecuencias en la economía francesa, además de los acontecimientos ocurridos en Argelia. Estos últimos hechos fueron los que al fin y al cabo marcaron su caída. Un interesante análisis y recuento de lo señalado hasta aquí lo encontramos, por ejemplo, en Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Barcelona, Ariel, 1970, pp. 294 y ss.

10 El modelo francés ha transitado desde una judicatura que realiza control preventivo (Ley Orgánica núm. 74-1101, de 26 de diciembre de 1974, que permitiría recurrir una ley ante el Consejo Constitucional antes de su promulgación por el presidente de la República, a pedido de 60 diputados o 60 senadores. *Cfr*. Fernández Segado, Francisco, "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución", en Quiroga León, Aníbal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1990, pp. 101-146) hacia un modelo que puede considerarse de plena jurisdicción constitucional. Al respecto, sobre la consolidación del Consejo como un auténtico tribunal constitucional, encontramos dos momentos importantes: la consolidación jurisprudencial de lo que ha denominado "bloque de constitucionalidad" (ir de 1971 en adelante) y la reforma constitucional realizada en julio de 2008, en vigor desde marzo de 2010, conforme a la cual se le otorga al Consejo el control posterior de normas legales.

11 Como se sabe, se han introducido modificaciones a las competencias del Consejo Constitucional francés, que ya incluyen en los hechos la posibilidad de que este ejerza control reparador, lo cual prácticamente acaba o reduce a una mínima expresión sus diferencias con los actuales tribunales constitucionales.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

la Constitución de 1979) han ido incorporando a sus diversos ordenamientos jurídicos elementos del modelo concentrado de control, llegando incluso a instituir diversos tribunales constitucionales, pasando de este modo a constituir escenarios similares al propuesto por Hans Kelsen en la primera mitad del siglo xx o, por lo menos, poniendo en vigencia distintas fórmulas mixtas. Tal es el caso de lo acontecido en Colombia a partir del texto constitucional de 1991, por mencionar uno de los casos más notorios y notables.[12]

Como fue explicado, este significativo cambio de enfoque se debe al prácticamente indiscutido reconocimiento del carácter normativo de toda Constitución, asumiéndose a nivel mundial que la Constitución es la "ley suprema". Es ante todo una norma jurídica, con una naturaleza, objetivos y alcances muy especiales, en la medida en que constituye parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico de un Estado determinado. Además, es pauta para la limitación, organización y encuadramiento bajo consideraciones jurídicas del ejercicio del poder político en una sociedad específica, e incluso recoge la justificación última de estas limitaciones y encuadramientos, la cual es, a saber, la tutela y preservación de la plena vigencia de los diversos derechos fundamentales. Por ello, su interpretación se efectúa dentro de perspectivas, criterios y métodos cuyo contenido o aplicación están llenos de particularidades.[13]

Sin embargo, esas especificidades jamás ponen en cuestión lo ya anotado: el carácter normativo de la Constitución, y con ello tampoco ponen en entredicho las importantes repercusiones que

[12] Con respecto al caso colombiano puede revisarse, solo por citar algunos casos: Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano,* Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997, pp. 473-497.

[13] Sobre la interpretación de la Constitución como una norma jurídica (o en rigor, como bien anotaba García de Enterría, un conjunto normativo) con particularidades, sugiero revisar nuestro reciente *En defensa de la Constitución,* Lima, Gaceta Jurídica, 2018.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

eso acarrea, algunas de las cuales están directamente vinculadas con el tema aquí analizado.[14]

Explicito, entonces, el sentido de esta última aseveración: si se asume a la Constitución como una norma jurídica (en puridad, un conjunto normativo), esto es, como un texto elaborado conforme a derecho que, a su vez, es fuente generadora de diversas situaciones y relaciones jurídicas, ninguna institución parece encontrarse mejor calificada para resolver los posibles problemas que genere su interpretación y la plena puesta en vigencia de sus preceptos que una con atribuciones de tipo jurisdiccional. Es por ello que se reconoce que en esa sociedad con pluralidad de intérpretes constitucionales en la que nos hallamos[15] compete dejarles la última y más vinculante opinión a organismos como los tribunales constitucionales, o a los juzgadores y juzgadoras correspondientes que formen parte de la judicatura ordinaria.[16]

Lo expuesto, sin duda, no implica regatear el siempre relevante rol de un jefe de Estado, un jefe de Gobierno o del mismo Congreso, sino que únicamente se limita a anotar lo que, por consideraciones de estricta competencia, le corresponde hoy hacer a un(a) juez(a) ordinario(a) o un(a) juez(a) constitucional en todo Estado constitucional que se precie de serlo, salvo mejor parecer.

2.1.2.2. Segunda tendencia: derrota del "legislador negativo" y consolidación del juez y de la jueza constitucionales como mediadores jurídicos

Por otro lado, si coincidimos con la más calificada doctrina procesal en que la finalidad de todo proceso no se agota con la

14 Véase al respecto lo ya señalado en el primer capítulo de este texto.

15 En este sentido, recomendamos revisar, entre otros, Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997 (la versión original del texto tiene como título *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2* y fue publicada en 1962).

16 Sin embargo, es oportuno anotar cómo la aceptación del control judicial (de constitucionalidad) de las leyes no es fácilmente acogida por todos. Véase, por ejemplo, lo planteado por Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* México, núm. 6, abril de 1997, pp. 55-70.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

resolución del conflicto o la incertidumbre con relevancia jurídica puesta en conocimiento de algún juzgador, sino que también incluye o supone la obtención de un clima de paz social con justicia,[17] ello irremediablemente me lleva a asumir que todo juez o jueza dentro del Estado constitucional es un verdadero mediador —en su caso, bajo parámetros jurídicos— en la resolución de los conflictos más importantes a nivel político, social o económico en una sociedad determinada.

Esta última afirmación adquiere especial significado si se habla de un juzgador o juzgadora que, además, tiene como una de sus competencias la posibilidad de ejercer directamente un control de constitucionalidad. Ello se hace abiertamente notorio en el caso estadounidense, donde incluso conflictos políticos internos vividos en dicho país —como el de determinar si en función a computar o no ciertos votos se reconocía como presidente de la República a Bush o a Gore— fueron decididos por la judicatura ordinaria estadounidense.

Pero en esta lógica no solo encontramos lo sucedido en Estados Unidos, sino también en los tribunales constitucionales europeos, quienes hace muchos años abandonaron los parámetros de legislador negativo al cual los había circunscrito el pensamiento kelseniano. Como bien se sabe, actualmente esos tribunales constitucionales incluso emiten sentencias interpretativas, destacando las de tipo manipulativo,[18] siendo ahora más bien un reto

[17] Este concepto básico del derecho procesal es sostenido, entre otros, por Monroy Gálvez, Juan, *Temas de derecho procesal civil,* Lima, Studium, 1987, pp. 13 y ss.

[18] Sin que con esta referencia intentemos agotar la riqueza de esta materia, denominamos sentencias interpretativas a aquellas que acogen la distinción existente entre disposición (el enunciado) y norma (sentidos que pueden desprenderse de ese enunciado). Dentro de este tipo de sentencias tenemos —en una clasificación que, justo es señalarlo, no es pacíficamente aceptada por todos— a las exhortativas, las interpretativas propiamente dichas y las manipulativas (entre las que, a su vez, se encuentran las denominadas sentencias aditivas, reductoras y sustitutivas). En las denominadas sentencias exhortativas, la judicatura constitucional invoca a actuar en una dirección que es la que considera se desprende del sentido normativo de alguna o algunas disposiciones del texto constitucional. Se denominan sentencias interpretativas (en sentido estricto) a aquellas que buscan con-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

la necesidad de establecer cuál es el límite para la actuación judicial en un escenario tan interesante y a la vez tan complejo como este, tema que abordaré posteriormente.

2.1.2.3. Tercera tendencia: el juez y la jueza constitucionales como promotores de la constitucionalización del derecho y la política

Si ya queda claro que los intérpretes con fisonomía jurisdiccional son considerados ahora como los más calificados para desempeñar las labores de control de constitucionalidad en un Estado constitucional y, además, se explicita que el margen de acción de estos juzgadores no se limita al propio de un legislador negativo, sin duda se encuentra pendiente determinar cuáles son los eventuales alcances o límites de este quehacer jurisdiccional. Es más,

---

ducir la actuación del legislador o de otras autoridades o personas en un determinado sentido, señalando las pautas que debe considerar para elaborar la nueva ley, o apuntalar las pautas de acción u omisión a seguir. Las sentencias manipulativas son aquellas que presuponen que los sentidos de una disposición son incompletos o imprecisos, y que corresponde al juez o jueza constitucionales esclarecerlos. Entre ellas tenemos, pues, a las sentencias aditivas, que no eliminan una disposición del ordenamiento, sino que incorporan a esta nuevos elementos, para así salvar su constitucionalidad o circunscribir su inconstitucionalidad en el ámbito posible. Las sentencias reductoras implican hacer la operación inversa: para salvar la constitucionalidad de una disposición, o acotar su eventual inconstitucionalidad, se dejan de lado ciertos elementos o sentidos normativos de la misma. Finalmente, las sentencias sustitutivas implican el doble ejercicio de, a la vez, incorporar y dejar de lado sentidos normativos de una disposición para así garantizar su interpretación conforme a la Constitución, o circunscribir su inconstitucionalidad a lo mínimo posible. Como puede suponerse, el uso de las sentencias interpretativas tiene vehementes defensores y notorios críticos, sobre todo por la preocupación acerca de cuáles serían los límites del accionar del juez o de la jueza constitucionales en estos casos. Un completo tratamiento de lo señalado hasta aquí lo encontramos entre otros, en Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional,* Madrid, CEC, 1997; López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Civitas, 1998, pp. 225 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

hoy los juzgadores son tan mediadores y creadores de derecho que su labor ha permitido la consolidación a nivel mundial de por lo menos dos fenómenos muy interesantes: el de la denominada "constitucionalización del derecho" y el de la llamada "constitucionalización de la política", mismos que, como hubo ocasión de esclarecer, innegablemente apuntalan un esfuerzo por judicializar no solo la actuación estatal, sino incluso algunos escenarios de relación entre particulares.

Ahora bien, son muchas las críticas y los críticos de estas posturas, y en algunos casos basados en reparos bastante justificados. Si tuviéramos que señalar cuáles son los dos principales problemas o preocupaciones que ellas acarrean serían principalmente, por un lado, el del riesgo de cambiar el "imperio del legislador" por un "imperio de la judicatura" y, por el otro, el de determinar hasta dónde puede llegar un juzgador cuyo quehacer ya no se limita tan solo a su consideración como legislador negativo.

Frente a estas preocupaciones, es justo resaltar que, como bien señaló el entonces magistrado del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente, en un importante voto particular,[19] la evaluación que efectúa una magistratura constitucional, entre otros factores, no se ciñe a parámetros de oportunidad o de calidad, pues, de responder única o principalmente a tales consideraciones, podríamos hablar más bien de la invasión de un campo o margen de acción propio del legislador.

Por otro lado, debemos reconocer cómo el quehacer político requiere de un margen discrecional bastante amplio, sin que ello signifique confundir lo discrecional con lo arbitrario. Es más, como ya lo explicaron bien muchos otros autores,[20] incluso el

[19] Véase el fundamento sexto del voto particular que formula el magistrado Francisco Tomás y Valiente frente al recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, resuelto mediante sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985.

[20] Es útil apreciar, por ejemplo, lo señalado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración pública. Véase al respecto García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo,* 10a. ed., Ma-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ámbito de lo discrecional, para que no deje de serlo y devenga arbitrario, debe desarrollarse dentro de ciertos parámetros, como lo es el respeto de los derechos fundamentales o de las competencias que otras entidades pudiesen tener. Y por eso se entiende que hoy en algunos países las llamadas *political questions* o "cuestiones políticas no justiciables" han desaparecido o se batan en evidente retroceso.[21] A este complejo fenómeno se le conoce como "constitucionalización de la política", del cual he hablado. Los políticos sin duda seguirán haciendo lo suyo, pero dentro de los marcos propios del Estado constitucional, siendo por ello sus actos susceptibles de revisión ante un juez o una jueza, sin importar si son ordinarios o especializados.

Asimismo, esta constitucionalización se entiende también en relación con la vigencia de los derechos fundamentales en la interacción entre particulares. Esto se ha procurado apuntalar, por ejemplo, y no sin reparos, al proscribirse actitudes discriminatorias en lugares de acceso al público (o de uso público) y otras situaciones donde se produce —o por lo menos se percibe— una clara vulneración de derechos. Ahora bien, en nuestra opinión, el problema actualmente no es tanto el de justificar este reconocimiento de la eficacia "horizontal" de los derechos —diferente a la eficacia vertical, es decir, frente al Estado— sino la de cómo asegurar la eficacia de esos derechos en

drid, Civitas, 2000, t. I, pp. 453 y ss. También aquí resulta muy importante revisar a Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo político y mundo jurídico,* Buenos Aires, Depalma, 1978.

21 Una explicación detallada sobre el particular la encontramos en nuestro trabajo intitulado "Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como 'políticos' o 'de direccionalidad política', *Revista Jurídica del Perú,* año XLVIII, núm. 14, enero-marzo de 1998, pp. 63 y ss. No entraré aquí en la distinción que muchos en rigor hacen entre actos políticos, actos de gobierno y cuestiones políticas no justiciables. Solamente por motivos de tiempo y espacio vamos a resaltar el factor común a estos tres conceptos: la idea de que hay decisiones de ciertos órganos u organismos (las partes de una entidad o las entidades mismas) que en principio no admitían revisión en sede jurisdiccional. Esta apreciación, por cierto, hoy en líneas generales se bate en completa retirada, aunque todavía tiene ciertos defensores, muchas más veces en la práctica que en la formulación teórica.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

tales contextos,[22] tema apasionante sobre el cual sin duda hay mucho que decir.

Ahora, aun cuando indudablemente estamos ante materias que podrían y deberían discutirse con mucho mayor detalle, lo importante aquí (a modo de resumen del presente apartado) es constatar cómo nos encontramos ante un fenómeno de recreación de los diversos ordenamientos jurídicos de Estados constitucionales de acuerdo con parámetros constitucionalmente establecidos, fenómeno cuyos alcances son, sin duda, vitales para el desarrollo de las ciencias jurídicas, en general, pero también para el actual desarrollo del tema que estoy abordando: el de los alcances y los eventuales límites a la labor de jueces y juezas constitucionales.

2.1.2.4. Cuarta tendencia: especialización de la jurisdicción constitucional

Si la Constitución es una norma jurídica con un estatus y características muy singulares, su interpretación no se puede regir bajo cualquier parámetro, sino que tiene también sus pautas especí-

[22] Indudablemente, sigue y seguirá siendo importante tema de discusión el determinar hasta qué punto es exigible el respeto y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Un principio y derecho cuya vigencia suscita usualmente estas controversias es el principio de igualdad; sin embargo, libertades como las de expresión o la ideológica y religiosa generan a su vez muy interesantes discursos sobre el particular. El Tribunal Constitucional español, siguiendo la doctrina alemana de la *Drittwirkung*, ha realizado una interesante labor en este sentido. Véase, para mayor abundamiento, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, *BOE*-CEPC, 1997, pp. 383 y ss. Muy recomendable, de este mismo autor, "La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una versión de conjunto", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 43-47. Un tratamiento distinto dado a este tema es el asumido en el escenario estadounidense, a través del desarrollo de la llamada *State Action*. Una esclarecedora explicación sobre el particular la encontramos en Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ficas. Consecuencia de ello es, lógicamente, la de una tendencia hacia la especialización de quienes integran órganos con atribuciones jurisdiccionales cuya responsabilidad es la de preservar la supremacía de los preceptos constitucionales.

Si a ello le añadimos la preocupación por apuntalar una mayor seguridad jurídica a la hora de resolver, lo expuesto puede explicar cómo es que cada vez son más los Estados que incluyen tribunales constitucionales a sus diferentes ordenamientos jurídicos o, en su defecto, que incorporan a las estructuras de control difuso que ya tenían elementos del denominado control concentrado.[23] Por otro lado, también puede apreciarse cómo incluso en Estados que tradicionalmente optaron por un control difuso viene promoviéndose la creación de juzgados especializados en materia constitucional. Existe, pues, una preocupación por un mayor rigor, la cual va de la mano de una mayor y mejor especialización.

Ahora bien, aun cuando en principio creo que los escenarios de control concentrado o mixto se encontrarían mejor preparados para asumir las complejas labores aquí descritas, resulta necesario hacer tres consideraciones: la primera, que la plena y eficaz vigencia de cualquier modelo de jurisdicción constitu-

[23] Así, por ejemplo, la Constitución mexicana, en una reforma más bien reciente, le ha reconocido expresamente atribuciones de control concentrado de constitucionalidad a su Corte Suprema, potestad que se reproduce en su Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con base en textos como los que consigno a continuación: Constitución de los Estados Unidos Mexicanos: "[...] Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: [...] II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución"; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: "[...] Artículo 10.- La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en pleno: I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105° de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos". Este importante cambio normativo ha tenido sin duda una innegable repercusión en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. Un completo análisis al respecto es el de Astudillo, César (coord.), *El desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. El dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir,* México, Tirant lo Blanch, 2019.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

cional implica no solo un mejor diseño normativo, sino, además, la presencia de una serie de aspectos y condiciones, muchos de los cuales evidentemente trascienden a lo jurídico. La segunda, también muy cercana a la línea de pensamiento recientemente reseñada, apunta a que es necesario anotar cómo los modelos concentrados y mixtos afrontan también sus propias limitaciones, riesgos y sesgos. Finalmente, lo aquí señalado no descalifica *per se* al control difuso, ya que inclusive debe apuntarse cómo, hasta hoy, se cuenta con exitosas experiencias sobre el particular, constatación que reafirma la relevancia de la primera aseveración que acabamos de formular.[24]

En suma, veo que la vigencia de los contenidos de la Constitución, entendida como auténtica norma jurídica vinculante, subordina a la actuación estatal y a buena parte de las relaciones entre particulares. Asimismo, se constata que esta especial fuerza de la carta fundamental, en el marco del Estado constitucional contemporáneo, se ha logrado consolidar a través de la institucionalización de la magistratura constitucional (tribunales constitucionales o jueces especializados del poder judicial), la cual se ha afianzado como elemento central y hasta característico en nuestros Estados.

Con base en esto, he encontrado hasta cuatro tendencias muy marcadas en torno al desarrollo o evolución de la justicia constitucional: *1)* su afirmación a través de organismos de carácter jurisdiccional; *2)* la consolidación de su función como mediador en los conflictos más importantes de una comunidad; *3)* su misión esencial en la constitucionalización de la vida social (jurídica y política), y *4)* en parte como correlato de todo lo anterior, la necesidad de una mayor especialización tanto del mismo órgano colegiado como de cada uno de los integrantes que los componen.

[24] Un detallado relato y diversas reflexiones sobre el particular son las que consignamos en nuestro trabajo "La existencia de un Tribunal Constitucional: ¿garantía para la eficacia del control de constitucionalidad? Reflexiones a la luz de la experiencia peruana hasta 1992", en AA. VV., *Desafíos del control de constitucionalidad,* Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 315 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

2.1.3. Interpretación, argumentación jurídica y jurisdicción constitucional

Más allá de lo anotado sobre los modelos y tendencias hoy existentes en la judicatura constitucional, otro asunto relacionado con los actuales alcances —y desde luego también con los retos— para los jueces y juezas constitucionales es el de la resolución de controversias jurídicas sobre la base de los nuevos contenidos y la nueva comprensión que se tiene de las constituciones, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo (tema que fue objeto de estudio en el primer capítulo). He hecho alusión a ello de manera muy sucinta, y más bien ahora corresponde desarrollarlo.

Al respecto, sucede que cuando se está ante un caso concreto, que demanda la aplicación del ordenamiento jurídico para dilucidar una controversia o una situación de incertidumbre cuyo esclarecimiento se solicita, se torna necesario llevar a cabo una serie de operaciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, el identificar las normas aplicables al caso, el desentrañar su sentido primigenio y, finalmente, el ir más allá de ese sentido primigenio y embarcarse en la aventura de buscar el sentido último de las normas (o, mejor aún, de darle dicho sentido último en el contexto actual). Todo esto con la finalidad de encontrar la opción que pueda considerarse la más adecuada.

Como se sabe, para encontrar las normas aplicables al caso nos vemos obligados a acudir a las fuentes del derecho, pues a partir de ellas sabremos si la exigencia de la realidad que le subyace encuentra cobertura jurídica o, por lo menos, si no es ajena o indiferente para el derecho. Aquí entran a tallar la legislación, la jurisprudencia, la costumbre, la declaración de voluntad y la doctrina, todos ellos elementos de la realidad de los cuales se derivan pautas de comportamiento que, en atención a ciertos requisitos, son vinculantes y, por tanto, de cumplimiento obligatorio.

Ahora bien, la tarea de identificar las normas aplicables al caso supone, a su vez, una segunda operación, la cual en principio aparecería como sencilla y que consiste en apreciar, a partir de su construcción gramatical y sintáctica, su ámbito de aplicación. Y es que únicamente conociendo en alguna medida "qué dicen" las normas es que podría determinarse su pertinencia para el caso

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

sometido a nuestro análisis. A esos efectos, se acude normalmente a lo que se conoce como el análisis lógico-jurídico de la norma.

Sin embargo, la especial complejidad en la aplicación del derecho no radica precisamente en ese tipo de análisis, sino en que estas dificultades se explicitan cuando lo que se busca es ir más allá de un análisis lógico-jurídico y se intenta arribar al significado último de la norma. En otros términos, me refiero aquí a que el problema se presenta cuando se intenta contestar la pregunta sobre qué es lo que en última instancia regula o busca regular la norma o las normas en cuestión, más aún, si somos conscientes de que un ordenamiento jurídico es un entramado complejo de normas emitidas en tiempos y contextos diferentes.

Ya no se trata, pues, de tomar una norma y derivar su significado primigenio en atención al supuesto y la consecuencia que contiene, o por la definición que recoge, sino de una tarea bastante más compleja, lo cual supone, inclusive, una importante cuota de creatividad. Creatividad, en atención a que existe cierto grado de discrecionalidad —que no es arbitrariedad— en el ámbito de la interpretación y de la argumentación, así como de la resolución de casos en general. Incluso, como se ha argumentado, la respuesta que los jueces y juezas dan a los casos concretos constituye una norma jurídica específica para las partes, la cual concretiza las normas legales generales que se aplican y que sirven de referente para la necesaria labor de concretización de la cual hablaba Hesse.[25]

Al respecto, un tema sin duda interesante ha sido siempre el definir si es que, vía interpretación y resolución de casos, los jueces terminan creando verdadero derecho a través de sus decisiones. Esta postura, que será explicada con más detalle en un apartado posterior, es la que ha ido abriéndose paso poco a poco a lo largo de la historia. Ello, frente a la posición dominante siglos atrás conforme a la cual, sustentada en una lectura que se puede calificar al menos como rígida del principio de separación de poderes, negaba cualquier posibilidad de creación judicial del derecho.

[25] Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, varias ediciones.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

También es cierto que ese fenómeno hoy no deja de tener sus críticos. Dicho con otras palabras, no deja de encontrar alguna resistencia por parte de quienes entienden que las normas jurídicas llevan ínsitos sus significados, de forma que, en rigor, el reto del intérprete únicamente está en descubrirlos. Desde esta perspectiva, y en contraste con quienes promueven la labor creativa del juez o de la jueza, la labor judicial se vería de antemano limitada por las normas jurídicas que son objeto de su interpretación, puesto que estas tienen contenidos y significados predeterminados que el juez o la jueza, tras descubrirlos, tendría que aplicar meramente.

Con independencia del desarrollo posterior que haré sobre este tema, también debe resaltarse que ese aporte creativo de los jueces y juezas está, por lo menos desde la perspectiva que asumimos, relacionado con la aplicación de principios, métodos y criterios que, sin perjuicio del análisis lógico-jurídico de la norma, les permiten llegar a resultados que no solo puedan ser considerados como los más adecuados o razonables, sino que, a su vez, guardan coherencia y, por tanto, están en sintonía con otros mandatos normativos, máxime con los que se encuentran recogidos en disposiciones ubicadas en un mayor nivel jerárquico (p. ej., los de rango constitucional). De esta manera, la resolución de casos jurídicos implica, por lo general, un ámbito referido a la interpretación jurídica, es decir, a la determinación de significados de ciertos textos; y también a la argumentación jurídica, referida a dar buenas razones a favor de la respuesta jurídica ofrecida, lo cual es de especial importancia cuando existen problemas o limitaciones interpretativas, entre otras situaciones.

Asimismo, es claro que no solo no hay un único método para la resolución jurídica de un caso, sino que además no es posible establecer entre la variedad de métodos una relación de jerarquía que pudiera conducirnos a, si se quiere, aplicarlos bajo un estricto orden.[26]

Como corolario tenemos que, por un lado, la interpretación y la argumentación jurídica por sí mismas no nos llevan a un único

[26] *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Madrid, Trotta, 2008, pp. 234 y ss.; Häberle, Peter, *La libertad fundamental..., cit.,* p. 272.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

resultado o respuesta, sino que entrañan una apertura intrínseca respecto de los significados posibles que pueden extraerse de las normas jurídicas, así como también respecto de las respuestas que puede encontrarse al resolver casos que involucren principios. Además, una consecuencia inevitable es también aceptar que los resultados a los que se llegue en cierto sentido son reversibles, pues es posible que, tras haberse deducido un determinado resultado para un caso concreto, en otro caso posterior y *prima facie* análogo, no necesariamente tenga que darse la misma respuesta. Lo anterior, que pudiera parecer perjudicial a la luz de la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico, resulta más bien plausible, en la medida en que abre la puerta a la adaptación de las normas jurídicas a nuevos escenarios o circunstancias o, incluso, a optimizar y, por tanto, a mejorar los resultados que la interpretación jurídica nos provee.

Ahora bien, no podemos dejar de advertir que si bien la labor interpretativa en buena cuenta supone un esfuerzo creativo de parte del juez como operador del derecho, no debe confundirse esta discrecionalidad, inherente a la creatividad judicial, con la arbitrariedad. En otros términos, so pretexto de la interpretación de las normas jurídicas, no se puede dar cabida a todo tipo de posibilidades o pretensiones.

Así, sobre la prohibición del actuar arbitrario, es claro que todo Estado constitucional se maneja sobre la base de reglas de juego jurídicamente preestablecidas y que, por ello, busca otorgar un grado de predictibilidad de lo que va a ser su actuación y la de los privados. Por ende, la labor interpretativa debe ajustarse a ciertas exigencias, que son las que en última instancia terminarán por revestirlas de legitimidad. Entre esas exigencias, qué duda cabe, adquiere especial significado la obligación de motivar o sustentar, toda vez que solo conociendo los argumentos de hecho y de derecho del intérprete se puede llegar al convencimiento de que el sentido interpretativo que propone es el más adecuado o el que mejor se ajusta a las exigencias del caso y a los valores que se buscarían defender. De lo contrario, no estaríamos más que ante un acto de mera fuerza o coacción material, ante algo puramente volitivo que busca encontrar asidero jurídico para adquirir la apariencia de legitimidad.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Como no puede ser de otra manera, este deber de justificación es especialmente exigible para el caso de los intérpretes vinculantes, es decir, para aquellas autoridades que, en atención a la función y competencia que les ha sido atribuida, tienen el poder de obligar a terceros con los sentidos interpretativos que desarrollar. Y, como es obvio, en este caso el juez o la jueza constitucionales se encuentran en una especial posición, por lo que se requiere prestarle mayor atención.[27]

En efecto, no olvidemos que, en lo que se refiere a estos últimos, no solo su objeto de interpretación es una norma peculiar, como se ha reseñado, sino que los alcances de sus interpretaciones, justamente en atención a la función jurisdiccional que les ha sido confiada y al ámbito de su competencia, va a repercutir en buena cuenta en todo el ordenamiento jurídico, lo cual evidentemente no puede ser pasado por alto. De allí que también sea preciso estudiar —por lo menos muy brevemente y en términos generales, para no desviarnos demasiado del objeto de esta investigación— tanto los "métodos tradicionales de interpretación jurídica" como sus alcances de cara a la interpretación constitucional, tarea que, por lo que se ha dicho, entraña sin duda una especial complejidad.[28] Aquello nos permitirá constatar lo que para muchos implica su actual insuficiencia, así como acercarnos, siquiera referencialmente, a otras posibilidades que también empiezan a esbozarse.

Desde luego, no podemos dejar de mencionar —y esto es de especial interés también por la labor que subyace al juez o la jueza constitucionales— que, si bien es cierto que la interpretación jurídica es un esfuerzo creativo que se sirve de una variedad de métodos no jerarquizables entre sí, lo que determina finalmente es qué método se usa, qué métodos se combinan y cuáles se descartan. Estamos entonces ante lo que se conoce como la "posición axiomática de interpretación".[29] En efecto, la labor inter-

[27] García Pelayo, Manuel, "El 'status' del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, núm. 1, 1981.

[28] Carnota, Walter F., "La interpretación constitucional", *Curso de Derecho Constitucional,* Tucumán, La Ley, 2001.

[29] Rubio Correa, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima, PUCP, 2009, pp. 236 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

pretativa —así como su resultado— tiene estrecha relación con la posición que asume el intérprete frente al fenómeno de lo jurídico, en general, y de la norma o normas jurídicas objeto de análisis, en particular. Desde luego, el trabajo del juez o de la jueza constitucionales no es una excepción a esta regla.

Como puede apreciarse, existe una serie de elementos, nociones y categorías relativas a la interpretación jurídica en las que conviene detenerse, a fin de contribuir con el esfuerzo que nos hemos propuesto de delimitar la labor del juez o de la jueza constitucionales. Siendo así, empezaré por definir los alcances de la interpretación jurídica, es decir, tomaré posición respecto a si se trata de una labor meramente descubridora de significados o, más bien, de un trabajo creativo. Asimismo, será indispensable dedicar algunas líneas al tema de los "métodos" de interpretación jurídica, tanto para dar cuenta de ellos como para hacer notar su insuficiencia de cara a la interpretación constitucional.

Igualmente, me ocuparé brevemente de los criterios de interpretación y de la ya mencionada "posición axiomática del intérprete", en la medida en que resulta imperioso, por la delicada responsabilidad que pesa sobre el juez o la jueza constitucionales: definir cuál es el grado de libertad que tienen, así como los límites que les resultan especialmente exigibles. Finalmente, diré algo sobre los alcances de la argumentación jurídica en materia constitucional, cuyo conocimiento hoy resulta no solo de enorme relevancia, sino que incluso tiene un carácter imprescindible para desarrollar con adecuado quehacer en esta rama del derecho, máxime si se asume el rol de juez o jueza constitucionales.

2.1.3.1. La interpretación jurídica: surgimiento y crisis del legalismo

Si nos remontamos a la época de la Revolución francesa, veremos que allí se instauró un sistema que decidió atribuir a los jueces el rol de simples aplicadores mecánicos de la ley, quedando prohibida la actividad interpretativa. Dicha medida fue una reacción a los excesos cometidos por los parlamentos judiciales

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

en el Antiguo Régimen[30] y —resulta oportuno decirlo— ante el riesgo de que la vigencia de los nuevos parámetros se diluyera en manos de jueces que no concordaran con la postura asumida por parlamentarios que alegan representar a la voluntad general y configuran respuestas en función al debate y la razón. Bajo ese esquema, el Parlamento francés creó un Tribunal de Casación para asegurarse de que los tribunales judiciales se ajustaran estrictamente a la voluntad general del legislador. Dicho Tribunal constituía un apéndice del órgano legislativo,[31] con lo cual el único intérprete autorizado de la ley y de la Constitución era el propio legislador. Esta percepción, en su momento muy generalizada, contó casi desde siempre con la excepción del mundo anglosajón.

Conviene entonces resaltar cómo la adquisición de facultades de los jueces para poder interpretar se fue apuntalando de manera paulatina. En un primer momento se les reconoció la facultad de interpretar de manera excepcional la norma en los supuestos de oscuridad e imprecisión del texto legislativo sin necesidad de acudir a la opinión del órgano legislativo. Con posterioridad, las comisiones legislativas que se encargaban de la interpretación "auténtica" de las normas fueron disueltas y, en el caso francés, el Tribunal de Casación se independizó del Parlamento para constituirse en la cabeza de la organización judicial. En un siguiente momento, fue introducida a la función judicial la figura de la "integración" de las normas jurídicas, concediéndole al juzgador la facultad de cubrir las llamadas "lagunas de la ley".[32]

Posteriormente, la doctrina reconoció la actividad interpretativa del juzgador en todos los supuestos de aplicación de las normas legislativas, aun cuando no existiera imprecisión, oscuridad o silencio del legislador.[33] De esta manera se llegó a la aceptación generalizada del rol integrador y creador de normas jurídicas de

30 Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005, pp. 538 y 539.

31 *Ibidem*, p. 540.

32 *Ibidem,* p. 541.

33 *Ibidem,* p. 543.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

carácter judicial de los tribunales. Se afirma que los aportes de François Gény y de Hans Kelsen fueron fundamentales para arribar a esta conclusión. Kelsen, por ejemplo, promovió el modelo de Corte Constitucional de la Constitución austriaca de 1920, reconociendo claramente que la labor de emitir jurisprudencia siempre supone algún tipo de creación jurídica.[34]

En esta nueva etapa, a pesar de que se le reconocía al juez o jueza alguna forma de creación jurídica, el razonamiento judicial seguía operando dentro de los parámetros de la lógica deductiva. Se tenía la concepción de que el razonamiento judicial se limitaba a la aplicación pura y simple de un silogismo, el cual consistía en subsumir el caso concreto en la hipótesis general de la norma legislativa de la cual se desprendía o infería una conclusión también concreta.[35] El debate se trasladó entonces a las limitaciones del método lógico-deductivo en la justificación de las decisiones judiciales, así como a los alcances propios del raciocinio del juez o de la jueza en la aplicación del derecho y la impartición de justicia. La doctrina comenzó a reconocer no solo el carácter limitado del método de la lógica formal, sino que además apuntaló la existencia de un amplio margen para los juicios de valor de los jueces y las juezas que no podían ser desconocidos y que constituían elementos extra lógicos importantes.

En este sentido, se ha ilustrado en repetidas ocasiones la presencia de elementos extra lógicos en la labor jurisdiccional que superan al campo de la lógica formal. Así, por ejemplo, se comenta la anécdota recogida por Gustav Radbruch y popularizada por Luis Recaséns Siches. Al respecto, se relata que a principios de siglo había un letrero en una estación polaca de ferrocarril que prohibía subir o entrar con perros al andén. Pero un día un cazador subió al andén con un oso, lo cual realmente no estaba prohibido de acuerdo con lo dispuesto por el cartel. Desde una perspectiva estrictamente lógica, no era posible aplicar reglas de inferencia, ya que no se puede asimilar el concepto "oso" al concepto "perro"; sin embargo, para interpretar esta situación debía tomarse en cuenta que la idea del legislador era básicamente

[34] *Idem*.

[35] *Ibidem*, p. 244.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

crear paz y orden en los andenes, a los cuales solo debían subir las personas, y visto que era frecuente que muchos fuesen a la estación del tren con sus perros, se explicitó la prohibición del ingreso de perros, sin pensar jamás que alguien fuese con un oso. Por ello, sobre la base de razones extra lógicas —lo que Recaséns llama "lógica de lo razonable"— se podía perfectamente prohibir el ingreso de osos al andén.[36] Con esta anécdota se evidencia el carácter limitado de la aplicación de la lógica en estos temas, que no permite que alguna deducción pueda ir más allá de lo que aportan sus premisas.

La crisis de este paradigma dogmático legalista —tal como fue adelantado *supra*— se puso finalmente en evidencia con los Procesos de Núremberg, debido a que la posibilidad de acusación y condena de los responsables de los crímenes y abusos contra la humanidad implicaba automáticamente el apartamiento de los postulados centrales del modelo legalista. Efectivamente, una valoración basada en el esquema legalista y lógico-deductivo no habría permitido hacer justicia en este caso. Así, los Procesos de Núremberg hicieron entendibles las limitaciones de la lógica deductiva en la argumentación jurídica, al igual que la existencia de un amplio margen axiológico para la mejor resolución de casos que hoy en día ofrece más de un problema, no solo en el plano de la interpretación jurídica, en general, sino en el campo de la interpretación constitucional, en particular, como veremos.

Y es que las limitaciones de la lógica formal y del modelo de interpretación legalista también se ponen actualmente en evidencia en lo referido a la interpretación constitucional, lo cual ocurre por diferentes razones. A modo de ejemplo, puedo mencionar el especial valor y significado del objeto de la interpretación; el carácter axiológico y político de su contenido, o la peculiar estructura y lenguaje de sus disposiciones; solo por mencionar algunos de los principales motivos.

[36] Similar descripción de esa anécdota la encontramos en García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 86, octubre-diciembre de 1994, p. 19.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

2.1.3.2. El carácter peculiar de las normas constitucionales

El interés por reconocer un carácter singular a la interpretación constitucional encuentra sus antecedentes a inicios del siglo xx. Muchos señalaban incluso que antes de esa fecha no parecía existir demasiado interés, ni político, ni práctico, ni académico en hacer interpretación constitucional, ni mucho menos en identificar su peculiaridad con respecto a la interpretación que se usaba en el derecho. En realidad, muy a despecho de algunas muy importantes contribuciones realizadas al respecto, en líneas generales se entendía que la interpretación era un asunto de interés para civilistas y filósofos del derecho, pues se pensaba que las categorías elaboradas por estas disciplinas eran más que suficientes.

Los Procesos de Núremberg, como se ha señalado, no solo generaron la crisis del método dogmático legalista, sino que también abrieron la posibilidad de fortalecer y llenar de mayor vigor al espectro constitucional, al enriquecerlos con los contenidos que aportan los valores fundantes de los derechos humanos. En este escenario se asevera que, a partir de la segunda posguerra, el desarrollo de la interpretación constitucional ha sido imparable y se ha ido incrementando de forma sustanciosa a partir de la década de los setenta.[37]

La prolija producción académica sobre el derecho constitucional incluso dio lugar, como lo había adelantado, a poder especular sobre el carácter peculiar de la interpretación constitucional con respecto de las demás áreas del derecho. Este planteamiento, ciertamente, no ha constituido un tema pacífico en la doctrina. Concuerdo con Fix-Zamudio cuando explica que, por un lado, se encuentran aquellos que consideran que la interpretación cons-

[37] En ese sentido recomiendo, entre otros, a Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Madrid, CEC, 1997, pp. 66 y ss.; López García, José Antonio, "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica", en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy *et al.* (coords.), *Tutela de derechos en sede jurisdiccional,* Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial de Perú-Consejo General del Poder judicial de España-Universidad de Jaén, 2012, pp. 59 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

titucional no posee métodos peculiares, sino que se le aplican los generales de la interpretación jurídica y, por el otro, aquellos pertenecientes a la doctrina contemporánea predominante, quienes sostienen que la citada interpretación constitucional, si bien participa de los principios generales de la interpretación jurídica, reviste un cariz particular, debido a una serie de factores específicos sobre los que no existe una apreciación uniforme, pero que están vinculados a la naturaleza de las normas fundamentales y los organismos encargados de su aplicación.[38]

De esta manera, encuentro una conexión entre la exaltación de la naturaleza propia que reviste el cuerpo constitucional (en contraposición con las normas legales) y el reconocimiento de un sector de la doctrina del sello particular que reviste la interpretación constitucional. En el campo doctrinario, son diversos los autores que reconocen la singularidad de la configuración de la Constitución y de la interpretación constitucional.

Eduardo García de Enterría afirmaba, por ejemplo, que "La Constitución no es exactamente 'una norma jurídica' ya que, por un lado, es algo más que una norma y, por otro, en lo que tiene de 'norma', es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento. Más que una norma, la Constitución es un cuerpo normativo (un conjunto de prescripciones, o de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas y también principios jurídicos, aunque estos se encuentren 'normativizados')".[39]

Manuel Aragón, por su parte, se permite clasificar las disposiciones de la Constitución distinguiendo entre "[N]ormas 'completas' y normas 'incompletas', normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables, de reenvío a otras normas del ordenamiento y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir".[40]

---

38 En ese sentido, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 550.

39 García de Enterría, Eduardo, cit. por Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 31.

40 *Ibidem,* p. 32.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Höllerbach, por su parte, va más allá de reconocer el carácter heterogéneo de las normas que integran el cuerpo constitucional, señalando que "La Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del derecho".[41]

Según Manuel Aragón,[42] la Constitución se diferencia de manera ostensible de las demás normas debido —junto a otros factores, me permito añadir— a la amplitud de la materia que regula y, como consecuencia de ello, no puede ignorarse el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales y, finalmente, el grado de apertura que permite la pluralidad de sus realizaciones.

Y es que, como bien se ha anotado, la norma constitucional es: *a)* una norma suprema que ni en jerarquía ni en alcances se asemeja al resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un determinado Estado; *b)* una norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás y obedece a una lógica propia; *c)* una norma política, pues uno de sus principales objetivos es el de ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social; *d)* un conjunto normativo dotado de un fuerte contenido valorativo o axiológico que proyecta determinadas concepciones del mundo que se proyectan sobre el entramado social e influyen sobre el aparato político; *e)* un conjunto articulador, una especie de eje central que ordena o busca ordenar el resto del ordenamiento jurídico concebido como una unidad y, finalmente, *f)* las normas constitucionales son variadas entre sí: mientras algunas son precisas, otras son flexibles e incluso las hay vagas o indeterminadas.[43]

A su vez, Fix-Zamudio, a pesar de señalar que en su opinión resulta complicado establecer con precisión las características particulares de los preceptos constitucionales en relación con el resto del ordenamiento jurídico, se permite destacar como elementos característicos los siguientes: *1)* el hecho de que las nor-

41 Cit. por Aragón Reyes, Manuel, *idem*.

42 *Ibidem*, p. 33.

43 *Op. cit.*, pp. 611 y 612.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

mas constitucionales revisten un carácter fundamental respecto de todo el ordenamiento jurídico; *2)* el reconocimiento de que el texto constitucional contiene tanto normas "materialmente constitucionales" como normas con carácter "formalmente fundamentales" (donde ambas categorías poseen la misma jerarquía y validez) y, finalmente, *3)* que aun dentro de la categoría de normas constitucionales en sentido material se pueden identificar diversas subcategorías, como es el caso de normas con eficacia plena, contenida y limitada.[44]

La Constitución es hoy, pues, un conjunto normativo con: *a)* disposiciones con eficacia directa (no requieren de desarrollo o regulación alguna para generar efectos jurídicos inmediatos); *b)* disposiciones con eficacia indirecta propiamente dicha (necesitan en principio de algún desarrollo o regulación para generar plenos efectos jurídicos, estando hoy en debate si el juez o la jueza constitucionales pueden, a través de diversas técnicas, cubrir esa falta de regulación o de desarrollo); *c)* disposiciones programáticas (para algunos, todas las disposiciones de eficacia indirecta, pero que para quien escribe estas líneas solamente involucra en rigor a aquellas que establecen una serie de compromisos de acción a los diferentes poderes públicos), y *d)* disposiciones más bien de carácter orientador (establecen conceptos o nociones que marcan alcances de interpretación de elementos como la forma de Estado o el sistema de gobierno vigentes en cada país). Si tomamos en cuenta esta diferencia de disposiciones, así como el rol, función y contenido de una Constitución, es fácil reconocer su particularidad y relevancia.

Ha sido, pues, la aceptación de este sello particular de la Constitución el que ha permitido hablar no solo de su peculiaridad, sino además del rol que este cuerpo normativo cumple en el orden jurídico. Y es que, como hemos señalado, ha existido en las últimas décadas un desplazamiento en la jerarquía de fuentes informadoras del derecho, lo cual ha implicado a su vez, entre otros fenómenos, el proceso de "constitucionalización del derecho", que en múltiples ocasiones hemos referido.

[44] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 552.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

2.1.3.3. Carácter peculiar de la interpretación constitucional

La identificación de los rasgos característicos de las normas constitucionales y su vigencia efectiva adquirida en las últimas décadas (sobre todo en los países que cuentan con sistemas de jurisdicción o justicia constitucional) ha servido para apreciar la complejidad y las dificultades que la interpretación constitucional ofrece.[45] De hecho, el carácter peculiar del cuerpo constitucional requiere contar con un método de interpretación que sea *ad hoc* a las necesidades y exigencias constitucionales. Sin duda alguna, el tipo de norma a interpretar condiciona las labores de su interpretación. Por ende, interpretar la norma constitucional implica el uso de un lenguaje y técnicas especiales, diferentes a otros lenguajes, técnicas o expresiones jurídicas.

Fix-Zamudio apunta que son numerosas las teorías contemporáneas que se han elaborado en torno a la interpretación constitucional. Si bien con algunos opositores,[46] ahora se acepta de manera predominante el carácter específico e inclusive autónomo de la interpretación constitucional.[47]

Riccardo Guastini, quien precisamente se propone desarrollar este tema con especial detalle, asevera al respecto que "las peculiaridades de la interpretación constitucional, si existen, no se refieren a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal".[48] De lo anterior, deduce que dichas peculiaridades solo podrían re-

45 *Ibidem,* p. 553.

46 Fix-Zamudio comenta el caso del iusfilósofo mexicano Rolando Tamayo Salmorán, quien sostiene que la interpretación constitucional no posee métodos peculiares, sino que se le aplican los generales de la interpretación jurídica.

47 Emilio Betti, importante referente en este tema, sostiene que la interpretación es fundamentalmente un problema de base filosófica, que se desarrolla por grados. Así, desciende al mundo de la dogmática y a nivel de la dogmática y señala que la interpretación es una sola, es decir, la interpretación civil, la penal o la procesal es una sola, pero reconoce que cada una de ellas tiene sus peculiaridades, que solo en fecha reciente han sido advertidas (cit. por García Belaunde, Domingo, *op. cit.,* p. 600).

48 Guastini, Riccardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 653.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ferirse a uno o más de los siguientes aspectos: *a)* los agentes de la interpretación; *b)* las técnicas interpretativas, y *c)* los problemas de la interpretación.[49] Por su parte, Comanducci[50] coincide en función de estos mismos aspectos, aunque incluye un elemento adicional: el modelo de Constitución adoptado.

A partir de estas cuatro variables, identificadas por Guastini y por Comanducci para abordar las particularidades de la interpretación constitucional, pasaremos a desarrollarlas una por una, para lo que tomaremos en cuenta interesantes aportes de otras voces doctrinarias. Empezaré por la última de las mencionadas: la interpretación relacionada con el modelo de Constitución.

A. Interpretación constitucional de acuerdo con el modelo de Constitución adoptado

En cuanto a esta primera variable, Comanducci[51] menciona al menos cuatro modelos elementales que pueden distinguirse en la cultura jurídica existente. A los dos primeros los llama "modelos de la Constitución como orden"; al tercero y cuarto, "modelos de la Constitución como norma". El primer modelo puede ser calificado como modelo *axiológico* de la Constitución concebida como *orden,* al designar un conjunto de fenómenos sociales dotados de máximo valor intrínseco, a su vez, generadores de normas que también son fundamentales. El segundo puede ser calificado como modelo *descriptivo* de la Constitución, concebida como *orden* que designa una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas como orden artificial, puesto que la estructura de la sociedad o del Estado pueden ser modificables.

El tercero puede ser calificado como modelo *descriptivo* de la Constitución concebida como *norma*. En este, la Constitución es concebida como un conjunto de reglas jurídicas positivas, con-

[49] *Ibidem,* p. 654.

[50] Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit*., p. 483.

[51] *Ibidem,* pp. 471-473.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

suetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a otras reglas jurídicas, son fundamentales, es decir, fundacionales de todo el ordenamiento jurídico. Finalmente, el cuarto puede ser calificado como modelo *axiológico* de la Constitución concebida como *norma*. En esta clasificación, la Constitución es entendida como un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales, añadiendo que dichas normas poseen determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico. En este modelo, la Constitución es un valor por sí misma.

Comanducci[52] señala que el cuarto modelo, vinculado a lo que considera la ideología constitucionalista, tiende a potenciar políticamente a los jueces y, en particular, a los que tienen el poder de interpretar la Constitución investidos de autoridad.[53] En este modelo, según el mismo Comanducci, se aplica la técnica de la ponderación, caso por caso, de los principios incorporados al texto constitucional. Ello –opina— resulta peligroso, pues implica atribuir a los jueces constitucionales "un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no solo en colegisladores sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución. También provoca esa opción que los márgenes de certeza del derecho de que goza el ciudadano se estrechen considerablemente".[54]

B. Los sujetos que producen e interpretan la Constitución

Haciendo alusión a los agentes de interpretación como uno de los elementos que caracterizan la peculiaridad de la interpretación constitucional, Guastini[55] afirma que la determinación de dichos agentes se puede dar a partir de la identificación de los destinatarios de las normas constitucionales, mismos que, a su vez,

52 *Ibidem,* p. 497.

53 Ya hemos adelantado algo sobre esto en el cap. 1.

54 Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación...", *cit.*, p. 498.

55 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 654-657.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

pueden ser identificados en función de tres variables generales. La primera es el modo de concebir la función política de la Constitución; la segunda, el régimen jurídico de la Constitución y, la tercera, el contenido normativo de la Constitución.

Respecto a la primera variable, referida al modo de concebir la función política de la Constitución, Guastini señala que esta puede ser concebida con la función de: *a)* limitar el poder político y, en este caso, los poderes políticos serían los únicos intérpretes "autorizados" de la Constitución, o *b)* modelar las relaciones sociales, en cuyo caso sería susceptible de ser interpretada por los jueces comunes.[56]

En cuanto a la segunda variable, relacionada con el régimen jurídico de la Constitución, Guastini anota que: *a)* si la Constitución es flexible, el único interprete "oficial" de dicho cuerpo normativo sería el mismo legislador; mientras que *b)* si la Constitución es rígida, el control de la legitimidad constitucional de las leyes puede ser difuso (a cargo de todos los jueces y juezas) o concentrado (a cargo de salas o tribunales constitucionales).[57]

Finalmente, y en alusión a la tercera variable, sobre el contenido normativo de la Constitución, Guastini[58] asevera que: *a)* algunas constituciones contienen exclusivamente normas sobre la organización de los poderes públicos, en cuyo caso son los propios poderes los únicos intérpretes de sus atribuciones; *b)* muchas constituciones incluyen declaraciones de derechos junto a la organización de los poderes, y en este supuesto el autor o autores de la interpretación sería determinado en función del régimen jurídico de la Constitución en relación con los derechos y, finalmente, *c)* muchas constituciones incluyen, junto a la organización de los poderes y la declaración de derechos, normas programáticas y de principio. En este supuesto, la identificación de los intérpretes de la Constitución se daría en función de las dos primeras variables, es decir, en función: *i)* del modo de concebir la función política de la Constitución, y *ii)* del régimen jurídico de la Constitución.

---

56 *Ibidem,* p. 655.

57 *Ibidem,* pp. 655 y 656.

58 *Ibidem,* pp. 656 y 657.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Asimismo, puede mencionarse el comentario de Fix-Zamudio sobre la diferencia que formula entre el tipo de interpretación constitucional que realizan los jueces ordinarios y la interpretación que hacen los tribunales especializados. Dicho autor afirma que, mientras los primeros deben aplicar las disposiciones legislativas de acuerdo con el espíritu de los principios y valores constitucionales, su interpretación tiene como punto de partida las disposiciones legislativas y desde ellas se dirige hacia la carta fundamental. Los tribunales especializados, por su parte, encuentran su referencia inmediata en la misma Constitución. Como consecuencia de esa afirmación, Fix-Zamudio considera que los jueces y juezas ordinarios están subordinados a la interpretación privilegiada y obligatoria de los tribunales especializados en conflictos constitucionales.[59] Coincido en líneas generales con tan importante afirmación, aunque tal vez convendría apuntar que en aquellos ordenamientos donde los jueces y juezas ordinarios pueden ejercer control difuso, la formulación de los alcances de su competencia demanda algunos matices.

Volviendo entonces a nuestro tema, conviene aquí anotar cómo Fix-Zamudio hace alusión a tres modelos constitucionales en el campo de la interpretación judicial de las normas constitucionales. Así, en la primera categoría se encuentran los países que siguen el sistema estadounidense de revisión judicial, basado en el modelo de la Constitución de Estados Unidos de 1787, mediante el cual los jueces y juezas ordinarios pueden desaplicar con efectos concretos las normas legislativas en los juicios que conocen (el denominado control difuso). Una segunda categoría agrupa a los países que siguen el modelo continental europeo o austriaco, el cual faculta únicamente a los organismos jurisdiccionales especializados (tribunales o cortes constitucionales) a decidir de manera definitiva y con efectos generales sobre la constitucionalidad de las normas legislativas (llamado control concentrado). La última categoría constituye un sistema mixto o paralelo, el cual combina elementos de los dos primeros sistemas.[60]

[59] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 562.

[60] *Ibidem*, p. 561.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

C. Las técnicas de interpretación que se emplean

En cuanto a esta tercera variable, Guastini asevera que "no necesariamente todas las Constituciones exigen o permiten las mismas técnicas interpretativas".[61] En esa línea, el autor distingue hasta cuatro técnicas interpretativas con manifestaciones varias.

La primera técnica que menciona parte de establecer una diferencia entre las constituciones otorgadas y las pactadas. Frente a las primeras, nacidas de actos unilaterales, sostiene que deben ser interpretadas investigando la intención del legislador; mientras que en el caso de las constituciones pactadas, deben interpretarse investigando la común intención de los "contratantes".[62]

La segunda técnica interpretativa a la cual Guastini hace referencia es a la de la interpretación liberal de la Constitución, que se traduce, por un lado, en una interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del Estado y, por el otro, en una interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos. Guastini aclara que esta técnica puede aplicarse a cualquier documento no constitucional.[63]

La tercera técnica interpretativa, bastante difundida, es aquella que rechaza la interpretación literal del texto constitucional. Ello en atención a la existencia de principios constitucionales que tienen un contenido prescriptivo que hay que encontrar mediante la interpretación. Sin embargo, Guastini resalta que dicha tesis debe ser probada, puesto que se podría sostener, por el contrario, que si el contenido prescriptivo de los principios no puede ser recogido mediante la interpretación literal, entonces tal contenido no subsiste,[64] afirmación por cierto no exenta de polémica.

La cuarta técnica interpretativa mencionada por Guastini plantea lo que podría calificarse como una interpretación evolutiva de la Constitución. Dicho con otras palabras, se refiere a

61 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 659.

62 *Ibidem,* p. 569.

63 *Idem.*

64 *Ibidem,* p. 660.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

atribuirle al texto constitucional un significado diverso del "histórico", el cual también es mutable en función de las exigencias políticas o sociales. El ejemplo típico de aplicación de esta postura es el de la Constitución de Estados Unidos. Los argumentos que sostienen esta técnica son: *a)* al disciplinar la Constitución, las relaciones políticas cambian fatalmente en el tiempo, y uno debe adaptarse a su evolución, y *b)* al fundar el contrato social una comunidad, este debe ajustarse a los valores ético-políticos dominantes de dicha comunidad y, por tanto, la interpretación de la Constitución debe cambiar cada vez que lo hagan dichos valores.[65]

Una versión quizás más radical de esta técnica interpretativa basada en la evolución de la Constitución es la llamada doctrina de la "Constitución viviente", la cual concibe al cuerpo constitucional como "un instrumento vivo, orgánico y cambiante".[66] Esta noción, que proviene de la literatura constitucionalista estadounidense, tiene entre sus mejores exponentes a Charles y William Beard, quienes afirman que "La teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mística. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es".[67]

Frente a este tema, Sagüés señala que la doctrina de la Constitución viviente tiene su fundamentación ideológica de legitimidad en el *argumento de las generaciones*, que señala que cada generación tiene "el derecho a vivir su Constitución". En otras palabras, la generación que, en su momento, hizo la Constitución (una generación de muertos, en el caso estadounidense) carece de autoridad para imponer a la generación de hoy (una generación de vivos) su modo peculiar de entenderla. De dicha afirma-

65 *Ibidem,* pp. 660 y 661.

66 Sagüés, Néstor Pedro, "Interpretación constitucional y 'constitución viviente' (*Living Constitution*)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 1019.

67 Cit. por Sagüés, Néstor Pedro en *idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ción se infiere que lo razonable es que la Constitución sea interpretada e instrumentada del modo en que lo quieran los actuales habitantes del país, quienes gozarán sus beneficios y sufrirán sus defectos.[68]

Según apunta Sagüés,[69] la doctrina de la "Constitución viviente" podría ser cuestionable por distintos motivos. El primero de ellos sería el de la incertidumbre que rodea a una Constitución que, al no reposar en un documento escrito, sino en los deseos de la sociedad y del Gobierno, se encuentra en un proceso de cambio constante e interminable. Frente a ello —asevera Sagüés— la doctrina de la "Constitución viviente" puede responder afirmando que "la dosis de inseguridad que forzosamente la rodea es un precio obligado y hasta explicable que tiene que sufragarse para lograr que la Constitución sea un instrumento flexible, útil y moderno de gobierno, que además goce de aceptación social y que resulte por tanto más espontáneamente obedecida".[70] A ello se añade que la "Constitución viviente" no estaría "dispuesta a pagar, en aras de la seguridad jurídica, la insatisfacción y deslegitimación sociales que resultarían de aplicar anacrónicamente una norma tal como fue concebida para otro momento y seguramente para otra sociedad, probablemente ya inexistente, conforme a valores, creencias y expectativas actualmente irreales y superadas".[71]

Sagüés agrega que las críticas hacia la "Constitución viviente" serían más fuertes si la Constitución en cuestión es nueva o aceptada por una sociedad que, de todos modos, pocos años después quiere "vivirla" de distinto modo al que la entendió cuando la aprobó. En este caso, el argumento del anacronismo y el de las distintas generaciones no resultaría convincente; sin embargo, esta tesis podría alegar que una interpretación mutativa avalada por el consenso social permitiría sortear las erogaciones políticas y económicas de una reforma formal.[72]

---

68 *Ibidem*, p. 1020.

69 *Ibidem*, p. 1021.

70 *Ibidem*, p. 1022.

71 *Idem*.

72 *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

No pretendo abordar ni siquiera con mínimo detalle las arduas discusiones que se han generado en la doctrina estadounidense a raíz del planteamiento de la "Constitución viviente", pero no quería pasar por alto una mención a sus críticas y críticos. Ello en mérito a la dura oposición que ha encontrado en los sectores conservadores de Estados Unidos (en líneas generales defensores de una postura textualista, originalista y preservacionista de la Constitución) y que ha generado un conflicto que ha impactado incluso en la idea misma del concepto de Constitución, por lo menos en dicho país.

D. Los problemas de interpretación

Continuando con el desarrollo de las variables que describen las particularidades de la interpretación constitucional, tenemos el cuarto y último indicador, relacionado con los problemas de la interpretación constitucional en sí. Entre estos problemas Guastini enumera, de forma no exhaustiva, según afirma: *1)* la interpretación sobre las constituciones que nada disponen respecto a su reforma; *2)* la interpretación sobre si las constituciones que incluyen una declaración de derechos los reconocen o los crean; *3)* la interpretación sobre las constituciones que incluyen un preámbulo constitucional respecto a si se trata de genuinas normas jurídicas; *4)* la interpretación sobre los límites lógicos de la reforma constitucional, si existieren y, finalmente, *5)* los alcances del carácter vinculante de la Constitución respecto a si goza o no de plenitud constitucional.[73]

En cuanto al primer problema de interpretación —sobre las constituciones que nada disponen respecto a su reforma—, Guastini se pregunta si se debe interpretar si son flexibles —y, por tanto, modificables mediante leyes ordinarias—o si, por el contrario, se debe entender que se trata de constituciones petrificadas y, en consecuencia, absolutamente inmodificables. Guastini afirma, no sin poder generar polémica por esas aseveraciones, que ambas tesis son plausibles: *a)* en caso de que sea flexible, ello permitiría una modificación pacífica del texto constitucional, aunque tam-

[73] Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 663 y 664.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

bién se contribuiría a debilitar la Constitución existente; *b)* en caso de que sea rígida, ello reforzaría la Constitución existente, aunque haría imposible una revisión pacífica de la misma.[74]

Respecto al segundo problema de interpretación —sobre si las constituciones que incluyen una declaración de derechos los crean o los reconocen—, Guastini apunta que la respuesta depende de una previa adhesión a una determinada filosofía del derecho. Así, por un lado, los partidarios del iusnaturalismo afirmarán que los derechos dispuestos en el texto constitucional preceden al acto constituyente, mismo que únicamente se limita a reconocerlos, mas no a crearlos y, por el otro, los partidarios del positivismo alegarán que no existen derechos (subjetivos) preexistentes al derecho positivo y que los derechos consignados son creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución;[75] sin embargo, me permito añadir, hoy la visión de esta materia puede reclamar no manejarse en percepciones que se nos presentan sin posibilidad de puntos de contacto entre sí, por ejemplo, esa suerte de positivización del iusnaturalismo que algunos reclaman como escenario propio del constitucionalismo contemporáneo.[76]

Sobre el tercer problema de interpretación, vinculado al carácter de los preámbulos constitucionales, Guastini anota que este interrogante involucra dos problemas jurídicos serios: *a)* el primero es el de si los preámbulos, los programas políticos y los principios tienen la capacidad de invalidar o abrogar normas legislativas incompatibles con ellos, y *b)* el segundo es el de si los preámbulos pueden ser directamente aplicables en sede jurisdiccional. Dos respuestas se plantean al respecto: *i)* la primera sugiere que los preámbulos constituyen solemnes declaraciones de intenciones que no son reconducibles a la forma estándar de una norma, y *ii)* la segunda afirma que el preámbulo sí contiene genuinas normas jurídicas, trayendo como consecuencia el reconocimiento de que la fuerza normativa de todo texto jurídico de-

74 *Ibidem*, p. 662.

75 *Ibidem*, pp. 664 y 665.

76 En ese tenor se pronuncia, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes en varias de sus publicaciones.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

riva ya no de su formulación, sino de la fuente de la que proviene (ya sea el soberano, la Asamblea Constituyente, el Parlamento, el Gobierno, etcétera).[77]

Y con relación al cuarto problema de interpretación, sobre los límites lógicos de la reforma constitucional, Guastini asevera que tales límites son prohibiciones de reformas *necesarias* (no contingentes), intrínsecos a cualquier Constitución. Se plantea como ejemplo la consideración de que, por razones de pura lógica, no es susceptible de reforma la norma que disciplina la propia reforma constitucional. Corresponde, pues, tener presente que la existencia de límites lógicos a la reforma puede ser argumentada distinguiendo entre reforma de la Constitución e instauración de una nueva; o distinguiendo entre poder constituyente y poder constituido.

En este escenario, se afirma entonces que existen tres tipos posibles de reforma constitucional: *a)* los generados con la introducción de una nueva norma; *b)* los producidos con la supresión de una norma preexistente, y *c)* los configurados en relación con la sustitución de una norma preexistente. Pero lo cierto es que habitualmente toda reforma comporta la modificación del conjunto preexistente que da lugar a un conjunto diverso. Sobre estos supuestos, Guastini colige —lo cual resulta a todas luces discutible— que toda reforma constitucional —aunque sea marginal o parcial— produce una nueva Constitución. Desde ese polémico punto de vista, no existirían límites lógicos a la reforma constitucional.[78]

Finalmente, y en alusión al quinto problema, vinculado a la plenitud de la Constitución, Guastini afirma que la cuestión gira en torno a si la Constitución contiene normas que vinculan, limando o limitando así el contenido de cualquier ley futura. De acuerdo con dicho autor, si la Constitución es "completa", entonces para cualquier ley existirá un "parámetro" de legitimidad constitucional, y cualquier ley podrá ser contrastada con una norma constitucional para valorar su conformidad con la Constitución. Si, por el contrario, la Constitución es "incompleta", enton-

77 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 667.

78 *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ces existirán leyes que no podrán sensatamente ser confrontadas con alguna norma constitucional para valorar su conformidad con la Constitución.[79] Ahora bien, si nos desenvolvemos en el ámbito de la interpretación, resulta difícil poder justificar la ausencia de una posibilidad de confrontar, independientemente de si finalmente puede conseguirse configurar una interpretación conforme a la Constitución o no.

Este es pues un esbozo de las cuatro variables que aparecen como aspectos que deben tenerse en cuenta para abordar las peculiaridades de la interpretación constitucional. Estas, se coincida con lo señalado en ellas o no, ilustran la complejidad y las dificultades que trae consigo la labor interpretativa en este campo y que la distinguen de la interpretación jurídica en general. Ello, desde luego, no es óbice para reconocer que la interpretación constitucional se nutre fundamentalmente de las herramientas metodológicas dispuestas para la interpretación jurídica en general, y busca adaptar estos recursos a la impronta constitucional.

Por ese motivo, en el siguiente acápite revisaré brevemente cuál ha sido el devenir de la interpretación judicial en general, para luego adentrarme en las especificidades y los problemas que enfrentan los jueces y juezas constitucionales en su labor interpretativa.

2.1.3.4. De la interpretación jurídica a las teorías de la argumentación jurídica

Ya mencioné que a partir de la Segunda Guerra Mundial se cuestionó duramente aquel paradigma que consideraba a la interpretación jurídica como un problema fundamentalmente de lógica deductiva. Ello dio lugar a un desarrollo doctrinario sobre el tema que pasaré a comentar.

Gracias a ello, entre otros efectos, se consiguió que un criterio simplista de la interpretación jurídica fuese abandonado paulatinamente, al punto de reconocerse que detrás del aparente simple raciocinio de las decisiones judiciales se encuentra un

[79] *Ibidem,* p. 667.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

amplio factor estimativo o axiológico que no puede desconocerse. En otras palabras, la actividad judicial —sobre todo la del juez y la jueza constitucionales, me permito añadir— no es únicamente lógica o racional, sino también axiológica o estimativa.[80]

A raíz de estas consideraciones se ha desarrollado, como explicó Fix-Zamudio, un "movimiento doctrinal relativo al contenido de las estructuras normativas, y que algunos autores han calificado también de lógica material o lo razonable" de la interpretación del derecho, que posteriormente dio lugar al desarrollo de diversas teorías sobre la argumentación jurídica, misma que se ha centrado en el análisis del razonamiento judicial.[81]

Según comenta Fix-Zamudio, desde la perspectiva de las teorías de la argumentación jurídica, los jueces y juezas no solo deben resolver una controversia apelando a los instrumentos de la lógica jurídica que comprende tanto la lógica formal (aplicación de silogismos) como la material (lógica de lo razonable que incluye la apreciación axiológica), sino también deben justificar su fallo apelando a los principios básicos de la argumentación.[82]

Ahora bien, los estudios sobre el razonamiento jurídico, o incluso más específicamente del razonamiento judicial, se iniciaron con aportes como los de Theodor Viehweg,[83] Chaïm Perelman,[84] Neil MacCormick,[85] Robert Alexy[86] y Manuel Atienza,[87] a los cuales se les puede considerar entre los más representativos.

---

80 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit*., p. 544.

81 *Ibidem,* p. 546.

82 *Idem*.

83 Viehweg, Theodor, *Teoría y filosofía del derecho,* Barcelona, Gedisa, 1991; o *Tópica y jurisprudencia,* Madrid, Taurus, 1964.

84 Véase, sobre todo, Perelman, Chaïm, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* Madrid, Gredos, 1989.

85 Conviene revisar a MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory,* Oxford, Clarendon Press, 1994; o *Retórica y Estado de derecho,* Lima, Palestra, 2016.

86 Véase especialmente Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, CEPC, 2008.

87 Conviene entonces revisar, principalmente, Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Como bien se ha anotado en un destacado trabajo,[88] puede hacerse referencia a cuatro aspectos característicos de la argumentación jurídica: el primero es el de una necesaria conexión entre derecho (reglas) y moral (principios), ya sea para hacer justicia a través del derecho (postura asumida por las primeras tesis de interpretación como las de Viehweg o Perelman) o para hacer justicia de acuerdo con el derecho (la línea de Alexy o MacCormick, dentro de lo que se suele denominar teoría estándar de la argumentación jurídica, postura menos crítica del método jurídico formalista del positivismo del siglo xx).[89]

Una segunda característica de la argumentación jurídica es, sin duda, el por muchos denominado "objetivismo ético". Y es que, a diferencia del positivismo del siglo xx, que distinguía derecho y moral, se cree desde esta línea de pensamiento que puede conocerse objetivamente lo que es la moral o los juicios de valor ético.[90] Aquí conviene hacer notar que, para muchos, una afirmación tan a rajatabla es al menos discutible, y más bien corresponde tener nociones o aproximaciones.

Una tercera característica a resaltar es la de la subordinación de la lógica jurídico-deductiva (justificación interna, relacionada con la corrección de la inferencia de la conclusión o decisión a partir de las premisas) a la lógica material de los principios (justificación externa, vinculada a condiciones o criterios racionales que hacen que una premisa o conclusión resulte correcta o aceptable). Esto, indudablemente, implica una comprensión del tema muy diferente a la del positivismo del siglo xx, donde únicamente se analizaba la justificación interna para lo que hoy llamaríamos reglas e, incluso, para los "casos fáciles", dejando solo a la discrecionalidad judicial lo que entenderíamos como "casos difíciles".[91]

Sin embargo, como veremos con mayor detalle, esta percepción del tema cambió significativamente con el tiempo. Un muy

88 Véase al respecto, entre otros, López García, José Antonio, *op. cit.*, pp. 62-65.

89 Véase al respecto, *ibidem,* p. 62.

90 *Idem.*

91 *Ibidem,* p. 63.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

relevante aporte en ese sentido es el de Luis Recaséns Siches, cuando apuntala a la lógica de lo razonable como "parámetro objetivo" para solucionar "casos difíciles", e incluso los "fáciles", si desde la aplicación de la lógica formal-deductiva se derivan soluciones injustas.[92]

Por último, el elemento clave es el que acabo de adelantar: el de una crítica a la aplicación de la idea positivista de recurrir a la discrecionalidad judicial en los "casos difíciles" (posición acogida por Kelsen e incluso por H. L. A. Hart). Desde la argumentación jurídica se va a buscar que los "casos fáciles" puedan resolverse con reglas, y en los "casos difíciles" se trata de que el juez o la jueza lleguen a saber cómo argumentar objetivamente con los principios.[93]

Conviene tener presente que las primeras teorías sobre la argumentación jurídica surgieron en los años cincuenta. Entre ellas resaltaron la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin.[94] Ellas, aunque difiriendo entre sí en diversos extremos, tuvieron en común el rechazo del modelo de la lógica deductiva. Los mencionados autores no solo se limitaron a mostrar las limitaciones de la concepción lógico-deductiva, sino que además evidenciaron que es equivocado pretender reconstruir la argumentación jurídica a partir de dicha concepción.[95]

Así, por ejemplo, encuentro en la tópica jurídica de Theodor Viehweg[96] los primeros pasos en la formulación de teorías sobre argumentación jurídica. Dicho autor cree en una necesaria conexión entre derecho (que no puede entenderse como reglas fijas) y moral. Por eso, el derecho debe estar abierto a las ideas y valores de la sociedad y a los avances de las ciencias sociales. En

92 Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, p. 132.

93 En ese mismo sentido, López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 64.

94 Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación,* Barcelona, Península, 2007.

95 Véase al respecto Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Lima, Palestra, 2014, pp. 167 y 168.

96 Revísese especialmente su *Tópica y jurispudencia..., cit*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ese sentido, como bien destaca García Amado, lo que se busca entonces es descubrir los buenos argumentos, aquello que nos permite convencernos de una cosa dudosa.[97]

Viehweg, además, establece la existencia de una serie de criterios para el conocimiento objetivo de la moral.[98] Para encontrar o descubrir los buenos argumentos que le interesan, considera que debemos tener un caso dudoso para el derecho, un conflicto entre distintas razones que se presentan como la respuesta adecuada para el caso; la necesidad de argumentar las distintas razones presentes; y la elección, tras la argumentación (debate y conocimiento sobre el caso), de la única respuesta correcta para el caso. Se trata entonces de pautas para resolver problemas concretos, sin ajustarse a un sistema (y, por ende, con el riesgo de ser contradictorios entre sí).[99]

Finalmente, y en el ámbito de la relación entre principios y reglas, debe constatarse que para Viehweg sus topos (argumentos) cumplirían el carácter y rol de los principios, en tanto permitan dar "respuestas correctas".[100]

Por otro lado, al revisar la denominada *nueva retórica* de Chaïm Perelman, vemos que para dicho autor la conexión entre derecho y moral parte de que se puede formular una noción de justicia formal, donde se busca tratar igual a los seres pertenecientes a una misma categoría. Ante las dificultades existentes para determinar quiénes son "de la misma categoría", Perelman, para especificarlo, va a recurrir a otros criterios, en este caso de tipo material, vinculados al tipo o modelo existente en cada sociedad en particular:[101]

---

97 García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 68.

98 En ese sentido, Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia..., cit.,* p. 50. También López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 66.

99 En ese sentido, López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 67.

100 *Idem.*

101 Dos muy buenas especificaciones sobre los alcances del pensamiento de Perelman en este sentido las encontramos en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.*, pp. 66 y ss.; o en López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 68.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

1. Conmutativa o comunitaria (a cada uno lo mismo).
2. Estrictamente jurídica (a cada uno lo atribuido por ley).
3. Meritocrática (a cada uno según sus méritos y capacidades).
4. Socialista (a cada uno según su trabajo).
5. Aristocrática (a cada uno según su rango).
6. Comunista (a cada quien según sus necesidades).

A su vez, Perelman, en lo que se refiere a los criterios para un conocimiento objetivo de la moral, busca dar justificación racional a opciones de valor frente a otras opciones que no tendrían justificación racional. Usa para ello la retórica, en donde el orador formula un discurso para un auditorio particular, el jurídico (o un auditorio con interés y conocimiento jurídico).[102]

Por último, vinculado a la relación entre reglas y principios en el derecho, Perelman parte de la idea de que, aunque con diferentes alcances, tanto el legislador como jueces y juezas son oradores especiales,[103] pues pueden imponer su discurso (cuando no persuaden o convencen con él). Para ello, recurre a una serie de técnicas argumentativas, como las de enlace[104] o las de asociación.[105]

Sin embargo, es necesario señalar que hoy no se considera que dichas teorías hayan resultado del todo satisfactorias, aunque se les reconoce el haber servido como precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica. En opinión de Atienza, las dos teorías sobre el tema más difundidas y debatidas al día de hoy son las elaboradas por Neil MacCormick y Robert Alexy.[106] Aun luego de reconocer que provienen de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas, Atienza señala que al final ambos filósofos han formulado concepciones de la argumentación jurídica esen-

102 En igual sentido, López García, José Antonio, *op. cit.,* pp. 69 y 70.

103 Para Perelman, el legislador es quien crea derecho y el juez quien lo aplica. Allí conviene tener presente el rol creador que hoy se reconoce al juez, en general, y al juez constitucional, en particular

104 Perelman, Chaïm, *op. cit,* p. 299.

105 *Ibidem,* p. 300.

106 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.,* p. 168.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

cialmente semejantes;[107] ello a pesar de que uno de ellos recibió la influencia de Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana y el otro se nutrió de la tradición inglesa e incluso escocesa del *common law,* junto a Hume y Hart.[108]

Conviene ahora pasar a una de las manifestaciones más reconocidas dentro de la teoría estándar de la argumentación: la jurídica-descriptiva de MacCormick, básicamente desarrollada en su *Legal Reasoning and Legal Theory*.[109]

En el caso de MacCormick, la conexión entre derecho y moral se produce, como es propio en alguien dentro de un escenario anglosajón, desde un plano empírico, es decir, desde el análisis de una labor concreta, en este caso, la de los tribunales.[110] Estoy hablando de la labor de los tribunales pues, por ejemplo, cuando corrigen sus precedentes (su línea jurisprudencial más vinculante), esa pretensión de corrección (búsqueda de lo correcto) se hace más bien guiada por su adhesión a determinados principios, antes que a otros en mérito de consideraciones de racionalidad y de afectividad. Además, cuando los tribunales aplican (aceptan) el derecho, ya sea de forma moralmente crítica o no, tienen que interpretar.

Por otro lado, haciendo referencia a los criterios a emplearse para el conocimiento objetivo de la moral, MacCormick habla básicamente de tres: consistencia, coherencia (normativa y narrativa) y consecuencialismo moral (en función de un modelo ético que se distingue tanto del utilitarista que impera en el escenario anglosajón como del principialista, típicamente kantiano).[111]

---

107 Véase al respecto Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación..., cit.,* y MacCormick, Neil, *op. cit*.

108 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.,* p. 169.

109 MacCormick, Neil, *op. cit*. También hay una edición anterior publicada en 1978 por Oxford University Press. Conviene aquí también revisar a Atienza, Manuel, *Las razones..., cit.,* pp. 131-176.

110 Véase MacCormick, Neil, *op. cit.,* p. 270; Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.,* pp. 135-137; o López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 74.

111 Véase MacCormick, Neil, *op. cit*., p. 113; Atienza, *Las razones del derecho..., cit*., pp. 148-152; López García, José Antonio, *op. cit.,* pp. 75-77.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Termino esta referencia aludiendo a cómo dicho autor entiende la relación entre reglas y principios. Para MacCormick, las reglas son requisitos morales que permiten resolver los casos usando únicamente el método lógico-deductivo (análisis de justificación interna). Se utilizan para solucionar "casos fáciles".

Luego, para "casos difíciles", los cuales plantean problemas de prueba y calificación o presentan problemas de interpretación, debe acudirse a aplicar principios. En los supuestos de "casos difíciles" que plantean "problemas de relevancia" (debate sobre si hay una norma [regla] aplicable al caso), cabe:

i) Que el tribunal argumente por su cuenta sobre los problemas de consistencia, coherencia (normativa y narrativa) y consecuencialismo moral, y
ii) Que si la norma existe, pero tiene contradicciones lógicas o absurdos axiológicos, el juez o la jueza puedan resolver *contra legem*.[112]

Toca ahora efectuar una explicación sobre la "argumentación jurídica normativa" de Robert Alexy, que es una *teoría normativa* de la argumentación, a diferencia de *la teoría empírica* de MacCormick. Al respecto, coincido con López García[113] en que es especialmente relevante revisar la *Teoría los derechos fundamentales*.[114] Allí se resalta la relevancia de la teoría de la argumentación jurídica aplicada a la argumentación en torno a los principios de los derechos fundamentales.

Ahora bien, siguiendo el orden empleado en el análisis de los autores recientemente reseñados, primero plantearé cómo es que Alexy concibe la conexión necesaria entre derecho y moral. El profesor alemán parte de la idea de que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral racional.

Esta aseveración implica —como explicó el mismo Alexy en una entrevista que le realizó Manuel Atienza— fundamentalmente tres ideas: en primer término, comprender que con las decisio-

112 Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.,* p. 171; López García, José Antonio, *op. cit.,* pp. 78 y 79.

113 López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 79.

114 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

nes jurídicas y sus fundamentaciones se establece una pretensión de corrección (la posibilidad de señalar lo que se considera correcto). Además, que estamos ante un caso especial, por la doble naturaleza del derecho. Por un lado se encuentra el apego a la ley, el precedente y la dogmática (un verdadero carácter institucional) y, por el otro, una apertura a la argumentación jurídica (una dimensión ideal y crítica).

Por último, interesa rescatar cómo en este tipo de razonamientos importa mucho la pretensión de conocer los juicios morales objetivos.[115] Alexy desarrolla los criterios a emplearse aquí para el conocimiento objetivo de la moral, y parte de la teoría del discurso ético (importa lo que se pueda hablar). Se ingresa a la comunidad ideal de comunicación, donde los que hablan quedan sometidos a "reglas morales formales" (reglas fundamentales, reglas de la razón, reglas de la carga de la argumentación, reglas de fundamentación, reglas de transición) cuya función es establecer las condiciones que posibiliten la comunicación lingüística racional, de donde surgirán los "argumentos moralmente correctos".[116]

Justo es reconocer que estas reglas del discurso moral admiten límites. Por ello, ante la situación especial del razonamiento jurídico y si las reglas del discurso moral se siguen también en el razonamiento jurídico, las decisiones a las que se llega sí pueden resolver los dos límites del razonamiento moral racional: el problema del conocimiento y el del cumplimiento. Aquello no libera, según Alexy, del respeto a las "reglas del discurso jurídico": las referidas al imperio de la ley, las referidas al uso de precedentes judiciales y las que se refieren al respeto de la dogmática jurídica.

En lo concerniente a la relación entre principios y reglas del derecho debe en primer término apreciarse que —por lo menos para Alexy— tanto los principios como las reglas pueden ser con-

115 Véase al respecto Alexy, Robert, "Entrevista por Manuel Atienza", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 24, 2001, pp. 671 y 672.

116 Véase al respecto Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación..., cit.,* p. 283. También, entre otros, Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.,* pp. 185 y ss.; o López García, José Antonio, *op. cit.,* pp. 82 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

cebidos como normas.[117] En otras palabras, la diferencia entre principios y reglas es una distinción entre dos tipos de normas. Coincido entonces con López García[118] en que la mejor manera de abordar la relación entre "reglas" y "principios" en la obra de Alexy implica hablar de tres materias: *a)* la clasificación de los principios; *b)* los criterios de distinción entre principios y reglas, y *c)* las diferencias y relaciones entre principios y valores morales.

En lo referido a la clasificación de los principios, conviene tener presente que Alexy, a diferencia de otros autores (p. ej., Dworkin) no distingue entre principios y directrices. Para Alexy, los principios son normas deónticas o de deber, se encuentren referidas a derechos individuales (principios) o a objetivos o bienes colectivos (directrices). Los principios pueden ser más bien materiales (o de contenido, para defender derechos individuales, pero también bienes o intereses comunitarios) o formales (o procedimentales, para establecer los márgenes dentro de los cuales actúan los principios materiales o de contenido), pudiendo, en ambos casos, estar expresa o implícitamente en las diversas disposiciones jurídicas, y sobre todo en las disposiciones normativas de la Constitución.

Alexy, además, establece aquellos criterios que permiten distinguir entre "principios" y "reglas": *1)* criterio de cumplimiento (las reglas solo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios ordenan que algo sea cumplido "en la mejor medida posible");[119] *2)* criterio del "tipo de razones" (los principios son

[117] Véase al respecto Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988, p. 140.

[118] López García, José Antonio, *op. cit.,* p. 87.

[119] Son también conocidas las críticas que se hacen a la comprensión de los principios como "mandatos de optimización" o como "algo que debe ser cumplido en la mejor medida posible" (en este sentido, entre otros, Susanna Pozzolo y un largo etc.), o los cuestionamientos a la distinción hecha por Alexy entre principios y reglas. Sin negar aquí la significativa relevancia de estos importantes cuestionamientos (algo señalo sobre el particular en este trabajo), considero que la referencia aquí a Alexy es más descriptiva que la postura de dicho autor sobre el tema que vengo abordando. Dejo entonces para otros textos mi análisis detallado y toma de posición al respecto.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

siempre razones *prima facie* o razones que no involucran mandatos definitivos, mientras las reglas, salvo excepciones, son "razones finales o perentorias", que implican lo que ordenan), y *3)* criterio de generalidad (los principios pueden ser relativamente generales, por ser más ideales, mientras que las reglas suelen ser más concretas, con alcances más acotados).[120]

Finalmente, si bien Alexy reconoce que los jueces y juezas suelen usar los conceptos "valores" y "principios" como sinónimos, considera que en rigor existe una distinción entre ambos. En ese sentido, y luego de acoger la división de los "conceptos prácticos" propuestos por Von Wright entre deontológicos (referidos a un mandato o un deber ser), axiológicos (vinculados a la idea de lo bueno o de lo mejor) y antropológicos (referidos a conceptos como interés, necesidad, decisión, voluntad o acción), anota que los principios deontológicos (expresan mandatos de optimización) y los valores son conceptos axiológicos (expresan juicios de valor, muchas veces con un fuerte componente comparativo).

En mérito de lo expuesto, Alexy prefiere, en el ámbito de la argumentación, hablar y recurrir a principios antes que a valores (aun cuando reconoce elementos interesantes como que los principios y los valores no son absolutos, o que pueden darse supuestos de colisión entre principios o entre valores).[121]

En suma, con base en aportes como los de Viehweg o Perelman, y sin duda claramente con lo desarrollado por MacCormick o por Alexy, se ha construido lo que hoy se denomina "Teoría estándar de la argumentación jurídica", la cual está compuesta por la mayoría de los contenidos (los cuales remiten a discusiones clásicas) que se difunden o desarrollan actualmente cuando se hace referencia a la disciplina de la argumentación jurídica.

---

120 En esta misma línea, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, p. 133; López García, José Antonio, *op. cit.*, p. 88.

121 Y es que con una colisión de principios aborda la cuestión de qué es debido y de manera definitiva, mientras que una colisión de valores aborda qué es mejor de manera definitiva. Las relaciones entre principios y valores se encuentran debidamente reseñadas en Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos...", *cit.*, p. 145; o López García, José Antonio, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Es más, al respecto ya hay algunos temas que ahora resultan clásicos y, sin lugar a dudas, fundamentales para la resolución de casos constitucionales. Entre estos están, ciertamente, la distinción entre casos fáciles y difíciles; el contraste entre las normas-reglas y las normas-principio, y la ponderación, planteada como metodología específica para resolver conflictos entre principios (a diferencia de la subsunción, propia de la aplicación de reglas).

A. Sobre los casos fáciles y difíciles (y los trágicos, inclusive)

Dentro de las "teorías estándar" de la argumentación jurídica, Manuel Atienza[122] —en la misma línea que otros autores y como materia a abordar— distingue entre "casos fáciles" y "casos difíciles". Los primeros son aquellos en los que no hay más que realizar una aplicación pura y simple del derecho; en estos básicamente se identifica y aplica el derecho sin mayor referencia a consideraciones adicionales. Los segundos, por su parte, implican una actividad típicamente creativa, debido a que la cuestión en litigio no aparece como determinada por los estándares jurídicos existentes.

Por ende, mientras que en los casos fáciles la justificación de las decisiones consiste en efectuar una mera deducción, es decir, proceder a aplicar el consabido silogismo judicial cuya conclusión no es una decisión, sino una norma; en los casos difíciles —donde existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas— la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo, sino que además deben añadirse los criterios de la razón práctica que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etcétera.[123]

---

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

123 A lo recientemente señalado habría que añadir, con Manuel Aragón, que en los casos difíciles el intérprete de la Constitución puede encontrarse próximo a algún nivel de discrecionalidad, pero su interpretación siempre parte de una base jurídica. Una interpretación de la Constitución con base política es, por ejemplo, la del legislador. Véase al respecto Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 102.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

En contraste, Dworkin considera que todos los casos en última instancia pueden ser considerados fáciles, pues poseen siempre una sola respuesta correcta, y colige que, en ambos casos, el juez o la jueza no gozan de discrecionalidad, debido a que su deber es hallar dicha única respuesta correcta. En su opinión, los llamados casos difíciles serían menos frecuentes de lo que generalmente se supone. De hecho, asevera que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles "no es tan clara ni tan importante" y los casos fáciles son para el derecho solo casos especiales de casos difíciles.[124]

Contrariamente a la postura de Dworkin, Atienza[125] considera que la distinción entre casos fáciles y difíciles no solo es aceptable, sino además necesaria, aunque necesita ser enriquecida con el trazado de nuevas categorías situadas entre los casos fáciles y los difíciles, o que también van más allá de unos y otros.

Así, tomando en cuenta los aportes de Barak, Atienza[126] cita los llamados casos "intermedios", los cuales integran una buena porción de los casos que llegan a los tribunales superiores y constitucionales. La singularidad de esta categoría sería que, en el análisis final, el juez o la jueza no tendrían aquí discreción para decidir. Se diferencia de los casos fáciles en que ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición, y que para resolver esta contradicción es necesario un acto consciente de interpretación, antes de que el juez o la jueza puedan concluir que el problema es realmente infundado y que solo hay una solución jurídica.

Adicionalmente, Atienza[127] reconoce una cuarta categoría de casos, a los cuales denomina "casos trágicos". Estos aluden a las situaciones en las que no parece que exista alguna respuesta correcta, y por ello les plantean a los jueces no solo el cómo deben decidir ante una serie de alternativas (es decir, cómo ejercer su

124 Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1989, pp. 146 y ss. También Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional...", *cit.*, p. 125.

125 Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional...", *cit.*, p. 127.

126 *Idem.*

127 *Ibidem*, p. 128.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

discreción, tal como sucede en los llamados "casos difíciles"), sino también qué camino deben tomar frente a un dilema.

De este modo, Atienza califica de "trágicos" aquellos casos en relación con los cuales "no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral".[128] Añade Atienza que en este tipo de casos "no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo",[129] en el entendido de que por encima de ese equilibrio se encontraría el equilibrio óptimo. Bajo este esquema, los casos difíciles se moverían en el campo del *equilibrio óptimo*, en otras palabras, analizando si una respuesta es mejor que otra; mientras que los casos trágicos se encontrarían en el campo del *equilibrio mínimo*, es decir, determinando si por lo menos no existe alguna buena respuesta que alcance el equilibrio mínimo.

En esta misma línea de pensamiento[130] pueden distinguirse además dos clases de casos trágicos: la primera se da cuando en una situación existe por lo menos una solución correcta, aunque esta choca con la moral del juez o de la jueza. En esta situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos (el jurídico y el moral). La segunda se presenta cuando el sistema jurídico no le permite alcanzar al juez o jueza alguna "solución correcta". En esta situación, lo trágico se presenta debido a la contradicción existente al interior del ordenamiento jurídico. En ambos contextos, un juez o una jueza se encuentran en una situación en la que le es imposible decidir sin aparecer como, por lo menos, un supuesto infractor del ordenamiento jurídico vigente; sin embargo, es el segundo supuesto el que más le llama la atención a Atienza, puesto que la contradicción es interna (entre principios jurídicos y principios de contenido moral pertenecientes al sistema) y, a la vez, inevitable.

Al respecto, sobre la base de los aportes de Liborio Hierro, Atienza[131] ofrece como ejemplo de caso trágico el de la contra-

128 *Ibidem*, p. 129.

129 *Idem*.

130 *Ibidem*, p. 134.

131 *Ibidem*, p. 135.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

dicción existente entre el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de dignidad humana cuando se establece una diferencia en el trato jurídico entre nacionales y extranjeros. Atienza comenta que en el caso de los ciudadanos norafricanos que cruzan el estrecho de Gibraltar, los cuales son expulsados por las autoridades españolas por consideraciones que escapan al control de dichos ciudadanos (el haber nacido en un determinado espacio geográfico), se atenta contra el principio de dignidad humana.[132]

En otras palabras —afirma Atienza—, lo que este caso muestra es la existencia de un ordenamiento jurídico que, por una parte, reconoce el principio de la dignidad humana y, por la otra, establece como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero, lo cual fatalmente lleva a quien aplica la norma a enfrentarse a casos trágicos. En efecto: no puede expulsarse al extranjero sobre la base de su nacionalidad sin vulnerar su dignidad humana, pero, al mismo tiempo —según el mismo Atienza—, si un juez o una jueza desearan ser justos en su decisión, evitando optar por este camino, no podrían amparase en el derecho.

Como reflexión a partir del reconocimiento de casos trágicos, Atienza[133] señala que el hecho de que existan casos trágicos en los que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta no implica que la toma de la decisión en dichos supuestos escape por completo al control racional. En otras palabras, el que no exista una respuesta considerada buena no significa que no se pueda escoger alguna considerada mejor entre otras alternativas asumidas como peores. En este caso, el juez o la jueza deben optar por el mal menor. A la misma solución arriba Gowans, citado por Atienza, quien señala que "podemos estar ante situaciones en las que, aunque no hay una respuesta correcta, algunas respuestas son claramente mejores que otras".[134]

Ciertamente es claro que, en el ámbito de los casos constitucionales, las altas magistraturas se enfrentan en no pocas ocasiones con casos difíciles e incluso trágicos, en los cuales no existen

132 *Ibidem,* p. 138.

133 *Ibidem,* p. 141.

134 *Ibidem,* p. 142.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

respuestas que se desprendan sin mayores consideraciones del derecho legislado, sino que implican atender a las mejores razones que permitan generar una respuesta adecuada para el caso concreto, la cual puede ser óptima o la más razonable en el supuesto de los casos difíciles (como suelen serlo, p. ej., los casos de conflictos entre derechos fundamentales), o la respuesta "menos mala", para el supuesto de los casos trágicos.

B. Sobre la distinción entre reglas y principios

Como hoy bien se sabe, es una distinción importante, además de útil, la llamada a diferenciar entre las disposiciones jurídicas formuladas o con estructura de "reglas", de aquellas más bien con fisonomía de "principios".

Esta distinción se remonta, en parte, a la célebre polémica entre Ronald Dworkin y H. L. A. Hart. El primero de ellos —como es de conocimiento general— cuestionaba la supuesta comprensión del derecho como un mero "conjunto de reglas" dadas por autoridades competentes, cuando el derecho también estaba compuesto por "principios", los cuales, antes que por su dimensión regulativa, estaban caracterizados por su dimensión de peso.[135]

Para ejemplificar la existencia de estos principios, Dworkin hacía referencia al ahora famoso caso *Riggs vs. Palmer* (1889), en el cual un nieto que había asesinado a su abuelo pretende acceder a la herencia que, inicialmente y conforme al ordenamiento legal vigente, le correspondía. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York resolvió el caso rechazando la pretensión del nieto, en aplicación de un principio que establece que nadie puede sacar provecho de sus actos ilícitos. De esta forma, sería claro que en algunos casos resolver conforme al derecho es mucho más que resolver conforme a reglas legales vigentes, dado que existen otras normas aplicables, los cuales tienen más bien la forma de principios.

Respecto a esta distinción, posteriormente la doctrina ha establecido mayores precisiones y generado diversas posturas

[135] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *op. cit*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

sobre sus posibles alcances,[136] siendo tal vez la posición más conocida la planteada por Robert Alexy. Como es de conocimiento general, para dicho autor, en lo esencial, las reglas y los principios se diferencian por su estructura, siendo los segundos "mandatos de optimización". Por ende, contienen mandatos a cumplirse "en la mayor medida posible" o, en otros términos, "dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes". En ese entendido, Alexy señala que los principios constituyen "razones no concluyentes", las cuales conviene seguir entretanto no existan mejores razones. Por otra parte, las reglas aluden a razones concluyentes para actuar, cuyos mandatos, en principio, "se cumplen o no se cumplen".[137]

Así visto, es claro que la Constitución, cuyas disposiciones muchas veces están formuladas con un lenguaje lacónico y genérico —y en especial cuando se trata del reconocimiento de derechos fundamentales—, se encuentra sobrepoblada por normas del tipo "principios", antes que por "reglas" (que generalmente contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, lo que suele ser inusual en las cartas constitucionales).

Por otro lado, la existencia de principios plantea varias cuestiones. La principal seguramente es que remite a contenidos de carácter axiológico (que es precisamente a lo que aludía Dworkin al referirse a la "dimensión de peso" o "de importancia"). En este sentido, la dimensión autoritativa o directiva de los principios no ayuda a resolver los casos en los que estas normas intervienen, pues lo fundamental será más bien la dimensión valorativa o argumentativa de la controversia, es decir, la respuesta al caso remite a las mejores (o peores) razones que se dan a favor (o en contra) de una determinada respuesta para el caso constitucional de que se trate.

---

136 Por ejemplo, se han formulado diferentes tesis al respecto. Vale la pena reseñar cuando menos dos: la *tesis de la gradualidad*, conforme a la cual la diferencia entre reglas y principios es solo de grado, así, algunas normas tienen una estructura más de principio (las más genéricas) y otras más reglas (las más específicas); y la *tesis de la diferencia estructural*, según la cual, reglas y principios son cualitativamente distintas, y por ello las disposiciones jurídicas o bien son reglas o bien principios, de manera excluyente.

137 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos..., cit.*, pp. 67 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Adicionalmente, suele resaltarse la especificidad del método que se emplea para resolver conflictos entre principios, o supuestos de intervención en principios constitucionales (valga aquí precisar que para Alexy los derechos fundamentales son generalmente principios en el sentido expuesto): me refiero a la ponderación (y al test de proporcionalidad, del cual forma parte).

C. Sobre la subsunción y la ponderación

Como se explicó, reglas y principios tienen una estructura diferente. En el caso de las primeras, existe cierta claridad sobre lo que en ellas se ordena (salvo cierto grado de ambigüedad o incerteza, que, por cierto, más bien se considera inherente al lenguaje), por lo que sus mandatos en principio deben ser cumplidos. Por otra parte, se entiende que los principios son mandatos a optimizar y, en ese sentido, el deber no se refiere a cumplir del modo "todo o nada", sino "en la medida de lo posible", lo cual, por cierto, debería implicar una sostenida y progresiva labor para tratar de alcanzar un cabal cumplimiento de lo prescrito.

Debido a lo anterior, se suele señalar que, para el caso de las reglas, su forma de aplicación es básicamente a través del método de la subsunción, la cual implica constatar si se verifica en los hechos el supuesto previsto por la regla y, de ser el caso, a ello le corresponde la consecuencia jurídica también prevista allí. Las cosas se plantean de esta manera en mérito a que las condiciones de aplicación de la regla son ciertos o cerrados si se constata que su cumplimiento rige las consecuencias normativamente previstas.

Empero, en el caso de los principios no existen condiciones de aplicación cerrada o taxativa. Los principios tienen una formulación genérica, indeterminada, sin que en ellos, en puridad, se tengan previstas condiciones claras relacionadas con su incumplimiento. Siendo así, no es fácil —y para muchos no es posible— encontrar un supuesto de hecho claro en el principio y aplicarle las consecuencias jurídicas correspondientes. Es más, se constata que los problemas relacionados con los principios surgen básicamente cuando lo que ordena un principio entra en

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

colisión con lo que establece otro: me refiero a supuestos de conflicto o colisión entre principios.

En el caso de colisiones de normas del tipo regla, estas suelen ser resueltas a través de los criterios clásicos de solución de antinomias, como es el caso de los criterios de ley superior (que prevalece frente a la inferior), ley posterior (que prevalece frente a la anterior) y ley especial (cuya aplicación se prefiere frente a la norma general). Ahora bien, es necesario resaltar cómo estos criterios no son de aplicación para el caso de los principios constitucionales, en la medida en que, en sentido estricto, en el caso de colisión entre dichos principios no existe propiamente una *lex superior*, una *lex posterior* ni una *lex specialis*.

Siendo así, casi de manera consensual se sostiene que el método que corresponde aplicar para la resolución de colisiones entre principios es el de la ponderación, que en términos sencillos implica atender al "peso" de cada uno de los principios en el contexto del caso concreto, para sobre esa base resolver la preferencia de uno de ellos.

Ahora bien, el ejercicio de la ponderación, como también la justificación de las decisiones judiciales sobre la base de principios (y, en especial, para resolver casos difíciles o trágicos), o la interpretación de disposiciones cuya redacción es poco clara, por ambigua o indeterminada, son cuestiones que desde luego involucran cierto margen de discrecionalidad (y subjetividad). Por ende, su empleo implica que los jueces y juezas, en general, tengan una especial responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, y más aún en el caso de los jueces y juezas constitucionales, en atención a la indudable importancia de lo que tienen que resolver y a los cuestionamientos a la eventual subjetividad con que puede actuar quien pondera.

Empero, la importancia de lo que resuelven no solo tiene un correlato en términos jurídicos, básicamente en el ámbito de la interpretación y la argumentación jurídicas o de nuevas competencias institucionales. Los tribunales, como he adelantado cuando me referí a su rol de "mediadores", cumplen además roles social o políticamente importantes, los cuales es necesario tener en cuenta para comprender a cabalidad sus posibilidades y límites. Vuelvo a este último asunto para tratarlo de manera más amplia.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

2.2. Roles (sociales y políticos) de la jurisdicción constitucional

Hoy, en efecto, se reconoce que la Constitución es una norma jurídica; sin embargo, ello no puede ni debe hacer perder de vista otros de sus rasgos fundamentales: en primer término, su carácter de norma fundamental, parámetro de validez formal y de validez material de todo el ordenamiento jurídico vigente en un Estado en particular; asimismo, su carácter de norma que busca encuadrar (jurídicamente) el quehacer político en una sociedad determinada. Al regular el ejercicio del poder —y sobre todo del poder político— y reconocer y tutelar los derechos y los proyectos de vida de los ciudadanos y las ciudadanas, la Constitución tiene hoy una directa incidencia precisamente en la configuración de escenarios de cohesión, de inclusión y de reconciliación social. Un tribunal, un juez o una jueza constitucionales, en un marco por cierto jurídico, no son únicamente actores jurídicos: sin duda son también actores sociales importantes.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que los factores por los cuales hoy se busca evitar un clima de conflicto social aparecen también recogidos en todo texto constitucional de la actualidad. La Constitución, en síntesis, no solamente es la *higher law* de *Marbury vs. Madison* o la ley fundamental (por cuanto regula los aspectos más relevantes de una comunidad política) de la que hablaba Schmitt.[138] Es el símbolo máximo del proyecto colectivo de una comunidad y representa —o busca representar— la cultura y los valores de un país.[139] Aspira a encarnar el *ius* de una comunidad, en términos de Zagrebelsky.[140] Es pues, recogiendo

138 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución,* 2a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 63 y ss.

139 En ese sentido, entre otros, Häberle, Peter, "La Constitución como cultura", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 6, 2002, pp. 194 y ss.

140 Zagrebelsky, Gustavo, "La ley, el derecho y la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año XXIV, núm. 72, 2004, pp. 11 y ss. En ese sentido va su reciente obra, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia*, Madrid, Trotta, 2014.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

términos que bien pudieran haber sido empleados por Smend,[141] un instrumento para alcanzar la integración social.

Si se acepta esta premisa, tendrá que aceptarse que hoy —aunque con los evidentes matices o diferencias que existen entre posturas tan distintas entre sí como las de Scalia[142] o las de los no interpretativistas— se entiende ampliamente que la interpretación de la Constitución, labor a cargo de la judicatura constitucional como opción final dentro de cada país, no se agota con una mirada al texto y sus disposiciones, aislada del contexto en el cual se encuentran vigentes.

Por ello, e independientemente de las atribuciones o competencias que cada ordenamiento jurídico le otorga formalmente a sus jueces y tribunales constitucionales, los jueces y juezas constitucionales cumplen ciertos roles o funciones importantes dentro del constitucionalismo contemporáneo, los cuales les llevan a tener un papel central en la consecución de aquellos objetivos socialmente relevantes consagrados en la Constitución. Estos roles o funciones, como explicaré, son los de mediación, integración social y orientación.

2.2.1. Función de mediación

Ya me he referido a cómo los tribunales constitucionales cumplen un rol de "mediadores" cuando se trata de componer conflictos sociales o grandes asuntos de relevancia nacional, por ejemplo. En este sentido, las cortes constitucionales cumplen con una función moderadora, referida a su compromiso como mediadoras, reguladoras y preservadoras de la unidad política nacional.

Justo es anotar que esta labor de moderación de poderes para restablecer la armonía política, no obstante las diferencias pro-

141 Revísese al respecto Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional,* Madrid, CEC, 1985, pp. 62 y ss. También conviene analizar lo planteado por Bickel, Alexander, *The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics,* Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1978, pp. 30 y 31.

142 Scalia, Antonin, *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law,* Princeton (Nueva Jersey), Amy Gutmann, 1996, pp. 37 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

pias de sociedades cada vez más plurales y complejas, muchas veces debe trascender a las competencias jurídicas que, en puridad, se le otorgan a quienes componen la magistratura constitucional. Esta función, como puede apreciarse, es especialmente importante en tiempos y escenarios como los actuales, caracterizados por la dispersión, así como por algunas erróneas comprensiones de un necesario pluralismo.

En este sentido, y en la misma línea de lo precisado en su momento por Hesse,[143] la interpretación de las disposiciones constitucionales (y de la demás normativa a interpretar), la argumentación utilizada para resolver, así como el contenido de lo resuelto, deberán encontrarse orientado a la integración y pacificación de los conflictos entre poderes y a la unidad política del Estado.

2.2.2. Función de integración social

Por otra parte, los jueces y juezas constitucionales (sobre todo si pertenecen a una Alta Corte) cumplen asimismo funciones de integración social, la cual alude a supuestos de *cohesión social*, *inclusión social* (o de reconocimiento), *reconciliación social* y la búsqueda de un clima de ausencia de conflictos (*prevención social*).[144]

La referencia a *cohesión social* apunta a un sentimiento de incorporación o pertenencia a una comunidad política, en la cual sus ciudadanos(as) tienen o pueden tener un importante rol en la construcción del destino del colectivo. Cuando se hace mención a *inclusión social* me refiero al 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. Este es un esfuerzo que se materializa o busca materializarse mediante diversas políticas.

143 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional,* Madrid, CEPC, 2008.

144 Un desarrollo más detallado de mi posición al respecto se encuentra en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "¿Son los jueces y los tribunales constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?", *Derecho constitucional contemporáneo. Libro homenaje a Rubén Hernández Valle,* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2015.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

La *reconciliación social*, por su parte, 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. Por otro lado, la búsqueda de un *clima de ausencia de conflictos* tiene una innegable y muy valiosa naturaleza preventiva en la lucha contra la conflictividad social y, sobre todo, contra los factores que, según sea el caso, pudiesen generarla o potenciarla, entre los cuales destaca la atomización de intereses o el sostenimiento de brechas e injusticias sociales. Por ello, también se habla de una función de *prevención social* del juez y de la jueza constitucionales.

Por otra parte, a través de la función *reconciliadora* no solo se defienden los postulados de la Constitución formal, sino que, sobre todo en escenarios que reclaman una mayor consolidación de la democracia y de una cultura de los derechos, a los tribunales les corresponde reconstruir la Constitución material. Ello involucra nada menos que reconocer, conversar y llegar a conclusiones y acuerdos sobre coyunturas vividas por las comunidades, a fin de superar errores del pasado y afrontar coyunturas especialmente sensibles en el presente o para el futuro.

Ahora bien, es importante señalar que vivimos dentro de un escenario complejo, en donde no existe consenso sobre los alcances de muchos temas, con un mundo involucrado en una grave crisis económica y política que dificulta la materialización de acciones vinculadas a la integración social. Y es que aun cuando se coincida con quienes creemos que el juez y la jueza constitucionales tienen un importante rol que desempeñar al respecto (integración social y atención a poblaciones vulnerables), justo es reconocer que no estamos ante una tarea sencilla.

A pesar de estas dificultades, es cierto que, a lo largo de estos últimos años, altas cortes como el Tribunal Constitucional del Perú han venido desarrollando en su jurisprudencia, y en ejercicio de su función de integración social, los alcances y contenidos de los derechos reconocidos a poblaciones vulnerables para así buscar garantizar su efectiva vigencia. A continuación realizaré un breve repaso del desarrollo jurisprudencial peruano con respecto a siete de esos grupos vulnerables.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

a) Pueblos indígenas y originarios

La Constitución peruana vigente contiene una serie de disposiciones vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas y originarios que van a llevar, en una dinámica de integración social, a que jueces y juezas constitucionales deban actuar en favor de este grupo vulnerable de nuestra ciudadanía. En este sentido, la carta de 1993 reconoce al quechua, al aimara y a las demás lenguas originarias como idiomas oficiales de Perú donde resulten lenguas predominantes;[145] recoge el derecho a la identidad étnica y cultural;[146] reconoce la aplicación del derecho consuetudinario dentro de su ámbito jurisdiccional,[147] y recalca la autonomía de los pueblos indígenas (organizativa, administrativa y económica), así como la libre disposición de las tierras.[148]

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado expresando la importancia de entender la autodeterminación de los pueblos indígenas como "[su] capacidad [...] de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales".[149]

De esta manera, el Tribunal reconoció el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y originarias en el marco de proyectos relevantes que puedan afectar su salud o hábitat natural. No obstante, de la jurisprudencia se desprende que este derecho no es de veto y que, además, este procedimiento de consulta debe concretizarse en cumplimiento de determinados principios expuestos en la sentencia 0022-2009-PI/TC.

145 Constitución Política del Perú, art. 2, inc. 19.

146 *Ibidem,* art. 48.

147 *Ibidem,* art. 149.

148 *Ibidem,* art. 89.

149 Fundamento 32, Exp. 03343-2007-PA/TC.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Por otro lado, la sentencia 07009-2013-PHC/TC, caso *Zelada Riquelme*, recalca la importancia de determinar los alcances de la jurisdicción comunal dentro de su ámbito territorial. De esta forma, si bien hay consenso sobre que el límite de la justicia comunal son los derechos fundamentales, cabe hacer precisiones al respecto, tomando en cuenta la extensión y contenido de los diversos derechos fundamentales involucrados (lo cual no es tarea fácil). En este sentido, se plantea que no toda cuestión conflictiva puede ser llevada a la justicia comunal, sino solo aquello que sea propio de la vida comunal.[150]

Finalmente, cabe hacer mención a que, a lo largo de diversas sentencias,[151] el Tribunal Constitucional peruano reconoce que hay un deber del Estado de reconocer y proteger las diferencias culturales, el cual debe cumplirse de manera leal y no ficticia. En síntesis, el mencionado mandato implica, planteado más claramente, no evaluar con desdén o desde una supuesta superioridad las diferencias culturales; no aceptar a la diversidad simplemente como un "mal necesario"; y no tratar a las diferentes culturas o etnias como sujetos con capacidades inferiores o disminuidas, ni buscar imponer subrepticiamente los propios códigos sociales y culturales.

b) Personas con capacidades diferentes

La sentencia 01153-2013-PA/TC, caso *Pari Acuña*, contiene importantes precisiones respecto a la situación de las personas con capacidades diferentes en Perú. De esta manera, se explica que el establecimiento de una protección especial a este sector de la ciudadanía se sustenta en la constatación de la situación

150 No obstante, ello plantea el problema vinculado a que, si a la par que se propone esto no se ofrece algún criterio adicional o mayor nivel de precisión para diferenciar las competencias entre las jurisdicciones ordinaria y consuetudinaria, se podría terminar vaciando de contenido a la jurisdicción nativa o comunal, arrinconándola a cuestiones de escasa densidad y de carácter puramente secundario.

151 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (STC) Exp. 00042-2004-AI, fj. 1; STC Exp. 0022-2009-PI, f. j. 3; STC Exp. 03343-2007-PA, fj. 27; STC Exp. 00042-2004-AI, fj. 2, y STC Exp. 01126-2011-HC, fj. 16.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

de discriminación histórica que sufren estas personas, donde se les considera no aptas para realizar determinadas actividades o que no se encuentran en una posición similar a la del resto de la colectividad. En este sentido, el colegiado consideró pertinente recalcar que una persona con capacidades diferentes por enfermedad congénita tiene el derecho de percibir una pensión de orfandad.

Por otro lado, en la sentencia 04104-2013-PC, caso *Nieto Tinoco*, el Tribunal Constitucional consideró importante ordenar al gobierno regional de Junín la creación e implementación de la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad (Oredis), conforme a lo que manda la Ley General de la Persona con Discapacidad; esto con base en lo solicitado por Diomedes Nieto Tinoco, presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín, respecto al hecho de que la falta de implementación de dicha oficina conllevaba a que se operara mediante un Consejo Regional de Integración de la Persona con Discapacidad,[152] a pesar de que el mandato de creación de la Oredis tiene más de 10 años.

c) Personas mayores

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido en diversas sentencias la particular situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas mayores y, en consecuencia, el especial deber de protección que las instancias de gobierno tienen frente a sus derechos fundamentales. En este sentido, se tiene en cuenta que las personas de la tercera edad usualmente padecen de lo que se conoce como discriminación interseccional o múltiple, es decir, diversas formas de discriminación.

En la sentencia 05157-2014-PA/TC, caso *Chura Arcata*, se determina que el Banco de la Nación había incurrido en discriminación al negarle a la señora Chura un préstamo debido a su edad avanzada. De esta forma, se explica que si bien la edad puede

[152] Programa público con competencias limitadas, en comparación con la Oredis.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

constituir un criterio para aceptar o rechazar un préstamo, este no debe ser el único factor que sustente la decisión de una entidad crediticia, por cuanto la denegación de un préstamo se trata de una medida muy gravosa.

Por otro lado, en la sentencia 02834-2013-HC/TC, caso *María Antonieta Callo Tisoc*, el Tribunal Constitucional peruano recalcó la importancia de garantizar el derecho a la identidad de las personas adultas mayores con motivo del amparo presentado por la señora Callo, quien alegó la violación de su derecho a la identidad, pues el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil en Perú (Reniec) canceló su Documento Nacional de Identidad (DNI) por consignar un nombre adicional al previsto en su partida de nacimiento. Asimismo, en la sentencia se dispuso que Reniec brindara trato preferente a los adultos de edad avanzada (en cuanto a la flexibilidad de los trámites y requisitos y a la necesidad de su celeridad), que tramitara el proceso de otorgamiento de DNI de oficio en casos de personas de la tercera edad que no puedan iniciar el trámite por sí mismas y que estableciera mecanismos para individualizar a las personas que no cuentan con un DNI.

En esta misma línea, la sentencia 02214-2014-PA/TC, caso *Puluche Cárdenas*, estableció como doctrina jurisprudencial la obligación de todos los órganos jurisdiccionales de otorgar, bajo responsabilidad, mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas adultas mayores, "cuanto mayor sea la edad de dichas personas". Esto, por cuanto se evidenció que era necesario resguardar los derechos de las personas mayores mediante una efectiva tutela jurisdiccional en los procesos judiciales en materia previsional que, por lo general, suelen extenderse por largos periodos. Asimismo, en la sentencia se dispuso que el interés legal no sea capitalizable en materia previsional.

d) Personas migrantes

Como bien señala una declaración suscrita el 18 de diciembre de 2013 (precisamente en el Día Internacional del Migrante) conjuntamente por el entonces relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, el presidente

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el tema de los derechos de los migrantes, no cabe duda de que el tema de la migración es importante, pues, por sobre todo, son seres humanos con derechos humanos y, por ende, no se les puede considerar o presentar, por ejemplo, únicamente como agentes —retardatorios o impulsores, añado— del desarrollo económico.[153]

Además, concuerdo con la Declaración mencionada cuando señala que no se debería considerar o presentar a los migrantes solamente como víctimas indefensas que es necesario rescatar; tampoco como delincuentes impostores,[154] y que, en cualquier caso, las autoridades de los diferentes Estados tienen la responsabilidad de combatir las expresiones de racismo y xenofobia, formular cargos contra quien perpetre actos de violencia o discriminación contra los migrantes. Finalmente, se encuentran obligados a fomentar una mentalidad "abierta a las diferencias, la aceptación de los cambios sociales y la celebración de la diversidad".[155]

Es cierto que los y las inmigrantes, en virtud de su dignidad humana, están protegidos por el derecho internacional de derechos humanos. Debe tratárseles sin discriminación, en condiciones de igualdad con las personas nacidas en el Estado en que se encuentran. Sin embargo, a pesar de este marco jurídico, quienes son migrantes en todo el mundo siguen sufriendo abusos, explotación y violencia.

Como bien señala la Declaración, los Estados siguen tratando de regir la migración principalmente a nivel unilateral o bilateral, y eso ha llevado a una falta de coherencia en la gobernanza mundial, regional y nacional, en general, y frente a este grave problema, en particular. Así, deberán diseñarse políticas públicas con vocación de sostenido cumplimiento, las cuales tendrán que estar avaladas por marcos de cooperación formal, como los promovidos por las Naciones Unidas.

153 Véase al respecto *www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013.102.asp*

154 *Idem*.

155 *Idem*.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

A su vez, deberán darse políticas migratorias nacionales que, entre otros factores, permitan empoderar a los y las migrantes para que defiendan sus derechos. En ese sentido, además de plantearse seriamente la discusión de algunos temas (la despenalización de la migración irregular; la búsqueda de alternativas frente a la detención administrativa de migrantes en situación irregular; el combate a la xenofobia y la discriminación contra las personas migrantes; los derechos de los niños y niñas migrantes; los derechos económicos, sociales y culturales de la población migrante; la protección efectiva de la vida y los demás derechos en las fronteras internacionales, y el acceso fluido a recursos ante situaciones de violación de derechos), deben ofrecerse instrumentos normativos, institucionales y procesales que los protejan —por ejemplo, de situaciones contractuales y personales precarias— y les den acceso efectivo a la justicia.

En ese sentido, se debe facilitar el acceso a quienes migran (sean migrantes legales o se encuentren en situación irregular) a coberturas de salud, educación o trabajo. Ello con el apoyo de los y las responsables de estas coberturas, así como con el auxilio del sistema de justicia y coberturas de servicio social o policía, en lo que fuese necesario, sin que ello implique el riesgo del arresto, la detención o la deportación, simplemente por pedir ayuda. Indudablemente, atender este tipo de requerimientos demanda un esfuerzo concertado a nivel internacional y nacional. En ese contexto, resulta importante saber cuál es el papel que, al cumplir el rol de integrador social, puede hacerse desde un Tribunal Constitucional o de una Alta Corte con función similar.

Un Tribunal Constitucional, una Alta Corte que cumple funciones similares, o cualquier juez o jueza con atribuciones de juez o jueza constitucionales tienen importantes responsabilidades en este contexto. La materialización de muchas de las responsabilidades que he señalado en párrafos anteriores corresponde a estos juzgadores, en algunos casos exigiendo el dictado de políticas públicas (e incluso involucrándose en su generación a través de la elaboración de sentencias estructurales); en otros, delimitando el marco tuitivo necesario para evitar que dicha población sea una población sin derechos. Finalmente, les corresponde un rol central al establecer la sanción para quienes

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

vulneran o amenazan con vulnerar los derechos de la población migrante.

Resulta interesante hacer notar lo desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano sobre el particular. En ese sentido encontramos sentencias como la emitida en el caso *Mezquita Olivera*, que recientemente ha recibido un reconocimiento a nivel iberoamericano como la más significativa en su género, entre otras que por lo menos reseñaré.

Ahora bien, en mérito de lo expuesto, la sentencia 02744-2015-PA/TC, caso *Mezquita Olivera*, es relevante por diversas razones. En primer término, en tanto y por cuanto reconoce y explica de manera fundamentada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes. Este caso, el de un ciudadano brasileño migrante que fue sancionado con la salida obligatoria del país con impedimento de ingreso, permite exponer la especial situación de desprotección de los extranjeros que viven irregularmente en un país. Ello es de especial relevancia en Perú, que ha pasado de ser un Estado con población que emigra o uno que recibe importante población migrante externa o interna.[156]

Luego, y en esa misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional peruano establece la necesidad de contar con una política migratoria en el país, para a continuación demandar dos cuestiones que deben ser atendidas obligatoriamente por la política migratoria a seguir: en primer lugar se dictamina que la residencia o entrada irregular a un país nunca debe considerarse un delito, y en segundo término esclarece que el límite de la potestad migratoria de un Estado son los derechos (humanos o fundamentales) de los migrantes. En este sentido, se recalca la importancia de garantizar el derecho a un debido proceso en el marco de los procedimientos migratorios sancionadores.

Conviene aquí hacer notar cómo en esta situación particular se recurre a la técnica del estado de cosas inconstitucional, para

[156] No debe perderse de vista que el fenómeno de la migración no solo se da con el traslado de la población de un Estado a otro, sino también cuando se produce la movilización de una población al interior del mismo Estado. Esa es la diferencia entre migración externa e interna.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

así dotar de efecto expansivo general a lo establecido en el caso, considerando que el procedimiento migratorio sancionador hasta entonces vigente en Perú[157] no establece las garantías mínimas (ni formales ni materiales) para el migrante en situación irregular.

Por otro lado, en la sentencia 04729-2015-HC/TC, caso *Inmigrante ecuatoriana*, recalca la importancia del derecho de defensa en el marco de los procedimientos migratorios sancionadores, por cuanto los extranjeros y extranjeras se encuentran en un especial estado de indefensión al enfrentar un sistema jurídico que les resulta ajeno, situación que los coloca en una especial situación de vulnerabilidad.[158] Además, este caso también evidencia la realidad de las personas inmigrantes que se dedican al trabajo sexual básicamente por falta de oportunidades, situación particular que nos lleva a observar que un buen sector dentro de las personas migrantes se encuentra hasta en un triple grado de vulnerabilidad. Como bien puede apreciarse, esta es una demostración de cómo, en aplicación de su función de integración social, el papel de un juez o una jueza con responsabilidades de juzgadores y juzgadoras constitucionales es central. Sin embargo, ello no está libre de posibles observaciones, vinculadas en estos casos básicamente a la legitimidad con que cumplen estas tareas y los eventuales límites al desempeño de esas funciones. A esas materias dedicaré mi análisis en otro apartado.

e) Personas quechuahablantes

Con motivo de lo expuesto en la sentencia 00889-2017-PA/TC, caso *María Antonia Díaz Cáceres*, el Tribunal Constitucional reivindicó el derecho al uso de las lenguas nativas y originarias en Perú. El referido caso versa sobre una mujer analfabeta y quechuahablante a quien se le había restringido el horario de trabajo en una zona ambulatoria mediante una carta de compromiso íntegramente redactada en castellano y sin traducción al quechua.

157 Regulado por el Decreto Legislativo 1236.

158 Fundamento 14, STC 04729-2015-HC.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Por este motivo, el Tribunal observó que esta era una situación de discriminación por diferenciación, puesto que el Estado trataba de la misma forma tanto a quienes tienen el castellano como lengua materna como a quienes no. En este sentido, la sentencia destaca debido a que se establece no solo que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua, sino además que, si dicha lengua es predominante en una zona, el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha demarcación, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano.

Al igual que en el punto anterior, en el caso se hizo uso de la técnica del estado de cosas inconstitucional y se dispuso que el Ministerio de Educación, en coordinación con otras entidades estatales, desarrollara y publicara el Mapa Etnolingüístico del Perú (aprobado mediante Decreto Supremo 011-2018-MINEDU, de 16 de noviembre de 2018, en cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano).

f) Mujeres

A pesar de los grandes avances en la erradicación de las formas de discriminación que se han venido dando a lo largo de los años, el problema de la discriminación contra las mujeres sigue tan o más presente que siempre en Perú. En este tema, el Tribunal Constitucional peruano ha aportado emitiendo importantes pronunciamientos contenidos en determinados casos expuestos a continuación.

La sentencia 05121-2015-PA/TC, caso *Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima y otros*, versa sobre una demanda de amparo planteada por la practicante de un estudio jurídico que hace 13 años denunció a un abogado por violación sexual, luego de haber quedado inconsciente por el consumo de alcohol que ella hizo en el marco de una reunión social. La sentencia declaró nulos los dictámenes fiscales que ordenaron archivar la denuncia contra el agresor, por considerar que estos no cumplían con una debida motivación.

En ese escenario, el Tribunal Constitucional del Perú estableció que en casos de agresión sexual resulta discriminatorio y

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

representa un obstáculo para el acceso a la justicia de la presunta víctima el tomar en cuenta criterios como la demora en denunciar, la edad u ocupación de quien alega la agresión. Asimismo, se destacó la vital importancia de la declaración de la víctima como prueba fundamental en los casos de este tipo. Finalmente, y de manera particularmente relevante, se instituyó la obligación estatal de tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual. En el caso concreto, se dejó de lado el archivo de la denuncia contra el agresor.

Por otro lado, la sentencia 01423-2013-PA/TC, caso *Andrea Álvarez Villanueva*, versa sobre una cadete de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú que fue expulsada de dicha institución por encontrarse gestando. El Tribunal Constitucional peruano se pronunció para ordenar su reposición inmediata, puesto que la prohibición del estado de gravidez como condición de permanencia en los centros de formación de las Fuerzas Armadas implica discriminación directa basada en el sexo, y para recordarle al Ministerio de Defensa que debe modificar el Reglamento de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas a fin de garantizar que estos casos no se repitan. Este tipo de pronunciamientos se justificaba en tanto y por cuanto la restricción por embarazo rechazada por los magistrados se encontraba aún vigente en los artículos 42 y 49 del Reglamento de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas.

La sentencia 01272-2017-AA/TC, caso *Duberlis Cáceres Ramos*, desarrolla la importancia de dejar atrás los modelos familiares tradicionales para evitar la discriminación que sufren las mujeres por motivos de sexo. Asimismo, el Tribunal Constitucional expresó la necesidad de contar con acciones positivas que combatan la discriminación y promuevan la igualdad sustancial entre los individuos.[159] Además de ello, agrega que estas acciones positivas deben ser necesariamente acompañadas del reconocimiento de la existencia de derechos diferenciados a favor de las mujeres, en razón de las diferencias biológicas existentes en el ámbito reproductivo.

[159] Fundamento 17, Exp. núm. 01272-2017-PA/TC.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

En este sentido, la citada sentencia establece, en su fundamento 16, que: "Este Tribunal considera que, en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar." Asimismo, el fundamento 14 expresa: "Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes".

Por otro lado, la sentencia reivindica el derecho de las mujeres a gozar del permiso por lactancia, por cuanto está implícito en los bienes y derechos protegidos de libre desarrollo de la personalidad, salud del medio familiar y protección a la familia. De esta manera, el Tribunal Constitucional del Perú hace hincapié en la importancia de tutelar este derecho en el ámbito laboral, con motivo de la especial protección reconocida constitucionalmente para las madres trabajadoras.

Por último, la sentencia 01479-2018-AA/TC, caso *Médico víctima de violación*, expresa la necesidad de incorporar una perspectiva de igualdad de género[160] en los ámbitos institucional y privado para lograr una efectiva materialización de las medidas públicas adoptadas para alcanzar una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque es un instrumento ético que legitima las decisiones institucionales.[161] El caso versa sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, por cuanto no se expresan razones suficientes para "no abrir in-

[160] Fundamento 10, Exp. núm. 01272-2017-PA/TC: "La perspectiva de igualdad de género es, pues, una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres."

[161] Fundamento 9, Exp. núm. 01479-2018-PA/TC.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

vestigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en el decurso del trámite de la denuncia interpuesta por la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir".[162]

En esta línea, el Tribunal Constitucional peruano recalca que: "cuando un juzgado o una fiscalía manifiesta una conducta insensible ante la discriminación en contra de las mujeres y ante los distintos tipos de violencia de la que estas pueden ser objeto [...] impide el acceso a la justicia y la reparación del daño a la víctima, genera impunidad, y convierte a la autoridad y a la sociedad en cómplices de la violencia".[163] Por este motivo, concluye el Tribunal, la incorporación de la perspectiva o enfoque de género en el ejercicio de la función fiscal y judicial es indispensable para erradicar la violencia de género.

g) Personas en situación de pobreza y acceso a la educación rural

El caso *Hermanas Cieza Fernández*, sentencia 00853-2015-PA/TC, es un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, debido a que aborda diversos temas en relación con poblaciones vulnerables (particularmente puesto que las demandantes son víctimas de discriminación estructural) y, en especial, porque se trata de la primera sentencia estructural emitida por el mencionado órgano colegiado a lo largo de su historia.

El caso versa sobre dos jóvenes mujeres de 18 y 19 años que se vieron impedidas de estudiar el primer grado de educación secundaria debido a que eran mayores de edad y no les correspondía estudiar en un colegio de educación básica regular, sino en una institución de educación básica alternativa; sin embargo,

[162] Fundamento 6, Exp. núm. 01479-2018-PA/TC.

[163] Fundamento 13, Exp. núm. 01479-2018-PA/TC.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

la institución educativa de este tipo más cercana a las jóvenes Cieza Fernández se encontraba a cuatro horas de distancia del lugar donde vivían. De este modo, el Tribunal consideró que existía una vulneración del derecho a la educación que afectaba de manera especial a las personas en condición de pobreza, pues se debía a una falta de disponibilidad de instituciones educativas y dificultades en el acceso a la educación en zonas rurales de Perú.

Si bien a propósito de este caso también se hizo una declaración de estado de cosas inconstitucional, la innovación de la referida sentencia es que el Tribunal Constitucional peruano emitió una orden al Ministerio de Educación para que diseñe e implemente una serie de políticas destinadas a asegurar el derecho a la educación de las personas en situación de extrema pobreza en zonas rurales, concediendo un plazo hasta el 28 de julio de 2021. De esta forma, siguiendo los pasos de altas cortes de otros países, el Tribunal Constitucional emite con motivo de este caso su primera sentencia estructural mediante la cual, frente a la vulneración generalizada de derechos fundamentales de un grupo considerable de personas, provocada por la omisión de varias instituciones del Estado, el juez o la jueza constitucionales dictan diversas órdenes vinculadas principalmente a la adopción de una serie de políticas públicas.

Por otro lado, las sentencias 03741-2014-PA/TC y 02151-2016-AA/TC recalcan que, en casos de trabajadores en situación de pobreza y vulnerabilidad, es necesario brindar protección reforzada, tal como lo establece el artículo 59 de la Constitución. Asimismo, las mencionadas sentencias agregan, respectivamente, que en casos donde los trabajadores estén en situación de pobreza corresponderá tutelar los derechos mediante un proceso constitucional de amparo, y que cabe la reposición de obreros municipales despedidos arbitrariamente.

2.2.3. Función de orientación

La función de orientación —o de conducción, si se quiere— alude a que los tribunales constitucionales tienen también como tarea socialmente relevante la afirmación de valores constitucionales,

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

muchas veces incluso contra la percepción de las mayorías coyunturales. Asimismo, alude a la tarea de juezas y jueces constitucionales en la consolidación de una identidad ciudadana sobre la base de lo recogido en la Constitución (o que razonablemente se desprenda de ella).[164]

Otra labor que se inscribe en esta función se refiere a la posibilidad de buscar dar respuestas lejanas a la arbitrariedad frente a posiciones claramente irrazonables o evidentemente intransigentes, es decir, de racionalizar los conflictos sociales o políticos. Para el ejercicio de esa función, los tribunales recurren a distintas estrategias, tales como la adopción o construcción de reglas interpretativas que permitan llegar a resultados razonables y predecibles; o la generación de líneas de argumentación a emplearse para resolver asuntos emblemáticos, o para enfrentar casos que, siguiendo una terminología cada vez más utilizada, podemos calificar como difíciles e incluso como trágicos (a lo cual me he referido *supra*).

Como bien puede apreciarse, lo que hoy se requiere de la magistratura constitucional se encuentra cada vez más lejos de la invocada dinámica propia de los denominados legisladores negativos, como fue indicado, siendo en realidad muy discutible que alguna vez haya regido en los hechos a cabalidad, y que no haya sido más bien una especulación teórica llena de coyuntural prudencia política.[165]

Luego de la presentación de estas funciones, y como puede deducirse de lo que acabamos de desarrollar, cabe concluir que actualmente jueces, juezas y tribunales constitucionales no solo se encuentran habilitados para cumplir otras funciones, sino que cada vez se requiere con mayor intensidad su participación, in-

[164] En este último sentido conviene analizar lo señalado en textos como los de Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, p. 66; Stenberg, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; o Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 94 y ss.

[165] Nuestro razonamiento en este sentido se encuentra desarrollado en el aporte que hicimos para García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional,* Lima, Palestra, 2006.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

cluso en tareas que, entre otras consecuencias, redundan o deberían redundar en la generación de un mayor y mejor escenario de integración social. La pregunta que corresponde realizarse se refiere entonces a con qué legitimidad se efectúan estas importantes labores y, sobre todo, si el ejercicio de las mismas admite límites o no.

2.3. Los jueces y juezas constitucionales entre el "quietismo" y el "hiperactivismo"

2.3.1. Sobre activismo, quietismo e hiperactivismo

Con base en lo señalado hasta aquí, es decir, teniendo en cuenta la vocación expansiva de la justicia constitucional y de la vigencia de la Constitución, la cierta discrecionalidad inherente a la interpretación y argumentación jurídico-constitucional, así como los roles o funciones sociales que los tribunales han asumido en todo el mundo, se puede generar la errónea idea de que la magistratura constitucional lo puede todo. Quizás se piense que estamos ante una especie de superórgano legitimado para resolver al margen de la ley en nombre de la Constitución o, incluso, que actúe de manera contraria a lo previsto en dicho texto (o de lo que puede desprenderse de su lectura sistemática y hasta convencionalizada) en nombre de los valores que contiene.

Precisamente porque el escenario recientemente descrito es una posibilidad llena de riesgos cuyas repercusiones no se pueden soslayar, me he propuesto trabajar en lo referido a la determinación de los límites para los tribunales, jueces y juezas constitucionales. Ahora bien, quiero dejar en claro que si bien la labor de la judicatura constitucional debe tener límites claros, que eviten cualquier posible arbitrariedad, también es cierto que dichos órganos tienen un mandato claro: el de hacer cumplir la Constitución, incluso en el supuesto de que los poderes políticos o sociales se opongan a ello (cosa que desafortunadamente no pasa de manera infrecuente, y a la que deben enfrentarse las cortes constitucionales de todo el orbe). El tema de cuáles son los límites exigibles en estos casos no es, pues, una materia sencilla, y es que las magistraturas constitucionales en muchas ocasiones

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

han debido ejercer de manera creativa sus funciones a fin de hacer cumplir la Constitución, siendo leales no solo con sus competencias taxativamente previstas, sino también con los poderes que resultan implícitos al encargo que las comunidades les han encomendado.

Esto, que no es una cosa extravagante, sino más bien regular y generalizada, suele no ser bien recibido por muchos otros actores o instituciones, algunos de los cuales seguramente preferirían que se mantenga el *statu quo*, al margen de lo que la Constitución ya le ha reconocido a los ciudadanos. Debido a ello, se evidencia una tendencia a cuestionar y descalificar toda iniciativa judicial que se aleje de los cánones legalistas, y se habla en este sentido críticamente sobre el "activismo judicial". En este apartado me referiré al menos puntualmente a este asunto.

2.3.1.1. Discusión sobre el significado y los alcances del "activismo"

Muy a despecho de lo ya anotado, es menester indicar que, en realidad, en ciertas ocasiones no parece quedar claro qué significa exactamente "activismo judicial". En efecto, esta expresión se usa a veces con un sentido peyorativo (p. ej., cuando una corte ha invadido supuestamente competencias de otros poderes, o cuando —como en el caso peruano— se hace un uso innecesario o indebido de la llamada "autonomía procesal [constitucional]").[166] En otras ocasiones, se alude a actuaciones que más bien sí son consideradas favorables (*v. gr.,* cuando se modula los efectos de una sentencia —sin que ello esté previsto en la legislación procesal— para evitar una inconstitucionalidad mayor o, en general, cuando se supera limitaciones formales con el objetivo de alcanzar una respuesta realmente compatible con la Constitución).

[166] Y es que en muchos países latinoamericanos se ha malinterpretado un necesario margen de acción en favor de jueces y tribunales constitucionales, como la descrita para el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán por Rodríguez Patrón, Patricia, *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 2003. Se ha confundido con la justificación de un hiperactivismo judicial, que plantea un cuestionamiento a la misma legitimidad y límites a la actuación de jueces y juezas constitucionales.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Asimismo, con esta expresión "activismo judicial" se hace referencia a cosas muy diferentes entre sí, las cuales plantean cuestiones complejas a nivel teórico-constitucional y de legitimidad política. Por ejemplo, se usa esta expresión para calificar la actuación de los jueces cuando van más allá del texto expreso de la ley. También para aludir a supuestos en los que se ha resuelto mediante sentencias atípicas (como es el caso de las sentencias interpretativas propiamente dichas o el de las sentencias manipulativas, pero también de las dialógicas); para referirse a sentencias estructurales (o a sentencias que declaran "estados de cosas inconstitucionales"); así como cuando los tribunales se pronuncian residualmente frente a omisiones constitucionales (es decir, cuando el legislador no ha atendido a un mandato claro de la Constitución y es apremiante llenar ese vacío), por mencionar algunos casos. Todos estos supuestos, qué duda cabe, generan discusiones y diferentes análisis y respuestas a nivel de la teoría constitucional, la teoría de la democracia e incluso en la teoría del derecho.

Al respecto, desde la teoría clásica del derecho constitucional propia del siglo XIX, que partía de una concepción hoy desfasada acerca del valor de la Constitución y de las relaciones entre el poder político y la judicatura (que podrían considerarse relacionadas con lo que antes hemos llamado "constitucionalismo moderno" y legalismo), no se entiende bien ni el actual rol de los tribunales constitucionales ni las modificaciones introducidas en diversas entidades del Estado; sin embargo, a la luz de lo que he venido básicamente describiendo en estos dos primeros capítulos, es claro que parto de una distinta compresión y evaluación acerca de las posibilidades y límites con que cuentan los jueces y juezas constitucionales en el ejercicio de sus funciones.

Precisamente, en este entendido, en el derecho comparado se verifica que diversas magistraturas constitucionales han creado jurisprudencialmente instituciones o construcciones, tales como el amparo donde no estuvo constitucional o legalmente regulado (Argentina), el control difuso de constitucionalidad de las leyes (Estados Unidos), el bloque de constitucionalidad (Francia), las sentencias manipulativas (Italia) o el estado de cosas inconstitucional (Colombia). Estas construcciones, como es bien conocido,

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

han sido posteriormente aceptadas a nivel conceptual y también se han legitimado socialmente, y son entendidas perfectamente como manifestaciones del constitucionalismo contemporáneo, propias del Estado constitucional.

A este tipo de decisiones puede denominárseles "activistas" y, por ende, en el contexto señalado, no me parecen equivocadas; menos aún que merezcan ser descalificadas por entrometidas o excesivas. Sin embargo, es claro que puede haber excesos, y que seguramente estos han existido y existirán. Precisado ello, considero entonces que el "activismo judicial", bien entendido, es una especie de punto medio entre el "quietismo" indolente, complaciente o temeroso, y el "hiperactivismo" arrollador, abusivo y absolutista.

2.3.2. Concepciones o modelos relacionados con el "quietismo"

Tanto el quietismo como el hiperactivismo judicial se pueden enfocar desde tres perspectivas: *a)* la del carácter del juez y de la jueza; *b)* la de la ideología de la magistratura, y *c)* la de la concepción jurídica (téngase presente cómo ya me he referido a la "posición axiomática de la interpretación") de la cual se parte.

Así, con respecto a lo primero, el quietismo puede asociarse, por ejemplo, con temperamentos carentes de virtudes como la valentía o la justicia (y hasta opuestos a ellas). Referente al aspecto ideológico, el quietismo puede considerarse relacionado con concepciones favorables a la conservación del actual orden de cosas, así como con una deferencia hacia quien detente el poder de turno. Pese a que a veces no se note con tanta claridad, el conservadurismo es también una ideología, e implica una visión sobre el mundo y sobre lo justo.

En cuanto a las concepciones, en parte de la mano de lo señalado, el quietismo puede relacionarse con concepciones de derecho legalistas o previas al constitucionalismo contemporáneo, que no se han percatado o no aceptan del todo la constitucionalización del derecho (entendido como ordenamiento), la consolidación de la judicatura constitucional como pieza clave del

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Estado constitucional, o la consolidación de los nuevos roles o funciones que se les ha encomendado a estos órganos.

2.3.3. Concepciones o modelos relacionados con el "hiperactivismo"

Por otra parte, el hiperactivismo más bien se vincula a temperamentos distantes a las virtudes mencionadas, pero esta vez por exceso. Como es sabido, en muchos casos hay jueces y juezas que emiten decisiones abiertamente temerarias y poco acomedidas en materia de impartición de justicia. Las virtudes mencionadas en el apartado anterior, por el contrario, están relacionadas con la moderación, con lo razonable y equilibrado.

En cuanto a la ideología, se tiene que en muchas ocasiones se puede confundir la solución conforme al sistema de valores constitucionales con la militancia política. Al respecto, si bien es cierto que cada magistrado y magistrada ejerce sus funciones sin poder muchas veces desprenderse del todo de una preconcepción del mundo, ello no significa que las labores jurisdiccionales puedan llevarse a cabo únicamente como una manifestación de dicho compromiso, con prescindencia de los elementos y aspectos propiamente jurídicos de cada caso. El juez y la jueza constitucionales no son operadores políticos o alguien que busca imponer sus caprichos o preferencias. Son intérpretes de la Constitución, cuyas disposiciones deben concretizar.

En lo que se refiere a las concepciones jurídicas, es posible que el hiperactivismo judicial tienda a ser relacionado con nociones jurídicas como las que corresponden a la escuela de creación libre del derecho o al realismo estadounidense, por citar solo dos ejemplos. Esto porque es más fácil vincularle con quienes parten de concepciones de jueces "todopoderosos", a partir de comprensiones radicales sobre el papel que juegan las normas-principio en el derecho, en el entendido de que, en nombre de los valores constitucionales, puede lograrse todo, incluso independientemente de las normas vigentes y de las competencias de las autoridades legítimas.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

2.3.4. Saliendo del entrampamiento: caminando hacia una aproximación a un modelo de activismo moderado

Planteado lo anterior, y para superar esta dicotomía, tal vez convenga distinguir ahora —como lo hace, por ejemplo, Manuel Atienza— entre jueces "activos" y "activistas" —o entre activistas e hiperactivistas, en términos de Augusto Mario Morello—. Los primeros, según Atienza, "aceptan los límites del derecho, pero son también conscientes de que los derechos del Estado constitucional son suficientemente complejos como para poner a su disposición muchos recursos y muchas técnicas, que les permiten, casi siempre, encontrar una solución correcta, una solución conforme con los valores del constitucionalismo",[167] mientras que los segundos consideran que el derecho es básicamente "una serie de principios morales que los juristas pueden interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales)" y "promueven la libre creación de derecho por parte de los jueces".[168]

Llegado a este punto de mi reflexión, considero que es un imperativo que surge de la Constitución que los jueces y juezas constitucionales sean "jueces activos" o "activistas", mas no "hiperactivistas" a la hora de defender la Constitución y los derechos (y es en este sentido que voy a entender al "activismo judicial").[169] En esta línea, sea por defecto o por exceso, no son aconsejables —e incluso pueden llegar a encontrarse reñidos con la Constitución— los modelos tanto de jueces quietistas como de jueces hiperactivistas.

Ahora bien, una cuestión que surge y que se debe enfrentar de inmediato es la de cómo hacer posible que un "juez activo" re-

[167] Garza Onofre, Juan Jesús, "Filosofía del derecho y transformación social. Entrevista a Manuel Atienza", *Nexos. El juego de la Suprema Corte,* 4 de diciembre de 2017, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7106*

[168] Atienza, Manuel, "Dos versiones del constitucionalismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 34, 2011, p. 80.

[169] En este sentido, a la actuación exagerada y descontrolada que Atienza denomina "activista" la estoy considerando "hiperactivista". Por cierto, como señalé, he tomado esta expresión de Augusto Mario Morello.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

suelva correctamente, sin trasgredir la Constitución (por exceso o por defecto) y sin perder de vista los criterios de interpretación constitucional (destacando entre ellos el criterio de "corrección funcional").

A ello, que es el centro de esta investigación, se refiere precisamente el siguiente capítulo; sin embargo, y antes de acometer esta labor, corresponde siquiera escribir unas líneas sobre una materia de suyo relevante y que ha merecido muchos y muy calificados estudios: el de la legitimidad del juez o de la jueza constitucionales.

Ahora bien, ya que este no es el tema central del presente trabajo, tan solo voy a presentar algunas líneas claves dentro de lo que se entiende por alcances de la labor de un juez o una jueza constitucionales y, en ese contexto, cuáles serían los límites a ese quehacer, más allá de un *self-restraint*.

Lo anterior, qué duda cabe, demanda decir algunas palabras sobre con base en qué sustento aquello, nuevo o viejo, se quiere delimitar. Vengan entonces algunas especificaciones acerca de la legitimidad del juez y de la jueza constitucionales, como punto de apoyo al tema de los límites a las tareas de esos juzgadores.

2.4. Breves apuntes sobre la legitimidad de los jueces y juezas constitucionales, justificante del alcance de su labor, pero también de sus límites

La pregunta no es nueva, pero no por ello deja de ser especialmente relevante: ¿cómo puede ocurrir que, en una sociedad democrática, la rama del poder con credenciales democráticas que muchos califican más como débiles (la de los jueces, y sobre todo los constitucionales) sea la que tenga la "última palabra institucional" (lo cual implica, entre otras cosas, poder señalar que una ley es inconstitucional, con lo que esto acarrea), y pueda ser quien decide, de manera "final", las controversias públicas más importantes?[170]

[170] Hacemos nuestra aquí, palabras más, palabras menos, la pregunta formulada por Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter*

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Es cierto que las actuales atribuciones de los jueces y juezas, máxime los constitucionales, provienen de un contexto histórico, político y social determinado. También que la evolución existente al respecto, e incluso las críticas hoy planteadas a lo que podríamos llamar modelo predominante, muchas veces no se entienden si no se toma en cuenta el escenario en que se iniciaron o desarrollaron. Gargarella alega que, detrás del razonamiento que inspiró la *judicial review* desde *Marbury vs. Madison*, hay razones que califica como "conservadoras" (no era necesario consultar a la ciudadanía para generar soluciones "correctas") y "elitistas" (no todos tenían la capacidad o la virtud necesaria para tomar "decisiones justas").[171]

Es más, siguiendo una periodificación y posturas, con las cuales no necesariamente voy a coincidir, pero que considero útiles para presentar el tema, Gargarella sugiere que primero nos encontramos, básicamente en el caso estadounidense, con una "tradición conservadora" en defensa de la revisión judicial de las leyes, que cree —imbuida en unos casos de presupuestos elitistas— que las mayorías no tienen cómo guiarse por la razón, sino por los impulsos. En ese contexto, los jueces defienden y hacen efectiva la voluntad popular. Ese sería el parámetro del cual partiría Hamilton y, por su influencia, Marshall en *Marbury vs. Madison*, con la consiguiente crítica de Bickel y muchos otros.[172] Frente a ellos, y bajo el influjo de Thomas Paine, aunque con expresiones muy distintas (algunas con una innegable impronta rousseauniana), se busca restringir la actuación del juez sobre validez constitucional a solo aquello que cuente con apoyo popular, en lo que se ha dado en llamar "tradición (radical) populista".[173]

Posteriormente aparecen lo que Gargarella denomina intentos de morigerar los rasgos más conservadores del control judi-

contramayoritario del poder judicial, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011, p. 17.

171 *Ibidem,* p. 29.

172 *Ibidem,* pp. 35-63.

173 *Ibidem,* pp. 102-122.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

cial de constitucionalidad.[174] Se proponen modificaciones en el modo de actuar del aparato judicial, para así justificar mejor su labor. Se busca, por ejemplo, un acercamiento a sectores considerados desfavorecidos, se promueven los *amicus curiae*, se propicia la incorporación de jueces y jurados legos. En contextos europeos comienza a hablarse de tribunales constitucionales, así como de la implantación de un sistema de designación de jueces por consejos de la magistratura.

Frente a ese estado de cosas habría irrumpido lo que algunos denominan "la tradición (genuinamente) radical". Se reclama que la ciudadanía debe ser consultada si se buscan decisiones políticas imparciales, pero, a la vez, se reconoce e incluso se pone énfasis en que las consultas a la ciudadanía no aseguran necesariamente la imparcialidad de esas decisiones. Los jueces aquí ayudarían a reafirmar o perfeccionar la voluntad popular.[175] Ahora bien, dentro de estos parámetros caben interesantes matices, como los que pueden involucrar, en Estados Unidos, por un lado, la postura de Bruce Ackerman y, por el otro, la de John Ely.

El llamado dualismo de Bruce Ackerman, como apuesta para legitimar el quehacer de un juez o una jueza constitucionales, apunta a que, si bien la Constitución incorpora la voluntad del pueblo que debe ser respetada y corresponde a los jueces y juezas (constitucionales) hacerla respetar, aquello no significa que pueda revertirse cualquier decisión legislativa invocando, sin más, al texto de la Constitución (de allí su conocida expresión contraria al gobierno de "la mano muerta del pasado").[176] En cambio, John Ely asume que la intervención de la magistratura sirve para asegurar el proceso político (donde se identifican y acomodan los valores sustantivos determinados como fundamentales).[177] El

174 *Ibidem,* pp. 125-138.

175 *Ibidem,* pp. 141-190.

176 Ackerman, Bruce, *We the People,* vol. I: *Foundations,* Cambridge, Harvard University Press, 1991.

177 Concuerdo con Gargarella cuando señala que, siguiendo la jurisprudencia de la "Corte Warren", estarían dentro de este rubro aspectos como el de la calificación de electores y formación de distritos electorales; las garantías de los individuos, o un trato igualitario de minorías y grupos desfavorecidos. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno..., cit.,* p. 171.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

juez o la jueza constitucionales, verdaderos árbitros de los procedimientos constitucionales que se desarrollen, en un contexto donde la voluntad mayoritaria es el centro del debate, se encuentran con puntos de vista muy distintos, pero teniendo —eso sí— como punto de partida una base similar para todos.[178]

Una última etapa, cronológicamente hablando, en este escenario de defensores y críticos de la legitimidad de los jueces constitucionales para desempeñar las tareas actualmente a su cargo, la encontramos en alternativas deliberativas, las cuales buscan llevar a que el juzgador no resuelva solo, sobre todo si se está ante normas que pudiesen llegar a desvirtuar lo que algunos denominan la moral pública. Allí les toca a jueces y juezas promover la discusión pública y llegar a la toma de decisiones imparciales en cuestiones de moral pública con respeto a la autonomía de los individuos.[179] En esa dinámica promotora, el juez o la jueza, para legitimar su labor, debería valerse de posibilidades como el reenvío de leyes al congreso, para así propiciar un diálogo de poderes; el fortalecimiento de la vinculación entre jueces y grupos minoritarios (justo en un contexto donde se suele acusar que los jueces no cumplen su papel de proteger a las minorías); y la aprobación de reformas al sistema judicial y a otras instituciones (buscando así, entre otras posibilidades, asegurar mayor representatividad a parlamentos y congresos, promover foros para el debate, etcétera).

Como bien puede apreciarse, este es un tema que está en debate desde hace un buen tiempo, en donde una fundamentación hoy más clásica sobre cómo se legitima la labor de jueces y juezas constitucionales ha llegado a ser en algunos casos cuestionada y en otros matizada, habiendo en los últimos años una tendencia a asumir cierto nivel de participación de otros poderes públicos —e incluso de la sociedad civil— en el proceso de la configuración de las decisiones jurisdiccionales de un juez o una jueza constitucionales, sin que ello signifique, por cierto, la pérdida de

178 Ely, John Hart, *Democracy and Distrust,* Cambridge, Harvard University Press, 1981.

179 En esta línea de pensamiento se inscribe, por ejemplo, Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno..., cit.,* pp. 193 y ss.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

la independencia de estos juzgadores y juzgadoras en su quehacer funcional. Permítaseme entonces hacer algunas precisiones al respecto.

Conocidos son los argumentos esgrimidos desde *Marbury vs. Madison* para defender los alcances y la legitimidad de esta labor jurisdiccional. Y es que la declaración de la inconstitucionalidad de una ley o la corrección de una política pública no implican una superioridad jerárquica de los jueces constitucionales, sino un ejercicio de las competencias que les son propias: cumplir y hacer cumplir la supremacía de la Constitución, la cual recoge a su vez la voluntad soberana del pueblo. Si los legisladores y legisladoras, o cualquier otra autoridad o persona se oponen a esa voluntad, es allí donde actúan los jueces.

Conocidas son también las posturas sobre el carácter contramayoritario de la labor del juez o de la jueza que defiende o tutela derechos, sobre todo si en puridad venimos hablando de un juez o una jueza constitucionales. Ahora bien, indudablemente también hay argumentos que, en defensa de la consolidación de esa no siempre sencilla —pero hoy indispensable— articulación entre constitucionalismo y democracia, legitiman la tarea asumida por quien, a veces yendo contra la voluntad coyuntural de la mayoría, debe proteger los derechos o las competencias constitucional o convencionalmente establecidas.[180]

Y es que, sobre todo con el actual mayor énfasis en el reconocimiento y tutela de derechos como objetivo central de la Constitución y el Estado constitucional, deberá considerarse además que al juez o jueza constitucionales ya no les corresponde únicamente proteger la voluntad general, sino también garantizar la mejor tutela de los derechos de las minorías, gracias precisamente a la imparcialidad del razonamiento jurisdiccional.

[180] Coincido entonces con Salazar Ugarte, Pedro, *Política y derecho (derechos y garantías). Cinco ensayos latinoamericanos,* México, Fontamara, 2011. Se habla de que aquí habría una dinámica elitista en esta labor. Sin duda habría elitismo si este concepto no se entiende como lo hace Schumpeter, cuya comprensión de elitismo apunta a la exclusión de importantes e incluso mayoritarios sectores sociales. Por ende, quizás antes de hablar de élites en esta materia, creo que hoy más debe pensarse que estamos ante un tema competencial y de especialización, el cual expondré después.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

En ese contexto, mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional y, con más detalle, de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aun cuando el tema no está exento de polémica, en líneas generales, como aquí se ha dicho, debe reconocerse que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solo el quehacer jurídico, sino también el político, el económico, el social y el cultural. La interpretación de dicha Constitución busca tutelar la voluntad general y, sobre todo, otorgar una mejor protección de los derechos (especialmente los de las minorías), garantizando a través de una limitación del poder, la cual se traduce en la distribución de funciones y mecanismos de control a sus funciones.

El juez y la jueza constitucionales se legitiman en esa delicada labor en función de que asumen y justifican sus competencias en parámetros establecidos conforme a derecho (y dentro de ellos, se sustenta en la imparcialidad que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional). Por ende, desarrollan sus tareas con base en su conocimiento del derecho y de lo jurídico, que es precisamente lo que deben aplicar; sin embargo, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

El juez y la jueza constitucionales tienen entonces cómo justificar la legitimidad de sus funciones. Ahora bien, ¿esos jueces o juezas constitucionales estarían más legitimados si en el desarrollo de alguno o en todos sus casos no solamente contasen con niveles de participación de otros actores sociales, sino que incluso esos actores pudiesen participar en una dinámica dialógica? Cuando vayamos al capítulo de este texto donde se aborda el tema de los límites al quehacer del juez constitucional desarrollaré algunas reflexiones sobre esta interesante alternativa, pensando en términos de mayor legitimidad de la labor asumida, pero también hablaré sobre algunas prevenciones que considero deben tomarse al respecto.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Capítulo 3
Límites y retos de la jurisdicción constitucional

3.1. Tensiones y condicionamientos para la jurisdicción constitucional

3.1.1. Jurisdicción constitucional y democracia

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

Ahora bien, frente a esta posición, referida a la "objeción contramayoritaria", la cual discute sobre en quién debe recaer la "úl-

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

[6] Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del 'coto vedado'", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 6, 1989, pp. 209 y ss.

[7] Ferrajoli, Luigi, "La esfera de lo indecidible y la división de poderes", *Estudios constitucionales*, año VI, núm. 1, 2008, pp. 337 y ss.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

En este sentido, John Hart Ely ha anotado que

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

3.1.2. Jurisdicción constitucional y corrección funcional

3.1.2.1. Multiplicidad de intérpretes y judicatura constitucional

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

---

17 *Ibidem*, p. 155.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

fuera del entorno del llamado "constitucionalismo del *Commonwealth*").

3.1.2.2. Jurisdicción constitucional y política

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

De ahí la necesidad e importancia de ubicar al juez o a la jueza constitucionales dentro de la naturaleza de las funciones que les han sido confiadas, que es, en primer lugar, la jurisdiccional que hoy se ejerce en el marco de los roles o funciones sociales que ha ido adquiriendo el quehacer de dichos juzgadores y juzgadoras. Será teniendo en cuenta esto que podrá 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, mismo que ahora suele materializarse en sede jurisdiccional; sin embargo, todavía existe un debate acerca de si esta labor contralora puede abarcar a todas las actuaciones efectuadas por reparticiones gubernamentales o parlamentarias; e incluso, luego de especificados los actos susceptibles de revisión en sede jurisdiccional, aún queda pendiente la discusión sobre con base en qué parámetros pueden ejercerse las tareas de control a asumir. Conviene entonces efectuar un análisis al respecto.

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

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

[25] Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces constitucionales", *Pensamiento Constitucional,* Lima, núm. 12, 2007, p. 505.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

den ser: *a)* errores de exclusión de derecho fundamental; *b)* errores en la delimitación del derecho fundamental, y *c)* errores en la aplicación del principio de proporcionalidad), y

4) los problemas de prueba también corresponden ser analizados y valorados por los jueces y juezas ordinarios, si bien en el ámbito de la judicatura constitucional pueden ser cuestionados asuntos vinculados con el ejercicio del derecho a la prueba o con los límites a la actividad probatoria.[28]

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

3.1.2.4. Jurisdicción constitucional y otros organismos constitucionales

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

---

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Y también, sobre el hasta hace poco existente Consejo Nacional de la Magistratura de Perú, vale la pena mencionar que la actual composición del referido Tribunal, al emitir sus dos primeras resoluciones como órgano colegiado, dejó sin efectos algunas resoluciones (denominadas sentencias, pero que en rigor eran autos en sentido material dentro de la búsqueda de la ejecución de sentencias ya pronunciadas) emitidas por la anterior composición del Tribunal (en los casos *Mateo Castañeda Segovia* y *César Hinostroza Pariachi*). Ello en mérito de que en esas resoluciones se le ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura, ni más ni menos, que nombrara a los demandantes como fiscales supremos, lo cual es una competencia exclusiva y excluyente del Consejo por mandato expreso de las disposiciones entonces vigentes contenidas en la Constitución peruana de 1993.[32]

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

mos formalmente establecidos para ello) del texto de 1993, señalará en el caso *Jacobo Romero Quispe* que la no ratificación de un juez o fiscal no impide al no ratificado postular y volver a ingresar a estas instituciones. Sin embargo, mención aparte merece lo resuelto en lo referido al tema de la motivación de las resoluciones de ratificación. Allí, luego de una a todas luces errónea comprensión que 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 dación del Código Procesal Constitucional (caso *Juan de Dios Lara Contreras*). Es pues el Tribunal Constitucional peruano quien le va a señalar al Consejo cómo y a quién ratificar y, además, se reserva el derecho de revisar lo prescrito por el Consejo al respecto, si considera que lo hecho no se acomoda a los parámetros que este Alto Tribunal ya hubiese fijado, de acuerdo, claro está, con lo dispuesto en el texto constitucional o conforme a lo que se desprende de él.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

3.2. Sistematización y concreción de algunos límites: un planteamiento

3.2.1. Consideraciones generales

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

3.2.2. La insuficiencia de la autorrestricción como límite

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

3.2.3. Límites intrínsecos

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

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

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

[36] *Idem.*

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

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

43 *Ibidem,* p. 203.

44 *Ibidem,* p. 204.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

46 *Ibidem*, p. 46.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

---

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

Ahora bien, esta sujeción de los jueces a lo argumentado y probado por las partes no significa que estos deban hacer las veces de "árbitros neutros" frente a las partes, una especie de "invitados de piedra" sin participación o intervención trascendente en el proceso, lo cual es especialmente claro en el caso de los jueces y juezas constitucionales. Así, y sobre todo en determinados contextos de precariedad institucional y desidia de los poderes públicos, se justifican ciertas formas de activismo judicial[66] que pueden ser consideradas imparciales, pero no neutras.

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

con otras palabras, el cierto "protagonismo" que pueden haber adquirido estos en el marco del constitucionalismo contemporáneo[69] (y al cual me he referido), no puede ni debe hacernos perder de vista conceptos también centrales para el constitucionalismo, como el de la limitación del poder, traducido en asignación de competencias (exclusivas o concurrentes) a cada quien, para así asegurar el fin último de toda la estructura política y social que se busca promover: la plena vigencia de los derechos ciudadanos. De esta forma, al juez o jueza constitucionales no les toca ni les corresponde hacerlo todo: de lo contrario, su autoridad, ideada y fortalecida para enfrentar a los déspotas o los dictadores, probablemente terminaría convirtiéndose en una nueva versión de estos.

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

puesta sobre lo "verdaderamente constitucional" para todos los casos, incluso aquellos polémicos o inciertos.[72]

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

3.2.4. Límites extrínsecos o dinámicos

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

Como fue adelantado, las "teorías estándar" de la argumentación jurídica (entre las cuales se encuentran, p. ej., los planteamientos de Robert Alexy,[74] Neil MacCormick,[75] Aulis Aarnio[76] o Manuel Atienza)[77] suelen distinguir muchas veces entre "casos fáciles" y "casos difíciles".[78] Esta distinción es sin duda muy importante al momento de establecer cuál es el estándar de justificación o de motivación que les corresponde brindar a los jueces constitucionales cuando tienen que enfrentarse a ellos y resolverlos.

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

---

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

---

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

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

82 Vega, Jesús, *op. cit.*, p. 134.

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

84 Vega, Jesús, *op. cit.,* p. 139.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

86 *Ibidem,* p. 129.

87 *Ibidem,* p. 142.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

Así, por ejemplo, si el Estado peruano ha sido configurado como uno republicano, democrático, unitario y descentralizado, en modo alguno, vía interpretación constitucional, podrían proponerse —y menos aún imponerse— iniciativas de corte 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 debate que toda interpretación constitucional debe tener claro en el marco de qué tipo de Estado se está manejando y, por tanto, los márgenes dentro de los cuales debe llevar a cabo su esfuerzo interpretativo.

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

[90] En el sentido expuesto en el cap. 1.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

---

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

3.3. Algunos retos a la labor de los diferentes jueces y juezas constitucionales

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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 ejecutadas por el juez o la jueza de ejecución de primer grado, sin necesidad de que conozca la Sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

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

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Conclusiones

1. El cambio del concepto de Constitución ha tenido sin duda importantísimas consecuencias. Hoy, la Constitución es considerada una norma jurídica (o un conjunto normativo) cuyo fin último es asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos nosotros. Para ello establece pautas de configuración del poder y diversos tipos de disposiciones, cuya vigencia busca asegurar. Es tanta la expansión del concepto que algún calificado sector de la doctrina considera que el mismo se encuentra al borde de su desnaturalización.[1]

2. La Constitución, además, es concebida como el punto de partida de una serie de fenómenos (como son la constitucionalización tanto del derecho como de la política, desde una comprensión convencionalizada de la Constitución). Asimismo, se entiende que la irradiación de los efectos de la Constitución en la sociedad y a través de las diversas ramas del derecho implica manejarse con criterios y pautas que coadyuven con las magistraturas para realizar su labor de garantizar una eficiente interpretación conforme a la Constitución, así como un eficaz control de constitucionalidad. En este sentido, cobran importancia y protagonismo, por ejemplo, la interpretación y la argumentación constitucionales.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

3. En el contexto que indicamos, ha variado el sentido de lo que ahora se entiende por constitucionalismo. Así, con independencia de los matices que pudieran existir al respecto, actualmente nos encontramos con aquello que podemos calificar como "constitucionalismo contemporáneo" (distinto del "constitucionalismo moderno" o fundacional, que surge a fines del siglo XVIII) y que precisamente se caracteriza por apostar por que la Constitución impregne con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho, así como toda la vida social, política, económica o cultural en un Estado o una sociedad en particular. Al respecto, si bien la fuerza jurídica de la Constitución y su irradiación se dio más tempranamente en Estados Unidos (siendo emblemático el caso *Marbury vs. Madison*), en Europa continental —tradición a la cual, respecto a este punto, América Latina se encuentra más próxima— ocurrieron diversos acontecimientos que vale la pena destacar, y que son un síntoma o manifestación de este nuevo tipo de constitucionalismo: tal es el caso del empleo de la llamada "fórmula de Radbruch" (conforme a la cual el derecho extremadamente injusto no debe ser considerado como derecho válido), la defensa de la conexión entre derecho y moral, la distinción entre normas-reglas y normas-principios, la apelación a normas *ius cogens* (p. ej., como ocurrió, con los Procesos de Núremberg), entre algunas de las cuestiones más relevantes.

4. No obstante lo anterior, resulta importante resaltar que existen dos versiones o concepciones distintas sobre el constitucionalismo contemporáneo a las cuales nos hemos referido: por un lado tenemos el "constitucionalismo positivista" o "garantista" (que en lo esencial parte de un modelo descriptivo de la Constitución, que no concibe una diferencia cualitativa entre interpretar la ley y la Constitución, y sostiene la existencia de una conexión contingente entre derecho y moral) y, por el otro, el "constitucionalismo no-positivista" o "pospositivista" (que, a su vez, se basa en un modelo axiológico de la Constitución, postula que existe una diferencia cualitativa entre la interpretación constitucional y la interpre-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

5. Por mi parte, aunque con algunos matices y previsiones, he anotado que me encuentro más próximo a la concepción pospositivista de constitucionalismo, en la medida en que considero que el derecho (o mejor aún, "decir el derecho") significa e implica mucho más que adscribir significados a textos jurídicos, sino que —en el marco de un ordenamiento constitucionalizado— adicionalmente conlleva resolver conforme a los valores y principios constitucionales.[2]

6. Además, constatamos que en buena parte de Estados europeos la "fisonomía jurisdiccional" de las entidades encargadas de efectuar interpretación vinculante de la Constitución se fue modificando con la promulgación de nuevas constituciones y con la creación de instituciones que ha convenido en denominar magistraturas constitucionales (básicamente tribunales y cortes constitucionales), las cuales han terminado por asumir la labor de interpretación y control de la constitucionalidad (las cuales también hacen efectivos los alcances normativos y vinculantes de la Constitución, en el marco ya indicado del "constitucionalismo contemporáneo"). En ese sentido, por cierto, se difunde y consolida un modelo de control constitucional de carácter eminentemente jurisdiccional, frente a otros tipos o modos de control, de carácter político, por ejemplo. En este contexto de expansión y consolidación de cortes o tribunales constitucionales se entiende de mejor modo el reciente protagonismo de los

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

7. Todas estas modificaciones mencionadas en los puntos anteriores (en lo esencial: cambios tanto en la comprensión del derecho como en los alcances del constitucionalismo), junto con otros factores, han llevado a que se reformule el rol y los alcances de la labor de los jueces y las juezas constitucionales, quienes actualmente son los principales impulsores de la constitucionalización del derecho y la constitucionalización de la política.[3] También les corresponde un rol central frente a la convencionalización del derecho.

8. Además de lo anotado, les corresponden labores de integración social (cohesión, inclusión, prevención, reconciliación), mediación y orientación, solo por destacar algunas de las responsabilidades más importantes que ahora tienen a su cargo. De esta manera, las cortes o tribunales constitucionales no son tan solo actores jurídicos, sino también, sin duda, actores sociales importantes.

9. El desarrollo de estos nuevos roles ha llevado también a que los jueces constitucionales cuenten hoy con una serie de alternativas para su actuación a nivel técnico, las cuales no siempre son aceptadas por todos. Y es que si alguna vez rigió aquello del "legislador negativo" (en relación con lo que le toca hacer a tribunales y cortes constitucionales), actualmente estamos en las antípodas de esa posibilidad. En efecto: procesos de tutela de derechos fundamentales, sentencias interpretativas, sentencias estructurales, inconstitucionalidades por omisión y un

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

10. Hoy, como bien indica Manuel Aragón Reyes,[4] cabe sostener que Constitución y justicia constitucional, por lo menos en un Estado constitucional, son realidades inseparables. Y es que cuando las constituciones, primero en Estados Unidos y luego en Europa, fueron desplegando la potencialidad propia de sus postulaciones, se hizo presente que solamente concibiendo a la Constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficiencia a esa supremacía jurídica, esta podría regir efectivamente la vida de una comunidad.[5]

11. En la misma línea de lo planteado por Aragón,[6] si se asume que no hay en rigor derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento, donde existe una verdadera Constitución (Constitución normativa en términos de Loewenstein), jueces y juezas controlan la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento y de los actos que en su aplicación se realizan, y la justicia constitucional deviene en la aplicación jurisdiccional (en clave de concretización, añadiría, siguiendo a Hesse) de la Constitución.

12. En este escenario, los jueces y las juezas constitucionales cuentan con un margen interpretativo que, sin duda, ha rebasado los márgenes asignados a una interpretación jurídica más tradicional. Lo expuesto redunda en una judicatura constitucional muy activa y dotada de variados recursos para desarrollar una línea activista (bien entendida, como punto medio entre el "quietismo" indolente, complaciente o temeroso, y el "hiperactivismo" arrollador, abusivo y absolutista). Ahora, pese a encontrarse plenamente justificado lo anterior, también es cierto que este radical cambio de escenario, de todas maneras, genera más de una preocupación (en especial si no están

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

[5] *Idem.*

[6] *Ibidem,* p. 14.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

13. Sin duda alguna, jueces y juezas constitucionales pueden y deben pronunciarse sobre materia política, económica o de otra índole. Tomar en cuenta las consecuencias de ese tipo es comprensible, pero aquello no debe perder de vista que las decisiones de estos juzgadores y juzgadoras siempre tendrán que sustentarse en razones jurídicas. Les toca interpretar la Constitución y efectuar la interpretación constitucional de la ley y el resto del ordenamiento jurídico y de las manifestaciones de la vida humana con relevancia jurídica.

14. Además, conviene tener presente que la subordinación de la actuación estatal y de las relaciones entre particulares a la vigencia de los contenidos de la Constitución, así como la institucionalización de la magistratura constitucional, permiten identificar distintas tendencias en el derecho constitucional comparado en relación con la interpretación "conforme con la Constitución" y con el control judicial de constitucionalidad. Entre estas tenemos: *i)* la derrota de los mecanismos de control sin naturaleza o fisonomía jurisdiccional; *ii)* la derrota del "legislador negativo" y la consolidación del juez o jueza constitucionales como mediadores jurídicos; *iii)* el juez o jueza constitucionales como promotores de la constitucionalización del derecho y de la política, y *iv)* la especialización de la jurisdicción constitucional.

15. Indudablemente, múltiples observaciones podrían plantearse ante este nuevo estado de cosas. Las especiales características del texto constitucional, a nivel de su origen, su rol, su contenido y la naturaleza de las disposiciones que contiene, marcan sin duda los alcances que se pueden hacer. Luego de ello, y si de asumir una tarea jurisdiccional se trata, en primer lugar cabría preguntarse por la pertinencia, necesidad e idoneidad de recurrir al espacio jurisdiccional para abordar estos temas. En segundo término, convendría interrogarse respecto a la legitimidad con la que cuenta el juez o jueza constitucionales para

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

16. No debe entonces perderse de vista que, en la misma línea de lo planteado por calificados autores,[7] la interpretación de la Constitución, dado el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus disposiciones, reclama una recreación y adaptación de la norma a nuevas circunstancias. Ello también tiene un límite, derivado del significado que sus términos (o lo que refiere de ellos o de su interpretación sistemática o convencionalizada) tienen. Por otro lado, en la interpretación constitucional, por ejemplo, de la ley, no debe soslayarse que esa capacidad de comprender la ley conforme a la Constitución no debe desconocer o distorsionar lo que la primera dice.

17. En cualquier caso, resulta pertinente observar que en este trabajo se rescata la importancia del espacio jurisdiccional como lugar para la interpretación vinculante de la Constitución y para el control de constitucionalidad. Eso sí, con ciertas prevenciones: no todo puede ser directamente tutelado en sede jurisdiccional, ni necesariamente comprendido bajo parámetros jurídicos en principio; sin embargo, también es cierto que existen asuntos que reclaman tutela jurisdiccional directa y hasta urgente; y materias donde la alternativa de acudir ante un juez o una jueza queda como una posibilidad (y hasta como una exigencia) o deviene en un último recurso. Ello muy a despecho de la mayor o menor eficacia que esa alternativa tenga en algún caso particular.

18. La labor interpretativa, así como su resultado, tienen estrecha relación con la posición que asume el juez y jueza constitucionales frente al fenómeno de lo jurídico, en general, y de la norma o normas jurídicas objeto de análisis, en particular. La identificación de los rasgos característicos de las normas constitucionales y su vigencia efectiva adquirida en las últimas décadas requiere contar con un

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

19. Ello, sin duda, no siempre generará consensos. Así, por citar algunos casos, aun cuando se puede constatar un actual acercamiento de los "viejos modelos" (difuso y concentrado), se pueden encontrar discrepancias sobre el efecto de los tribunales supranacionales en la labor de la jurisdicción constitucional de cada Estado, la adhesión o el rechazo al uso de pautas como las sentencias interpretativas, las sentencias piloto o las sentencias estructurales.

20. Por ende, se entiende por qué el tema de la legitimidad del juez o jueza constitucionales es tan crucial como polémico. Es más, a lo largo de los años ha habido justificaciones y críticas de lo más diversas (p. ej., a la posibilidad de controlar a órganos elegidos populares por quienes no han tenido ese tipo de elección, o a la facultad de "gobernar" de los jueces y juezas en función de su capacidad de controlar a otros funcionarios). Sin ser una materia central en el presente trabajo, sí se trata de un asunto de enorme importancia y muy vinculado a aquello que aquí me propuse abordar. Considero, luego de esas anotaciones, las cuales desconocen los verdaderos alcances de la democracia (constitucional) y su verdadera compatibilidad entre democracia y jurisdicción constitucional,[8] que además existe sustento para asumir que el juez y la jueza constitucionales hoy se encuentran legitimados en su labor. Ahora bien, sugiero también que podría explorarse cómo enriquecer esa legitimidad apuntalando para ello el uso de dinámicas deliberativas.

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

21. La materia en la cual he centrado mi atención después de reseñar los actuales alcances de la labor de jueces y juezas constitucionales se encuentra relacionada con los límites a su quehacer y a los riesgos que estas limitaciones pueden generar. Ahora bien, para fijar una postura al respecto, conviene tener en cuenta la especial influencia que pueden tener ciertas dinámicas, las cuales, por cierto, encuentran matices en función del lugar, la coyuntura o el tiempo en que se pide actuar al juez o jueza constitucionales (su relación con la judicatura ordinaria, su vinculación con otros organismos constitucionalmente autónomos, etcétera).

22. Lo primero por precisar es que apostar por la autorrestricción como límite para la judicatura constitucional es impreciso, cuando no inocuo. Impreciso en la medida en que no basta con recomendar la inactividad o la contención, sino más bien se hace necesario contar con criterios relativos que, permitiendo la defensa efectiva de la Constitución, no impliquen excesos o la vulneración —o amenaza de vulneración— de bienes constitucionales valiosos. Inocuo, pues es un límite insuficiente, e incluso puede ser puesta en duda su condición de verdadero límite, pues no parece cumplir con serlo la sola[9] "buena voluntad" de autocontención por parte de las cortes constitucionales.

23. Luego de tomar en cuenta los factores descritos, he intentado hacer una presentación de aquellos límites que he considerado que pueden predicarse del actual quehacer de un juez o jueza constitucionales. Estas limitaciones, por cierto, van más allá de la ya mencionada *self-restraint,* o también del respeto hacia aquello que los juzgadores y juzgadoras deben asumir como parámetro que encuadra su labor: el texto mismo de la Constitución, su lectura sistemática, su comprensión convencionalizada y lo que pueda inferirse de todo ello.[9]

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

24. Por todo lo anotado, hemos explicitado y desarrollado algunos importantes límites que encontramos a la labor de juez o jueza constitucionales. Estos límites pueden clasificarse en: *1)* intrínsecos, y *2)* extrínsecos. Los primeros, a su vez, pueden subclasificarse en: *1.1)* relacionados con su carácter de autoridad, y *1.2)* relacionados específicamente con la función jurisdiccional de un juez o una jueza constitucionales. A los segundos es posible clasificarlos en límites: *2.1)* en función de la naturaleza de las situaciones que resuelven, los cuales pueden ser casos fáciles, difíciles y trágicos, y *2.2)* en función de sus roles y legitimidad político-democrática.

25. Siendo así, el juez o jueza constitucionales no pueden ni deben olvidar los límites que se deducen de su condición de autoridad, que tienen el deber institucional de cumplir y hacer cumplir el derecho. Asimismo, de su carácter de autoridad se extrae el hecho de que, cuando menos en su actuación, deben respetar criterios de racionalidad (lógica, sensatez), de razonabilidad (proscripción de la arbitrariedad) y de corrección funcional (desarrollo de las competencias propias y de las que se desprendan o infieran de ellas).

26. Por otra parte, no se trata de cualquier autoridad, sino que tienen la específica condición de autoridades jurisdiccionales, de lo cual se desprenden atribuciones y restricciones particulares. Al respecto, como consecuencia de la naturaleza jurisdiccional de la labor que desempeñan, puede afirmarse que estamos ante una forma de control jurídica (aunque con los matices que acarrea tratar con una norma con tantas peculiaridades como la Cons-

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

titución), y que requiere de un ejercicio moderado y prudente de sus funciones.

27. Por otra parte, lo que es objeto de análisis y solución por parte de los jueces y juezas constitucionales también puede estar relacionado con algunos límites asociados al tipo de disposición que se debe interpretar (concretizar) y al tipo de situaciones que conocen en sede jurisdiccional (las que, conforme a una conocida clasificación, permiten distinguir entre casos fáciles, casos difíciles y hasta trágicos). Al respecto, tenemos que mientras más se distancie un caso de ser "fácil", el juez o jueza constitucionales tendrán un mayor margen de acción discrecional, lo cual ciertamente no significa que tengan total libertad para decidir con base en su subjetividad o sus propias convicciones, si estas no coinciden con los parámetros constitucional o convencionalmente vigentes.

28. La relevancia del parámetro convencional o constitucionalmente convencionalizado hoy es vital, aunque, por cierto, con alcances muy diferentes. Y es que, por un lado, la convencionalización del derecho y los derechos sin duda enriquece los contenidos que puede apuntalar la interpretación hecha por el juez y jueza constitucionales, pero, por el otro, también opera como límite al quehacer de los mismos.

29. En todo caso, dentro de una dinámica de cambios que involucran buscar legitimar y delimitar mejor las tareas de los jueces y juezas constitucionales, ha sido necesario explicar cómo su labor puede verse fortalecida o, mejor aún, legitimada social o democráticamente, en la medida en que puede articularse con opciones deliberativas o dialógicas (es decir, con aquellas que promueven un diálogo inclusivo entre los diversos actores involucrados en los casos, tanto las víctimas como los responsables de alguna violación o amenaza, provengan de entes estatales, e incluso la sociedad civil). Es más, bien podría afirmarse que la falta de legitimación, sobre todo en ciertos casos, puede constituir una violación para el quehacer de los tribunales, jueces y juezas constitucionales.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

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

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Bibliografía

Aarnio, Aulis; Atienza, Manuel y Laporta, Francisco Javier, *Bases teóricas de la interpretación jurídica,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación,* México, Fontamara, 1995.

Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable,* Madrid, CEC, 1991.

Ackerman, Bruce, *We the People,* vol. I: *Foundations,* Cambridge, Harvard University Press, 1991.

Aguiló Regla, Josep, "Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad", *Revista Jurídica de les Illes Balears,* Islas Baleares, núm. 10, 2012.

Aguiló Regla, Josep, "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional,* Madrid, Trotta, 2010.

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

Ahumada, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa,* Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2005.

Ahumada, Marian, "Alternativas a la *'judicial review'* y variedades de *'judicial review'*", *Themis. Revista de Derecho,* Lisboa, año VI, núm. 10, 2005.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual,* Barcelona, Ariel, 1998.

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

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, CEPC, 2008.

Alexy, Robert, "Entrevista por Manuel Atienza", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 24, 2001.

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho,* Barcelona, Gedisa, 1997.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2007.

Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional,* Madrid, Trotta, 2015.

Aragón Reyes, Manuel, "El futuro de la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* vol. 23, 2019.

Aragón Reyes, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: 'neoconstitucionalismo', 'garantismo' y 'aplicación judicial de la Constitución'", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 28, 2013.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002.

Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad,* Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia,* Madrid, Tecnos, 1989.

Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1986.

Astudillo, César (coord.), *El desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. El dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir,* México, Tirant lo Blanch, 2019.

Astudillo, César, *Los poderes instructores del juez constitucional,* 2018, *https://goo.gl/Sm ERYC*

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* 2012, *http://libros/libro.htm?/=3825*

Astudillo, César, "El sistema mexicano de justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, julio-diciembre de 2003.

Atienza, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en Peña, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales,* Madrid, Marcial Pons, 2019.

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

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Lima, Palestra, 2014.

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica,* Madrid, Trotta, 2013.

Atienza, Manuel, "Dos versiones del constitucionalismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 34, 2011.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación: sobre los casos trágicos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 6, abril de 1999.

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

Bagni, Silvia (coord.), *Justicia constitucional comparada,* México, Porrúa, 2014.

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

Bazán, Víctor, "La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*", Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Bogotá, núm. 5, 2015.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2003.

Bickel, Alexander, *The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics,* Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1978.

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

Biglino Campos, Paloma, "El acceso individual ante los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad en Europa", en *El acceso individual a la justicia constitucional en América Latina,* Lima, Tribunal Constitucional-Comisión de Venecia-Consejo de Europa, 2013.

Biglino Campos, Paloma, "Elogio a Don Francisco Rubio Llorente (Homenaje por su incorporación como Doctor *Honoris Causa* en la Universidad de Valladolid)", *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* año X, núm. 20, julio-diciembre de 2013.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Biglino Campos, Paloma, "De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 97, julio-septiembre de 1997.

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

Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, *BOE*-CEPC, 1997.

Bilbao Ubillos, Juan María, "La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una versión de conjunto", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 21, 2017.

Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia,* México, FCE, 1986.

Brewer-Carías, Allan, *El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional,* Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

Brewer-Carías, Allan, *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional,* Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 2011, col. Tratado de Derecho Constitucional, t. XII.

Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,* México, UNAM, 1966.

Cappelletti, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, año VI, núm. 17, 1966.

Carbonell, Miguel, "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional,* Madrid, Trotta, 2010.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Carbonell, Miguel, "*Marbury vs. Madison:* en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2006.

Carnota, Walter, "La interpretación constitucional", *Curso de Derecho Constitucional,* Tucumán, La Ley, 2001.

Carpizo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites,* Lima, Grijley-Palestra, 2009.

Castillo Calle, Manuel Arnaldo, "El control de convencionalidad: criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Gaceta Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, núm. 71, noviembre de 2013.

Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad,* Buenos Aires, Universidad Austral-Ábaco de Rodolfo-Depalma, 2004.

Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* México, núm. 16, 2002.

Comanducci, Paolo, "Modelos e Interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Corzo, Edgar, "*El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México",* México, 2013, *http://biblio.juridicas.unam.mx*

Corzo, Edgar y Vega, Juan (eds.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2002.

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

Cuono, Massimo, "Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo", *Eunomía. Revis-*

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ta en Cultura de la Legalidad, núm. 3, septiembre de 2012-febrero de 2013.

Delgado del Rincón, Luis, "La responsabilidad civil de los magistrados del Tribunal Constitucional en tela de juicio", *Teoría y Realidad Constitucional,* México, núm. 34, 2014.

Díaz Revorio, Francisco Javier y Rebato Peña, María Elena (dirs.), *Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución,* México, Ubijus, 2014.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *La "Constitución abierta" y su interpretación,* Lima, Palestra, 2004.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional,* Lima, Palestra, 2003.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional,* Madrid, CEC, 1997.

Durán, J., *Conflicto y diálogo en Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2013.

Durán, J., "El control de constitucionalidad en materia no competencial", *La Constitución económica,* Madrid, CEPC, 2012.

Durán, J., "Resolución política de las actuaciones territoriales planteadas ante el Tribunal Constitucional", en Matía, Francisco Javier (coord.), *Pluralidad territorial: nuevos derechos y garantías,* Granada, Comares, 2012.

Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Barcelona, Ariel, 1970.

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

Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle,* Massachusetts, Harvard University Press, 1985.

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

Ely, John Hart, *Democracy and Distrust,* Cambridge, Harvard University Press, 1981.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico", *Gaceta Constitucional,* Lima, Gaceta Jurídica, núm. 123, marzo de 2018.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *En defensa de la Constitución,* Lima, Gaceta Jurídica, 2018.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Cuando el juez(a) constitucional latinoamericano(a) olvida su labor de convencionalización del derecho: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina", *Ius et veritas*, núm. 54, julio de 2017.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "¿Son los jueces y los tribunales constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?", *Derecho constitucional contemporáneo. Libro homenaje a Rubén Hernández Valle,* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2015.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXI, 2015.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones", *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 18, 2013.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso,* Lima, Ara, 2003.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como 'políticos' o 'de direccionalidad política', *Revista Jurídica del Perú,* año XLVIII, núm. 14, enero-marzo de 1998.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "La existencia de un Tribunal Constitucional: ¿garantía para la eficacia del control de constitucionalidad? Reflexiones a la luz de la experiencia peruana hasta 1992", en AA. VV., *Desafíos del control de constitucionalidad,* Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado,* Lima, Palestra, 2004, Serie Derechos y Garantías, núm. 13.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy *et al.* (coords.), *Tutela de derechos en sede jurisdiccional,* Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú-Consejo General del Poder Judicial de España-Universidad de Jaén, 2012.

Favoreu, Louis Joseph, "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 12, núm. 1, agosto de 2001.

Favoreu, Louis Joseph, "Constitucional Review in Europe", en Henkin, Louis y Rosenthal, Albert (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad,* Nueva York, Columbia University Press, 1990.

Favoreu, Louis Joseph, *Los tribunales constitucionales,* Barcelona, Ariel, 1994.

Favoreu, Louis Joseph y Jolowicz, John-Anthony (eds.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développement récents,* París, Económica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Civitas, 1998.

Fernández Segado, Francisco, "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución", en Quiroga León, Aníbal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1990.

Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España,* Madrid, Dykinson, 1984.

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

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,* núms. 15-16, 2010.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi, "La esfera de lo indecidible y la división de poderes", *Estudios constitucionales*, año VI, núm. 1, 2008.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* México, IIJ-UNAM, 2016.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005 (varios tomos).

Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia,* Madrid, CEC, 1997.

Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Fioravanti, Maurizio, L*os derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones,* Madrid, Trotta, edición de 1996 y 2000.

Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evaluación de la justicia constitucional,* México, UNAM, 1968.

Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano,* México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2003.

Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo aniversario,* México, UNAM, 1992.

Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César, *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa,* México, IIJ-UNAM, 2013.

Forst, Reiner, "El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos", *Estudios Políticos,* Medellín, núm. 26, enero-junio de 2005.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Forst, Reiner, *Justificación y crítica,* Buenos Aires, Katz, 2014.

García, Eloy, "La sustitución de la Constitución en el derecho constitucional colombiano", *Revista de Derecho Político,* núm. 95, enero-abril de 2016.

García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

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

García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional,* Lima, Palestra, 2006.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, edición de 1981 y 2006.

García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder,* 3a. ed., Madrid, Civitas, 2016.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo,* 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, t. I.

García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario,* México, IIJ-UNAM, 2015.

García Jaramillo, Leonardo (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011, col. Cuadernos de Investigación, doc. 85.

García Jaramillo, Leonardo, "Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional,* Madrid, Trotta, 2010.

García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007.

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

García Pelayo, Manuel, "El 'status' del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, núm. 1, 1981.

García Villegas, Mauricio, "Ineficacia del derecho e incumplimiento de reglas en América Latina", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

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

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011.

Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* México, núm. 6, abril de 1997.

Garza Onofre, Juan Jesús, "Filosofía del derecho y transformación social. Entrevista a Manuel Atienza", *Nexos. El juego de la Suprema Corte,* 4 de diciembre de 2017, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7106*

Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del 'coto vedado'", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 6, 1989.

Guastini, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación,* Puno, Zela, 2018.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional,* México, UNAM, 2001.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Guastini, Riccardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

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

Häberle, Peter, "La Constitución como cultura", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 6, 2002.

Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997.

Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional,* Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2002.

Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez,* Madrid, Trotta, 1998.

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

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

Heller, Hermann, *Teoría del Estado,* Granada, Comares, 2004.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional,* 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

Hesse, Konrad, "La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional", *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional,* México, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

Ivanschitz, Boudeger, "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Talca, año XI, núm. 1, 2014.

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

Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución" (la justicia constitucional), *Ius Et Veritas,* Lima, año V, núm. 9, 1994.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Landa Arroyo, César, "Justicia constitucional y *political questions*", *Pensamiento Constitucional,* Lima, año VII, núm. 7, 2000.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* Barcelona, Ariel, 1980.

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

Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Conventions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Lifante, Isabel, "El desempeño de las responsabilidades públicas", *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 13, núm. 2, 2018.

Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina,* Buenos Aires, Astrea, 1970.

Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3.

López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

López García, José Antonio, "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica", en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy *et al.* (coords.), *Tutela de derechos en sede jurisdiccional,* Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú-Consejo General del Poder Judicial de España-Universidad de Jaén, 2012.

López Guerra, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional,* 3a. ed., Madrid, *BOE*, 2018.

Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.

MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory,* Oxford, Clarendon Press, 1994.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1979.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

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.

Mangas, Araceli, "Reflexiones en torno al 'proceso de constitucionalización' de la integración europea", *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, Madrid, Trotta, 2002.

Matía, Javier, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea,* Madrid, Civitas, 2002.

Mezzetti, Luca, *Le democrazie incerte. Transizioni constituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia,* Turín, G. Giappichelli, 2000.

Midón, Mario, *Control de convencionalidad,* Buenos Aires, Astrea, 2016.

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

Monroy Gálvez, Juan, *Temas de derecho procesal civil,* Lima, Studium, 1987.

Morello, Mario, *El proceso justo,* 2da. ed., Buenos Aires, Platense-Lexis Nexis, 2005.

Niembro Ortega, Roberto, "Una mirada al constitucionalismo popular", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* México, núm. 38, abril de 2013.

Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley,* Buenos Aires, Emecé, 1992.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los Tribunales Constitucionales de América del Sur y sus competencias", *Provincia,* Mérida, 2005.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo veintiuno, *Ius Et Praxis,* vol. 9, núm. 2, 2003.

Núñez Poblete, Manuel, "La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudica-

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

ción del derecho internacional de los derechos humanos", en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, IIJ-UNAM, 2012.

Ortega, C., "Resenha a os limites do poder constituinte e a legitimidade material de constituição", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 48, 1987.

Ortega, C., "Resenha a legitimidade e legitimação de justiça constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 52, 1998.

Perelman, Chaïm, *De la justicia, México,* Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 1964.

Perelman, Chaïm, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* Madrid, Gredos, 1989.

Pérez, Nicolás, *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?,* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

Pérez, Pablo, *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Pérez, Pablo, *Sistema de justicia constitucional,* Madrid, Civitas, 2010.

Pérez, Pablo, *Poder Judicial y Tribunal Constitucional,* Madrid, CEC, 1985.

Pizzolo, Calógero y Mezzetti, Luca (coords.), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales,* Buenos Aires, Astrea, 2016.

Pritchett, Charles, *La Constitución americana,* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.

Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 21, 1998.

Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico,* Lima, Palestra, 2011.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Pozzolo, Susanna *et al.*, *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos,* Lima, Palestra, 2011.

Quiroga León, Aníbal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional,* Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1990.

Rawls, John, *Liberalismo político,* México, FCE, 1995.

Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.

Rey Martínez, Fernando, "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político,* Madrid, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017.

Rey Martínez, Fernando, *Los derechos humanos en España: un balance crítico,* Valencia, Tirant lo Blanch-Publicacions de la Universitat de Valencia, 2015.

Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio*, México, Porrúa, 2013.

Rey Martínez, Fernando, "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* Valladolid, núm. 45, 2011.

Rey Martínez, Fernando, *La ética protestante y la ética del constitucionalismo,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

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

Rodríguez Patrón, Patricia, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional,* Madrid, Iustel-Portal España, 2005.

Rodríguez Patrón, Patricia, *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 2003.

Rojas Bernal, José Miguel, "Nuestro incipiente 'activismo dialógico': las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional", en Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional,* Lima, Palestra, 2017.

Rojas Bernal, José Miguel, "La rebeldía del legislador", en AA.VV., *Anuario de Investigación del Centro de Investigación,*

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Capacitación y Asesoría Jurídica 2015, Lima, Departamento de Derecho de la PUCP, 2016.

Rolla, Giancarlo, "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las expresiones de justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madrid, núm. 16, 2012.

Romboli, Roberto, *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial,* Lima, Palestra, 2017.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia,* Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Rubio, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho,* Lima, PUCP, 2009.

Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución como fuente del Derecho", *La forma del poder,* Madrid, CEC, 1993.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder,* Madrid, 3a. ed., CEPC, 2013, vol. 3.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 22, enero-abril de 1988.

Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano,* Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.

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

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

Sagüés, Néstor Pedro, "Interpretación constitucional y 'constitución viviente' (*Living Constitution*)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo político y mundo jurídico,* Buenos Aires, Depalma, 1978.

Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución,* México, Porrúa, 2013.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Sagüés, Néstor Pedro, "Reflexiones sobre las cuestiones políticas no justiciables a propósito de la condición contra Irak", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Salazar Ugarte, Pedro, *Política y derecho (derechos y garantías). Cinco ensayos latinoamericanos,* México, Fontamara, 2011.

Scalia, Antonin, *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law,* Princeton (Nueva Jersey), Amy Gutmann, 1996.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución,* 2a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1996.

Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.

Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional,* Madrid, CEC, 1985.

Sosa Sacio, Juan Manuel, "La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo", *Gaceta Constitucional,* Lima, Gaceta Jurídica, núm. 121, enero de 2018.

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

Stenberg, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Toller, Fernando M., "Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Torres del Moral, Antonio, "Del Estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado", *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* año IX, núm. 18, julio-diciembre de 2012.

Torres del Moral, Antonio, "Elementos de la ideología constitucionalista y su difícil recepción en España", *Revista de Derecho Público,* Madrid, núms. 75-76, mayo-diciembre de 2009.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

Torres del Moral, Antonio, "Relación entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo", *Revista de Derecho Político,* Madrid, núm. 65, 2006.

Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, "Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en la Europa central y oriental", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 20-21, verano-otoño de 1997.

Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación,* Barcelona, Península, 2007.

Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y* judicial review, Lima, Palestra, 2013.

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

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

Vega García, Pedro de, "En torno a la legitimidad constitucional", AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio,* México, IIJ-UNAM, 1988.

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

Vidal, Carlos, "Tribunal Constitucional español y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El planteamiento de la cuestión prejudicial", en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003),* 2005, vol. 1.

Vidal, Carlos, *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales,* Madrid, Editorial Constitución y Leyes-COLEX, 2004.

Vidal, Carlos, "La compatibilidad del tratado constitucional europeo con la Constitución Española STC 1/2004, de 13 de

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/29269juv

diciembre. Persona y derecho", *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos,* núm. 55, 2006.

Vidal, Carlos, *Derecho comunitario y tribunales constitucionales,* Madrid, Dykinson, 2003.

Viehweg, Theodor, *Teoría y filosofía del derecho,* Barcelona, Gedisa, 1991.

Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia,* Madrid, Taurus, 1964.

Viver Pi-Sunyer, Carles, "Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador. ¿Puede este reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, núm. 97, 2014.

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

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho,* Lima, Grijley, 2013.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia*, Madrid, Trotta, 2014.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Madrid, Trotta, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces constitucionales", *Pensamiento Constitucional,* Lima, núm. 12, 2007.

Zagrebelsky, Gustavo, "La ley, el derecho y la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año XXIV, núm. 72, 2004.

Zúñiga, Francisco, "Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas", *Ius Et praxis,* Talca, vol. 14, núm. 2, 2008.

DR © 2021.
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro-http://queretaro.gob.mx/

Sobre los límites de la justicia constitucional
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
se terminó de imprimir en marzo de 2021,
en Hear Industria Gráfica
Querétaro, México,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

La argumentación constitucional
de la Suprema Corte.
A diez años de la reforma de derechos humanos
Roberto Niembro Ortega
(En coedición con el IIJ-UNAM)

Test democrático interamericano frente al COVID-19
Mariela Morales Antoniazzi (coord.)
(En coedición con el MPIL y la DFG)

Justicia constitucional y protección de derechos.
Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020
Gianluca Famiglietti y Silvia Romboli (dirs.)
(En coedición con la Universidad de Pisa)

Principios y proporcionalidad revisitados
Federico De Fazio (coord.)

Los derechos sociales en México.
Reflexiones sobre la Constitución de 1917
Juan Antonio Cruz Parcero (coord.)

El Sistema Interamericano de Protección
de los Derechos Humanos.
Instrumentos, órganos, procedimientos
y jurisprudencia
Fabián Salvioli

SOBRE LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La nueva teoría del constitucionalismo contemporáneo se manifestó, principalmente, en el proceso de constitucionalización del derecho, el cual implica que la Constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho y de la vida social. Aquello, desde luego, supone un importante cambio en la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como también en la relación entre este y la moral.

Lo expuesto ha producido un verdadero cambio en los conceptos de Constitución, constitucionalismo e interpretación constitucional, lo cual, a su vez, ha redimensionado y potenciado la labor de jueces y juezas constitucionales.

No obstante, ello no les otorga un poder sin control a estos juzgadores: su accionar tiene límites, como los que el autor nos explica en esta obra.

ISBN 978-607-7822-77-6

9 786077 822776

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO