

¿TIENE LÍMITES LA LABOR DEL JUEZ(A) CONSTITUCIONAL EN UN CONTEXTO COMO EL ACTUAL?

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

SUMARIO

Anotaciones iniciales.

Un primer elemento a tomar en cuenta: el redimensionamiento del concepto "Constitución".

Un segundo aspecto a analizar: el redimensionamiento del margen de acción del juez(a) constitucional.

Algunos alcances sobre los eventuales límites al actual accionar del juez(a) constitucional.

¹ Magistrado del TC de Perú. Catedrático de Pre y Posgrado de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Miembro del Comité Académico del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, entre otras instituciones.

Anotaciones iniciales.

Hoy los ejes de preocupación y debate dentro del Derecho Constitucional han variado, o por lo menos, se han diversificado, tomando especial relevancia algunas materias que antes, o no se analizaban, o se veían en forma más bien tangencial.

Así por ejemplo, actualmente es un tema central, sin duda alguna, el de la interpretación constitucional, pero no solamente a nivel de su naturaleza, sino, y sobre todo, en lo referido a sus alcances y eventuales límites. Dicho con otras palabras: sin soslayar la importancia de esta materia, actualmente el énfasis no se encuentra centrado en quién interpreta la Constitución en forma vinculante y ejerce control constitucional. Se pregunta también qué implica esta labor interpretativa, y cuál es su relación, por ejemplo, con las tareas de argumentación (si ésta es, como dicen algunos(as), la interpretación o parte de la interpretación; o si, en una lógica más propia de otras concepciones, la argumentación es una labor que se desarrolla luego como sustento de la interpretación ya realizada). Se pregunta además, e incluso con mayor incidencia que frente a lo vinculado a la justificación de la labor de un juez(a) constitucional, se cuestiona principalmente sobre hasta dónde puede llegarse con esta tarea interpretativa.

Antes de intentar proporcionar algunos elementos que permitan comprender mejor este nuevo estado de cosas, así como las preguntas y problemas que él mismo genera, hay aspectos que deben ser revisados siquiera someramente. Uno de ellos es el del redimensionamiento del concepto "Constitución". Otro el del redimensionamiento de la labor del juez(a) constitucional. Este nuevo estado de cosas ha llevado a algunos a anotar que, gracias a los importantes cambios producidos al respecto, ese(a) juez(a) constitucional, hoy muchísimo más que un mero "legislador negativo", tiene competencias no solamente crecientes, sino que no admitirían mayores límites que su self restraint.

El objeto de este trabajo es precisamente el de, luego de intentar explicar cuál es el actual estado de la cuestión en temas tan relevantes como Constitución, interpretación constitucional y juez(a) constitucional, señalar que el crecimiento de responsabilidad y retos para el juzgador(a) no implica que su labor, a pesar del nuevo contexto, se encuentra exenta de límites, algunos de los cuales buscaré bosquejar en este mismo texto. Sin más preámbulos, paso entonces a abordar la compleja tarea que acabo de plantear.

Un primer elemento a tomar en cuenta: el redimensionamiento del concepto "Constitución".

Como ya es de conocimiento general, el concepto "Constitución" ha sufrido importantes modificaciones en su comprensión. Primero se circunscribía a ser la descripción de un estado de cosas (en ese tenor, por citar un caso, se encuentra más bien lo planteado por Aristóteles y sus "Constituciones de Atenas"²). Luego se lo entendió como un acuerdo político de la mayor relevancia, pero que no tenía connotación jurídica directa y específica, papel reservado a la ley (norma jurídica por excelencia al ser expresión de la voluntad general y del conocimiento y pensamiento construido racionalmente, todos ellos aspectos centrales de la perspectiva política y filosófica imperante en la época³). Actualmente se le reconoce ante todo como una norma jurídica (o con más propiedad, como anotó García de Enterría⁴, como un conjunto normativo de tipo jurídico) con características especiales.

Ahora bien, oportuno es anotar que incluso en los alcances de norma jurídica o conjunto normativo de tipo jurídico que se le reconoce a la Constitución se han presentado importantísimos cambios. Y es que se debe tener presente que si bien ya con *Marbury versus Madison* en 1803 a nivel del Tribunal Supremo estadounidense (con antecedentes de ello incluso en lecturas que algunos realizan de la Carta Magna firmada por Juan sin tierra, o de lo resuelto por el juez Coke en el *Bonham Case*⁵, así como en textos incluidos en "El Federalista", o en pronunciamientos de algunas Cortes estatales en los Estados Unidos) se reconocía el carácter normativo de la Constitución, claramente puede comprobarse que lo planteado por el Chief Justice Marshall, y lo resuelto posteriormente por ese alto Tribunal durante el siglo diecinueve y buena parte del siglo veinte, cuando habla del rol normativo de la Constitución, parece poner énfasis en la fijación de procedimientos y competencias antes incluso que en la protección de los derechos recogidos en su texto constitucional.

Otro tanto bien puede señalarse del valiosísimo aporte construido o promovi-

2 Ver al respecto ARISTÓTELES-"Las Constituciones de Atenas". La primera edición y traducción en español es aquella editada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos en 1948.

3 En ese tenor, entre otros, PÉREZ TREMPES, Pablo-"Tribunal Constitucional y Poder Judicial". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-"La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Madrid, Civitas, varias ediciones.

5 Una muy interesante lectura del *Bonham Case* y sus reales alcances, distinta a la que hoy habitualmente se maneja la encontramos en REY MARTÍNEZ, Fernando- "La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los Derechos Fundamentales". México, Porrúa, 2013.

do por Kelsen en la Europa Continental del primer tercio del siglo veinte⁶. Consecuente con sus posturas sobre el Derecho, el gran autor austriaco ponía especial énfasis en el rol de la Constitución como un instrumento de limitación del poder, y por ende, como espacio normativo básicamente destinado a establecer procedimientos y competencias, en un escenario en donde (sobre todo en Europa Continental) no se quería aceptar una comprensión que podríamos llamar "valorativa" de las cosas, y se intentaba muchas veces distinguir entre Derecho y Moral, entre Derecho y Justicia, o entre reglas y principios⁷.

Sin embargo, es a partir de la segunda posguerra es que la percepción de las cosas comienzan a variar. La Constitución ya no es un conjunto normativo básicamente destinado a determinar procedimientos y competencias, sino pone hoy énfasis en recoger y potenciar una serie de principios, valores y derechos a ejercerse dentro de una realidad concreta, y que orientan o buscan orientar la comprensión del ordenamiento jurídico de un Estado determinado, y además, el desarrollo del quehacer político, económico o social de la sociedad donde debe regir esa Constitución. A ello van apuntando (con indudables matices, idas y venidas que aquí no puedo detallar), la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense desde la Corte Warren, o la labor de diversos juzgadores(as) europeos, sobre todo la de aquellos que pertenecen a Cortes o Tribunales Constitucionales.

Elementos importantes en esta evolución son, entre otros, en Europa Continental, la fórmula de Radbruch (1946), por la cual lo jurídico no es tal si no responde a un umbral de justicia⁸; la potenciación de la dignidad de la persona como eje para la comprensión y comprensión del Derecho y los derechos; o los criterios utilizados para poder justificar los pronunciamientos emitidos en los denominados juicios de Nuremberg. En el caso estadounidense bien puede resaltarse, junto a otros acontecimientos, la reacción de la Corte Suprema Federal de dicho país frente al Court Packing Plan promovido por Franklin D. Roosevelt, y, sobre todo, la labor de la Corte Warren. Estos procesos, con significativas diferencias entre sí, nos llevan en ambos casos, y sin perjuicio de dichas diferencias, a un escenario cualitativamente diferente.

6 Coincido entonces con, entre otros, PRIETO SANCHÍS, Luis-"Iusnaturalismo, positivismo y control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos doctrinales de la jurisdicción constitucional". En: Fundamentos N.4, Universidad de Oviedo, 2006, especialmente p. 98.

7 Un buen resumen de lo vivido en este contexto lo encontramos en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio-"Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica". En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, et al. (coord.)-"Tutela de Derechos en sede jurisdiccional". Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012, sobre todo p. 59 y ss.

8 Un buen resumen y una clara explicación sobre los alcances de este planteamiento lo encontramos en ALEXY, Robert-"El concepto y la validez del Derecho". Barcelona, Gedisa, 1997, especialmente p.34.

Estamos hoy ante un contexto en donde la misma comprensión de lo que se entiende por Derecho va variando, pues comienza a darse -muchas veces, justo es decirlo, de manera más formal que real- un alejamiento de posturas iuspositivistas más bien clásicas; o un apartamiento de posturas que ven al Derecho solamente como un medio de control social, para acercarse a perspectivas que le asumen como un medio para la satisfacción de necesidades ciudadanas, e incluso como un instrumento para la atención de determinados intereses efectuando un uso alternativo de la normativa ya existente.

En ese contexto, el Estado Constitucional será limitación del poder y sus diferentes manifestaciones, pero, sobre todo, tendrá como justificación última y principal el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, potenciando para ello una actuación que responde a una comprensión de las cosas en función a ciertos principios y valores de carácter irrenunciable. La Constitución seguirá siendo entonces aquella norma o conjunto normativo que articula y limita los "Poderes del Estado" y el poder dentro del Estado, pero pasará fundamentalmente a ser el espacio donde se consagran los principios y valores (indisponibles e inquebrantables) en los cuales debe sustentarse todo el ordenamiento jurídico de un país en particular, además de sustentarse su quehacer político, económico o social.

Este cambio en la comprensión del rol de la Constitución tiene, como bien puede suponerse, múltiples consecuencias. Una de ellas, a la cual aquí pasaré a referirme a continuación, es la del redimensionamiento de la labor del juez(a) constitucional, pertenezca éste a la judicatura ordinaria o a un Tribunal Constitucional de sus diferentes países, con matices en función al modelo asumido en cada caso en particular.

Un segundo aspecto a analizar: el redimensionamiento del margen de acción del juez(a) constitucional.

Acontecimientos como los reseñados en anteriores apartados de este mismo texto han obligado a un replanteamiento del rol y atribuciones de quien es el juez(a) constitucional. En un escenario propio de un Estado Constitucional (lo mismo obviamente no puede predicarse de un Estado con una Constitución de tipo semántico⁹), se hace evidente que existe un mejor empoderamiento y una ampliación de competencias del juez(a) constitucional.

9 LOEWENSTEIN, Karl- "Teoría de la Constitución". Barcelona, Ariel, 1964,p. 213-222

Este juzgador(a) constitucional refuerza su labor como intérprete vinculante de la Constitución, pero ya no se limita a evaluar la correspondencia del ordenamiento jurídico vigente con el texto constitucional, sino que se convierte en el responsable de dar el marco de comprensión de las leyes, demás normas y actos para que todos estos sean entendidos conformes con la Constitución. Esta labor, dependiendo de si allí existe un modelo difuso, uno concentrado o uno mixto de jurisdicción o justicia constitucional¹⁰.

Se dará entonces una completa derrota del denominado legislador negativo, si es que alguna vez esta postura rigió en la práctica, y no fue más bien una precaución kelseniana para preservar la subsistencia del Tribunal Constitucional cuya conformación promovía en un contexto en el cual el discurso y la historia apuntaron siempre a una supremacía del Parlamento. En cualquier caso, el juez(a) constitucional no es tanto un controlador(a), sino un calificado intérprete del ordenamiento jurídico conforme a los principios y valores recogidos en la Constitución, o que se desprenden de ella. Aquello le permite sustentar incluso la emisión de sentencias interpretativas, convirtiéndose para muchos en un legislador positivo, y para otros, entre los cuales me inscribo, en un legislador complementario llamado a actuar en situaciones excepcionales.

El juez(a) constitucional, sin necesidad de adscribirse a posiciones más bien extremas, que confían en un hiperactivista decisionismo jurisdiccional la determinación de lo jurídico, fortalece sus atribuciones siendo el gran responsable de la "constitucionalización del Derecho", en las tres importantes expresiones planteadas en su momento por Louis Favoreu¹¹ (constitucionalización juridización, constitucionalización elevación, constitucionalización transformación). La distribución del poder, el sistema de fuentes o de producción de normas, y la comprensión de las diversas disciplinas jurídicas y sus instituciones en un Estado determinado debe darse de acuerdo con parámetros cuyo punto de partida es su texto constitucional, o lo que pueda desprenderse de él; y es el juez(a) constitucional el intérprete expresamente acreditado para realizar o potenciar esa importante y compleja labor.

10 Para efectos del presente trabajo, usaré estos dos términos como sinónimos.

11 Ver al respecto FAVOREU, Louis- La constitucionalización del Derecho. En: Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia (Chile) v.12 n1, 2001, p.31-43. En ese texto, el mismo Favoreu reconoce como antecedente de la formulación que luego él desarrollaría al estudio de Michel Fromont sobre los derechos fundamentales en el orden jurídico de la entonces existente República Federal Alemana, trabajo incluido en los *Mélanges Einsenmann*, de 1974.

Pero y por si lo expuesto no fuese suficiente, el juez(a) constitucional tiene hoy también la vital responsabilidad de, si cabe el concepto, hacer el esfuerzo por la "constitucionalización de la política". Sin desconocer el margen discrecional, o la evaluación de calidad y oportunidad que son propias del quehacer político, corresponde al juez(a) constitucional evitar se caiga en la arbitrariedad. Por ello ahora se entiende la preocupación por reconocer márgenes de revisión jurisdiccional a las denominadas "cuestiones políticas" o "actos políticos" (ya sea en el plano del procedimiento, el del contenido o en ambos) e incluso la apuesta, con mucho predicamento en varios países, por desaparecer la idea de una idea de una irrevisabilidad de ciertas decisiones tomadas por organismos que podemos calificar como "políticos". Lo resuelto en Estados Unidos desde "Baker versus Carr" (1962)¹², o el uso de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa para la revisión judicial de los actos políticos en Europa continental¹³ son dos buenas muestras de lo que viene ocurriendo sobre el particular. Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional el quehacer político no puede desarrollarse al margen de parámetros constitucionales.

El juez(a) constitucional es pues el responsable de materializar este redimensionamiento de lo jurídico, así como de plasmar esta reformulación de la relación entre lo jurídico y lo político, claras consecuencias de la nueva comprensión del concepto "Constitución" ya reseñada en este mismo texto. En este escenario, oportuno entonces aquí es anotar que, para apuntalar el ejercicio de tantas y tan importantes responsabilidades, al juez (a) constitucional se le va a habilitar, y en algunos casos, el mismo juzgador(a) se va, si cabe el término, a "autohabilitar" el uso de ciertos instrumentos destinados, según se señala, a hacer más efectiva su labor. La utilización del precedente, la generación de nuevos procesos o la creación de nuevos recursos y demás medios procesales (muchas veces dirigidos a garantizar el cumplimiento de sus resoluciones) son buenos ejemplos en ese sentido. Un camino similar seguido para mejorar la legitimación procesal que permite el accionar del juez constitucional también lo es.

12 Un análisis más detallado al respecto lo encontramos en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy- "Algunos alcances sobre la posibilidad de la revisión judicial de aquellos actos calificados como "políticos" o de "discrecionalidad política". En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Normas Legales, Año XLVIII, N.14. Enero-Marzo 1998, p.69 y ss.

13 Aquí podemos encontrar como criterios al análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los elementos regulados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, el respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho y la preservación de la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración. La invocación a estos criterios no descarta poder recurrir a otras pautas de actuación judicial como la ponderación, la tutela de derechos fundamentales o el respeto a espacios de libre configuración de la ley por parte del legislador.

Ello en principio no es malo (todo lo contrario), pero puede generar serios problemas, en ocasiones mucho más complejos que aquellos que intenta resolver, si no se toman ciertos recaudos. Así pues, nadie niega las bondades del uso del precedente (predictibilidad, igualdad, transparencia, seguridad jurídica), pero todas estas ventajas se pierden si el precedente no es utilizado para generar o consagrar consensos interpretativos, sino más bien para imponer criterios o lograr un posicionamiento institucional de los jueces (zas) constitucionales en detrimento de las competencias propias y legítimamente ejercidas por, por ejemplo, otras instancias estatales.

De otro lado, si la habilitación de mecanismos para facilitar la actuación de los(as) jueces (zas) constitucionales o garantizar el cumplimiento de sus sentencias se convierte más bien en la autohabilitación de instrumentos sin correlato constitucional directo también nos encontramos ante el riesgo de la configuración de un escenario en el cual no se respetan competencias ajenas o se distorsionan las propias atribuciones, con todo lo que ello puede involucrar.

Siendo entonces este el nuevo escenario de acción del juez(a) constitucional, y estos algunos de los riesgos que ese margen de actuación puede producir, adquiere ahora especial relevancia la pregunta sobre si este juez(a) constitucional tiene límites en sus competencias más allá de su self restraint, y de admitirse limitaciones, se hace necesario determinar cuáles son, o a qué criterios buscan responder. Adelantando desde ya que el self restraint presenta aquí como una condición necesaria más no suficiente, pasaré a anotar que puntos de vista creo conveniente manejar al respecto.

Algunos alcances sobre los eventuales límites al actual accionar del juez(a) constitucional.

En lo referente a este último tema, el de si puede o no hablarse de límites a la labor de un (a) juez (a) constitucional, he de decir que discrepo con quienes apuestan como la única limitación a la labor de estos magistrados (as) a su propia vocación de no ir más allá de aquello conforme a Derecho en el ejercicio de sus funciones. Considero, al igual que otros autores, que deben tomarse en cuenta algunos factores, los cuales bien pueden sintetizarse en la percepción de lo que implica concebir a los jueces y juezas constitucionales como autoridades con atribuciones jurisdiccionales.

Esto, siquiera haciendo una breve aproximación al tema, involucra tener pre-

sentes los límites propios de situaciones como las ya descritas. Y es que si estamos ante autoridades, ello implica que las mismas deben actuar en primer término con racionalidad (de acuerdo con la lógica o con coherencia lógica, o, dicho con otras palabras, con respeto a principios lógicos como los de no contradicción o tercio excluyente, por citar únicamente algunos detectables mediante control de logicidad).

También el estar ante una autoridad conlleva que ella actúe con respeto a parámetros de razonabilidad, entendida como interdicción de la arbitrariedad, como actuación conforme con fines lícitos (o al menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente) y con respeto a medios proporcionales o adecuados (lo cual significa preguntarse por la idoneidad, necesidad y menor gravedad o proporcionalidad en sentido estricto de los mismos). Por último, y al igual que sucede con cualquier autoridad, el quehacer de jueces y juezas constitucionales tiene que cumplir con un indispensable deber de motivación; y además, ser respetuoso de lo que se conoce como corrección funcional: debe ceñirse a las atribuciones que les asigna el ordenamiento jurídico de su Estado en particular, comprendidas de conformidad con la normativa internacional suscrita por dicho Estado.

De otra parte, y si se toma en cuenta que se habla de autoridades con atribuciones jurisdiccionales, debe además tenerse presente que juezas y jueces constitucionales no deberían actuar en función a juicios de calidad y/o de oportunidad, sino en mérito y respeto a derechos, deberes, competencias e instituciones jurídicas comprendidas dentro de esos parámetros. Y junto a ello, no tendría que olvidar que resuelven en función a la (s) pretensión (es) que se le presenta (n), pudiendo suplir quejas deficientes pero sin que esto involucre desconocer una mínima congruencia personal; y, obviamente, deben respetar los principios, valores y derechos que inspiran el texto constitucional cuya interpretación se le había confiado.

Los múltiples alcances de lo que ya algunos ya vienen denominando "internacionalización del Derecho" (triumfo de posturas monistas y de la comprensión del ordenamiento jurídico nacional conforme a los tratados suscritos o a situaciones consideradas como de *ius cogens*, conversión del juez (a) nacional en garante del Derecho Internacional y titular del control de convencionalidad, papel de límite heterónomo al constituyente futuro que cumplen los tratados ya suscritos por su Estado en particular) también aparecen hoy como limitaciones a la labor de un juez(a) constitucional que resulta hoy imposible soslayar¹⁴. Finalmente, la natura-

14 Esto es más evidente cuando hoy en nuestros países la Corte Interamericana viene impulsando el

leza de los casos sometidos a conocimiento del juez(a) constitucional, descartada la posibilidad de obtener una respuesta "correcta", y reconociendo la existencia no solamente de casos fáciles, sino de lo que muchos llaman casos intermedios, casos difíciles y hasta casos trágicos¹⁵, debe indudablemente también tomarse en cuenta como un límite a la labor de jueces y juezas constitucionales.

Estamos pues ante parámetros que, en la lógica de pesos y contrapesos tan cara al Estado Constitucional, tienen una importancia insoslayable. Debe tenerse presente que los(as) jueces (zas) constitucionales son muy calificados integrantes de una judicatura especializada con márgenes de acción que deben entenderse en forma acotada. Constitucionalización del Derecho no es "hiperconstitucionalización" del ordenamiento jurídico impulsado desde sede jurisdiccional.

Jueces y juezas constitucionales no son constituyentes (pueden complementar su labor, más no subrogarse en su lugar), pues no fueron elegidos para eso, ni cuentan con legitimidad para asumir estas tareas. Tampoco son legisladores, y por ende, no son los intérpretes vinculantes ordinarios de la Constitución, ni les corresponde dejar de lado la labor legislativa si ella puede comprenderse como conforme a los parámetros constitucionales. No tener en cuenta los recaudos presentados en este texto, o no exigir su cumplimiento, puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado. De allí la necesidad de comprometerse con asegurar su plena vigencia, salvo mejor parecer.

control de convencionalidad, en mérito al cual las autoridades con atribuciones jurisdiccionales (desde Arellano Almonacid contra Chile, caso del año 2006), e incluso las autoridades con funciones ejecutivas o legislativas (en ese sentido la resolución emitida en el contexto de la supervisión del cumplimiento de la sentencia Gelman versus Uruguay, resolución emitida este año 2013) deben respetar lo previsto en la Convención Americana y en la interpretación vinculante de la misma, prefiriendo ello incluso a lo previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado que en su momento firmó este tratado en particular.

15 Ver, entre otros, lo manifestado por ATIENZA, Manuel- "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". En: Doxa N.6. Abril 1997.