

Justicia constitucional y *political questions*

CÉSAR LANDA*

A Pedro de Vega García

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN
2. TENSIÓN ENTRE POLÍTICA Y DERECHO
 - 2.1. Jurisprudencia europea
 - 2.2. Jurisprudencia latinoamericana
3. TEST Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL
 - 3.1. Ponderación judicial
 - 3.2. Derechos fundamentales
 - 3.3. Libre configuración de la ley por el legislador
4. CONCLUSIÓN

1. PRESENTACIÓN

La doctrina de las *political questions* se origina en los Estados Unidos a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva o *prudente* impuso en las resoluciones de casos difíciles,¹ al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables; sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial *clásico*, para el cual partiendo del caso *Marbury*

* Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional y Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, en la Bayreuth Universität con el Prof. Peter Häberle y en el Max-Planck-Institut de Heidelberg con el Prof. Jochen Frowein.

¹ FRANKFURTER, Felix y James LANDIS. *The business of the Supreme*

vs. *Madison*, no había disposiciones de la Constitución que pudieran exceptuarse del control constitucional; pero, como no podía ser de otra manera, pronto apareció una tercera corriente judicial denominada *funcional* que trataba de balancear ambos extremos, estableciendo razones prácticas para la intervención judicial.²

Esta doctrina, en sus diferentes modalidades, no solo causó impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobretodo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional;³ sino que, también ha sido asumida, por vez primera, por la jurisprudencia constitucional peruana en la sentencia sobre el recurso de amparo de los ex-magistrados del Tribunal Constitucional del Perú,⁴ demandando su reposición ante los vestigios del propio Tribunal Constitucional.⁵

Court. A study of federal judicial system. Nueva York: MacMillan, 1928, pp. 310 y ss; PETH, Loren. *Politics the Constitution and the Supreme Court. An introduction to the study of Constitutional Law.* Nueva York: Perterson & Co., 1962, pp. 142 y ss.; BERGER, Raoul. *Government by judiciary.* Indianapolis: Liberty Found, 1997, pp. 332 y ss.; asimismo, DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel, 1997, pp. 146 y ss.

² CARDOZO, Benjamín. *The nature of the judicial process* (1921), reeditado en New Haven – Londres: Yale University Press, 1991, pp. 142 y ss.; LERNER, Max. *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court.* Nueva York: Arcade Publishing, 1994, p. 61; SHAPIRO, Martin. *Who guards the guardians? Judicial control of administration.* Atenas y Londres : The University of Georgia Press, 1988, pp. 73 y ss.; ROSTOW, Eugene. *The democratic character of judicial review.* HLR, vol. 66, 1952-1953, pp. 202 y ss.; TRIBE, H. Lawrence. *American Constitutional Law,* Nueva York: The Foundation Press, 1988, p. 96; asimismo, STRUM, Philippa. *The supreme court and «political questions» a study in judicial evasion.* Alabama: The University of Alabama Press, 1974, pp. 1-10.

³ HÄBERLE, Peter. *Kommentierte Vefassungsrechtsprechung.* Atenas: Königstein, 1979, pp. 433-434 y p. 449; COTTA/BENDA/ SCHAMBECK/MALINVERNI. *Richter und Politik. Giudice e Politica,* C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg - Karlsruhe, 1978, pp. 71 y ss; asimismo, CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milán: Giuffrè editore, 1984, pp. 19 y ss.; GARCÍA, Enrique Alonso. *El Tribunal Burger y la doctrina de las «political questions» en los Estados Unidos.* REDC, vol. 1, n.º 1, CEC, 1981, pp. 287-288; asimismo, MILLER, Jonathan. *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia.* *El Derecho,* t. 120, Buenos Aires, 1987, pp. 919-929.

⁴ Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N.º 340-98-AA/TC y, Acción de Amparo. Expediente N.º 358-98-AA/TC,* publicadas en el diario oficial *El Peruano,* Lima, viernes 25 de septiembre de 1998.

⁵ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático.* Lima: PUCP-MDC, 1999, pp. 183 ss.; asimismo, AGUIRRE ROCA, Manuel. «Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú». *LTC,* n.º 13, 1997, pp. 115-145.

No obstante, la judicialización de las cuestiones políticas estuvo presente antes de manera embrionaria en algunos casos difíciles peruanos. Como por ejemplo, la decisión judicial que asumió el Tribunal Constitucional, en materia de la ley de la reelección presidencial de Fujimori, que puso en evidencia los riesgos que tiene para la jurisdicción constitucional el intentar judicializar la política de manera absoluta; sobretodo, en un régimen presidencialista inclinado a ejercer el poder de manera total, sin otorgar un rol de participación real a la oposición política y a las minorías sociales, en las decisiones políticas fundamentales.⁶

En esa medida, la ley reeleccionista planteó en el Tribunal Constitucional una cuestión política —*political questions*—, que convulsionó el delicado equilibrio judicial logrado con la elección de los magistrados constitucionales, a través: por un lado, de la conflictiva relación entre el derecho y la política;⁷ y, por otro lado, mediante el debate de la cuestión de las fuentes o criterios de decisión, ante la insuficiencia del texto constitucional para lograr la *minimizzazione del potree*.⁸

Sin embargo, es a partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles que se puede perfilar la posición del Tribunal Constitucional con relación al Congreso y al gobierno; para lo cual, cabe plantearse la pregunta: no qué es una *political question*, sino cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*. Sobre todo si se ve que la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre cuestiones políticas, en relación con el recurso de am-

⁶ HART ELY, John. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1981, pp. 16 y ss.; asimismo, GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, pp. 48 y ss.

⁷ SCHMITT, Carl. *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, t. I, Walter der Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, pp. 108 y ss.; KELSEN, Hans. *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, RDP, 1928, reedición de Topos Verlag, Vaduz, 1982, pp. 250-257; HÄBERLE, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*. En *Verfassungsgerichtsbarkeit*, HÄBERLE, Peter (ed.), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, 1-45.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, Roma: Laterza, 1996, p. 975; HART ELY, John. *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 11-41; asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 158.

paro interpuesto por los tres magistrados constitucionales destituidos por el Congreso, confirmó la destitución de sus ex-colegas, fundamentándose expresamente en el uso discrecional de la cuestión política, más allá de lo que la jurisprudencia comparada señala.⁹

Al respecto, «la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, por que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas».¹⁰

En consecuencia, para perfilar el alcance de las *political questions*, se hace necesario apelar no solo a la dogmática, sino también, al quinto método de interpretación del Derecho Constitucional Comparado en su forma jurisprudencial.¹¹ En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística; en la medida que, lo político opera con categorías decisionistas,¹² las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos cons-

⁹ Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N.º 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N.º 358-98-AA/TC, El Peruano*, Lima, viernes 25 de septiembre de 1998.

¹⁰ PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Turin: Giappichelli ed., 1998, pp. 11-66, del mismo autor, *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. Pensamiento Constitucional*, año VI, n.º 6, PUCP-MDC, Lima, 1999, pp. 221-241; STRUM, Philippa. *The supreme court and «political questions» a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, p. 1.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtvergleichenden Verfassungslehre in «weltbürgerlich Absicht» die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang*. JÖR 45, 1997, pp. 561 y ss.; asimismo, del mismo autor, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992, pp. 36 y ss.

¹² SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1932, pp. 7 y ss.; del mismo autor, *Politische Theologie*. Berlín: Duncker & Humblot, 1979, pp. 25 y ss.; asimismo, CHRYSOGONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlín: Duncker & Humblot, 1987, pp. 29 y ss.

titucionales políticos; así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

2. TENSION ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Más allá de las demoledoras interrogantes, respecto de los límites de la justicia y su método para racionalizar la política, planteadas por Schmitt en polémica con Kelsen,¹³ es del caso señalar algunas características contemporáneas que han modificado los clásicos supuestos de la polémica del control constitucional sobre la actividad legislativa del gobierno; pero, que mantienen en esencia el problema fundamental de la justicia constitucional: *summum ius summa iniuria*, es decir, el abuso formalista del derecho en el ejercicio del control sobre las leyes del Congreso,¹⁴ ¿acaso no pueden producir injusticias que infrinjan el plexo de los principios constitucionales?

En esa lógica argumental, la respuesta es posible también desde la normalidad constitucional y no solo desde la normatividad constitucional,¹⁵ en la medida que, solo recientemente, se entiende que la realidad política y económica —sobre la cual actúa y se interrelacionan los poderes y organismos constitucionales actualmente— requiere de la integración y cooperación entre los poderes; lo cual, por otro lado, ha producido que sus fronteras competenciales sean porosas. Por ello, no es menos cierto, que aparezcan fundadas críticas sobre el rol que los jueces asumen en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos. Así, por un lado, se criti-

¹³ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, en AÖR, t. 55, 1931, Verlag D. Auvermann, Taunus, 1975 pp. 162-237, asimismo; Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Die Justiz, Band VI (1930/31), pp. 575-628, en particular 590 y ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Prólogo*, al libro de SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, donde realiza una sustantiva síntesis del debate entre Schmitt y Kelsen sobre quién debe ser el defensor de la Constitución pp. 11-24.

¹⁴ BACHOF, Otto. *El juez constitucional entre derecho y política*. Universitas, vol. IV, n.º 2, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, Stuttgart, 1966, p. 125; asimismo, LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: IEP, 1971, pp. 150-151.

¹⁵ HELLER, Hermann. *Staatslehre*. Leiden: Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1934, pp. 184-198; hay versión castellana, *Teoría del estado*. México: FCE, 1985, pp. 199-216.

ca a la judicatura por su alejamiento de las demandas de la realidad social; o, por otro lado, por su obsecuencia judicial a los cambios políticos del gobierno de turno.¹⁶ Esto se ha puesto en evidencia en momentos de graves crisis nacionales,¹⁷ cuando la justicia constitucional se ha convertido en una defensora del *status quo* constitucional o cuando ha asumido el programa político del poder en sus decisiones judiciales.

En efecto, la experiencia histórica constitucional comparada y nacional enseña que —frente a las decisiones políticas económicas en épocas de crisis política o económica— el control de la justicia constitucional, por un lado, ha salido debilitado cuando se ha enfrentado con el poder. Unas veces apegado al texto literal de la norma suprema —*selfrestraint*— u otras interpretándole más allá de lo previsible —*judicial activism*—; por otro lado, ha sabido adoptar un criterio jurisprudencial funcional frente a las cuestiones políticas —*judicial activism moderated*—.¹⁸

2. 1. Jurisprudencia europea

A diferencia de los Estados Unidos, donde la tradición judicial estableció que las *political questions* no eran cuestionables en principio,¹⁹ la doctrina constitucional europea asume una postura de control político o material de la Constitución, mediante determinadas técnicas interpretativas que a continuación se presentan.

¹⁶ GROSSMAN, Joel y Richar WELLS (eds.). *Constitutional law and judicial policy making*. Nueva York: Wily & Sons, 1972, pp. 14 y ss.

¹⁷ Para conocer el rol del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la Guerra Civil de Secesión, revisar KUTLER, Stanley. *Judicial power and reconstruction politics*. Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 1968, pp. 7 y ss. y 143 ss.

¹⁸ ACKERMANN, Bruce. *We the people. Transformations*, Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1998, pp. 99-119 y 345-382; asimismo, SHAPIRO, Martin. *Law and politics and the Supreme Court*. Londres: Press of Glencoe - MacMillan, pp. 1964, pp. 180 y ss.

¹⁹ SCHUBERT, Glendon. *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make*. Nueva York: Rinehart and Winston, 1960, pp. 159 ss.; asimismo, ACKERMANN, Bruce. *We the people. Transformations...*, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

a. *Alemania*

El Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo un papel muy importante cuando se plantearon cuestiones políticas «politischen Fragen», en relación con algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica después de la Segunda Guerra Mundial.²⁰ En este proceso, caracterizado por el milagro económico alemán y el celoso restablecimiento de las instituciones democrático-constitucionales, se presentó el caso de las «politischen Fragen» en la demanda constitucional de nulidad del artículo 2.º de la Ley de Formación e Incremento de Precios —*Preisgesetz*— de 1948, que fue resuelta diez años más tarde por el Tribunal Constitucional en una discutida resolución.²¹

Lo delicado del caso era que encontrando inconstitucional dicho artículo de la ley, de conformidad con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los magistrados les correspondía anularla por inconstitucional, con efectos *ex-tunc*;²² pero, en base a dicha ley, el gobierno había llevado a cabo exitosamente parte de su programa de reconstrucción económica: controlando los precios, alquileres, arriendos, tasas y remuneraciones, para asegurar el consumo de bienes y servicios de toda la población; en virtud de lo cual, se habían celebrado y perfeccionado innumerables actos jurídicos contractuales. Es decir, que se había generado una práctica continua y uniforme de aceptar dicha norma como legítima hasta su impugnación, que es cuando se puso en evidencia que era incompatible con la Constitución, a juicio de los magistrados constitucionales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe logró hacer armonizar los preceptos constitucionales con la continuidad y seguridad jurídicas, gracias a una interpretación máxima y subjetiva de la norma legal pero conforme a la Constitución.²³ El fallo expresó que la

²⁰ KLEIN, Friedrich. *Bundesverfassungsgericht und richtliche beurteilung politischen Fragen*. Münster: Verlag Aschendorff, 1966, pp. 5-36.

²¹ BVerfGE, 8, 274 (Ley de Precios); asimismo, WEBER, Werner. *Zur Gültigkeit des Preisgesetzes*. DÖV, 1957, pp. 33 y ss.; GRÄBER, Fritz. *Zur Frage der Zustimmungsgesetze*. DÖV, 1959, pp. 893 y ss.; asimismo, RIDDER, Helmut. *Preisrecht ohne Boden*. AÖR, t. 87, 1962, pp. 311 y ss.

²² MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: Verlag C.H. Beck., 1995, pp. 76 y ss.

²³ EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en *Problem der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*. Ralf Dreier y Friedrich

ley todavía era constitucional, interpretada restrictivamente en un solo sentido y como regulación transitoria en una difícil situación económica y política; en vez de declarar nulo el artículo 2.º de la Ley de Precios que hubiera sido la tarea más sencilla y quizás lo correcto formalmente. Pero, no fue así, por el contrario el Tribunal se abrió a la doctrina de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; en virtud de la cual, de diversas posibilidades de interpretación de la ley, solo mereció adoptar aquella que era conciliable con la Ley Fundamental de Bonn.

En efecto, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe señaló que cuando una norma legal da lugar a ser interpretada de varias maneras, una inconstitucional y otra constitucional, deberá preferirse la interpretación que esté totalmente acorde con la Constitución, doctrina jurisprudencial que desde entonces subordinó a los fallos de la justicia ordinaria.²⁴ En ese sentido, la ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada conforme a la Constitución; en razón de que se parte de la presunción, a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de duda. De modo que, una ley sería nula solo cuando materialmente fuese imposible de interpretarla conforme a las normas constitucionales.²⁵

Sin embargo, en Alemania la doctrina de las cuestiones políticas también ha ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*Politische Justiz*—²⁶, en la cual el TCF se ha visto compulsado a defender la democracia política, mediante la resolución de casos políticos durante la etapa de la posguerra, como: la disolución del Par-

Schwegmann (eds.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, pp. 182 y ss.; asimismo, BACHOF, Otto. *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 132 y ss.; KOMMERS, Donald. *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*. USA: Sage Publications, 1976, pp. 69 y ss.

24 MÜLLER, Niklaus. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*. Berr: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1980, pp. 89 y ss.; PERALTA, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 130 y ss.

25 SCHLAICH, Klaus. *El tribunal constitucional federal alemán*. FAVOREU, LUCHAIRE, SCHLAICH, PIZZORUSSO, ERMACORA, GOGUEL, RUPP, ZAGREBELSKY, ELÍA, OEHLINGER, RIDEAU, DUBOIS, CAPPELLETTI y RIVERO. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1984, pp. 202 y ss.

26 LIMBACH, Jutta. *Im Namen des Volkes. Macht und Verantwortung der Richter*. Stuttgart: DVA, 1999, pp. 17-38; asimismo, GÖRLITZ, Axel (ed.), *Politische Justiz*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft., 1996, pp. 115 y ss.

tido Socialista del Imperio (partido neonazi),²⁷ la disolución del Partido Comunista Alemán²⁸ o, más contemporáneamente, la condena a los actos terroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo.²⁹

b. *España*

En cuanto, a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, esta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social,³⁰ como en la lucha del Estado contra el terrorismo; en los cuales, se ha presentado el tema de las cuestiones políticas no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana, sino en clave de control material de la Constitución. Así, en la Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo planteado por la Mesa Nacional del partido vasco Herri Batasuna (HB) contra el fallo de la Segunda Sala del Tribunal Supremo, que los había condenado por el delito de colaboración con la banda armada de ETA, al difundir durante la campaña a las elecciones generales del 3 de marzo de 1996 propaganda violentista del grupo terrorista ETA. Con ese fallo, los veintitrés integrantes de la Mesa Nacional de HB obtuvieron su libertad, en la medida que el amparo fue concedido por el TC basándose en que el principio de proporcionalidad de la pena fue violado por el legislador, en conexión con el derecho a la legalidad penal.³¹

Hay que recordar que el contexto político de la expedición de esta sentencia estuvo inscrito en la tregua indefinida que anunció la ETA en septiembre de 1998; lo cual ha inducido a pensar que la sentencia del Tribunal fue políticamente correcta al dejar en libertad a los miembros de la Mesa Nacional de HB,³² pero que jurídicamente y socialmente

²⁷ BverfGE, E 2, 1. SRP Verbot.

²⁸ BverfGE, E 5, 85. KPD Verbot.

²⁹ BverfGE, 4, S. 24 ff., Urteil vom 1. August 1978;

³⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto. *La política y el derecho: Veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º semestre, 1999; monográfico *El Tribunal Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 254 y ss.

³¹ STC 136/1999 del 20 de julio de 1999, el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, en *La Ley*, n.º 5, 1999, pp. 1548-1560.

³² BILBAO UBILLO, Juan María. «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enviaba la plana al legislador». RECD, año 20, n.º 58, enero-abril, 2000, pp. 277-

resultó altamente discutible.³³ En particular, por cuanto si bien los magistrados del TC dejaron a salvo la hermenéutica jurisdiccional del Tribunal Supremo, en tanto, leales intérpretes del mandato legal que les ordenaba condenar por el delito de colaboración con una banda armada; sostuvieron la inconstitucionalidad del fallo del mismo Tribunal Supremo, no por la falta de tipicidad del delito, sino por la falta de proporcionalidad de la sanción penal, dada por el legislador para el mencionado delito.³⁴

En efecto, el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo realiza un salto cualitativo en su tradicional argumentación jurisprudencial,³⁵ al expedir una sentencia en la que realiza un enjuiciamiento de la ley en una suerte de advertencia de la inconstitucionalidad,³⁶ al descalificar constitucionalmente la técnica legislativa del legislador de haber establecido una sanción penal desproporcionada con el bien jurídico protegido.

En ese entendido, el TC consideró que:

[...] la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación de desvalor que entrañan las conductas sancionadas[...]. En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscrip-

342; asimismo, PERRIS, J. M. y P. J. CUESTA. *Comentario a la STC 136/1999, de 20 de julio (Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)*. *Revista La Ley*, n.º 4970, 14 de enero de 2000.

³³ ÁLVAREZ, GARCÍA, Javier. *Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batauna*, en *La Ley*, n.º 5, 1999, pp. 2053-2059.

³⁴ STC 136/1999..., *op. cit.*, pp. 1555-1556,

³⁵ En términos generales véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». *REDC*, año 4, n.º 10, enero-abril, 1984, pp. 34-41.

³⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *La declaración de inconstitucionalidad de la ley*. En RUBIO LLORENTE Francisco y Javier JIMÉNEZ CAMPO. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 144 y ss.; asimismo, RUBIO LLORENTE, Francisco. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, *REDC*, año 8, n.º 22, enero-abril, Madrid, 1988, pp. 37-38.

ción constitucional de pena desproporcionada, como directa consecuencia de la aplicación del Art. 174° bis a) Código Penal 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes.³⁷

En consecuencia, el Tribunal Constitucional de Madrid formuló un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de carácter sustantivo de la función legislativa, en aras de proteger los derechos fundamentales invocados por los recurrentes, en una suerte de activismo judicial *clásico* de la doctrina de las *political questions*. Esta misma corriente jurisprudencial, aunque mucho más atemperada, se puede apreciar en los fallos del Tribunal Supremo sobre los secretos de estado, al convertir la desclasificación de los papeles del servicio secreto español —CESID—³⁸ en una cuestión de examen de constitucionalidad; aplicando sobre la base de un activismo judicial *funcional*, el test de los «conceptos judicialmente asequibles», entendidos como los límites previos que sirven para controlar los actos políticos del gobierno.³⁹

2.2. Jurisprudencia latinoamericana

En América Latina se puede señalar que la justicia constitucional tiene un desarrollo embrionario en materia constitucional para hacer justiciable las llamadas cuestiones políticas, como se aprecia en los siguientes casos.

³⁷ STC 136/1999..., *op. cit.*, p. 1558.

³⁸ LOZANO, Blanca. *La desclasificación de los secretos de Estado*. Madrid: Civitas, 1998, pp. 17-42 y 171-230; asimismo, GARRIDO CUENCA, Nuria. *El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva*. REDAP, n.º 143, mayo-junio, 1997, pp. 229-263.

³⁹ FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín. «Los secretos de estado en España; Jurisprudencia y teoría constitucional (I y II)». En *La Ley*, año XX, n.º 4762 y 4763, jueves 25 y viernes 26 de marzo de 1999, pp. 1-6 y 1-6, respectivamente; asimismo, Díez-Picazo, Luis. *Sobre secretos oficiales*. Madrid: Civitas, 1998, pp. 21-36.

a. *Argentina*

La doctrina de las cuestiones política no justiciables tiene larga traición en Argentina, se inicia en 1893 con el caso *Cullen v. Llerena*, donde queda establecido que el ejercicio de las facultades *privativas* y *exclusivas* de un órgano de poder no son revisables en sede judicial, en virtud del principio constitucional de la división de poderes. Es decir, que «cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente»;⁴⁰ es lo mismo decir que los actos políticos del Congreso o del Poder Ejecutivo quedan exentos de protección constitucional a través el Poder Judicial.

Esta doctrina judicial auto-restrictiva se mantuvo en el caso *Soria de Guerrero v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos (Fallos, 256-558, 1963)*. Sin embargo, se abrió el debate de las cuestiones políticas justiciables, con el voto disidente del juez Boffi Bogero para quien:

[...] una cosa es significa la política en sí misma y otra es el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquélla; y una es, en consecuencia, la política en materia de elecciones y una muy diferente es el derecho electoral que regula. Que cuando las transgresiones de los poderes políticos afectan la materia sometida a la competencia jurisdiccional de esta Corte se impone la sustanciación de las causas respectivas para decidir, en consecuencia, sin que esos poderes del Estado puedan legítimamente alegar que se trata del ejercicio de facultades *privativas*.⁴¹

En efecto, la jurisprudencia argentina asume la doctrina de las facultades *privativas*, entendido como la facultad del gobierno de ejercer un acto *privativo* «no judicial»; porque su juzgamiento por otro órgano le haría perder a dicho acto su carácter de «privatividad». Así por ejemplo, cuando el gobierno federal interviene a una provincia, declara la utilidad pública para expropiar, establece un estado de sitio, dicta decretos de necesidad y urgencia, o reforma la constitución, entre otros,

⁴⁰ VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*, t. I: *Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 220.

⁴¹ LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. II, *Teoría empírica de las instituciones políticas*. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1970, p. 487.

se produciría un acto político no justiciable. Ante esto, la buena doctrina ha señalado que: «el rótulo de privativa no sirve, pues, para conferir inmunidad a esa categoría de cuestiones que, por políticas, se reputan no judiciales. Y a mayor abundamiento, la privatividad no puede jugar como telón tras el cual se esconda una violación a la constitución».⁴²

En la medida que las cuestiones políticas esconde una exención del control de constitucionalidad, se viola el derecho a la jurisdicción, se declina del cumplimiento de la función estatal de administrar justicia, se impide remediar la eventual inconstitucionalidad de dichos actos políticos y, se configura la inmunidad a la eventual responsabilidad estatal. Por ello, en la década de los ochenta, con el retorno a la democracia la jurisprudencia argentina consolida progresivamente una posición de control de la constitucionalidad de los actos políticos, no exenta de avalar ciertas decisiones políticas, como la convalidación de la llamada ley de la obediencia debida, alegando la gravedad de la crisis militar, bajo la doctrina de la emergencia, para evadir el juzgamiento del militar Camps, acusado de violar los derechos humanos.⁴³

Por ello, la buena doctrina ha señalado que:

[...] no hay doctrina coherente de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad o no justiciabilidad de las cuestiones políticas y reservadas. Existen áreas intensamente sometidas al control judicial de constitucionalidad y razonabilidad, mientras que otras están parcialmente exentas de dicho control. Por último, algunos importantes tramos de la actividad estatal persisten injusticiales, aunque la tendencia prevaeciente es la de extender el diagnóstico judicial de constitucionalidad o inconstitucionalidad a más y más situaciones, en cuanto entre en juego algún derecho subjetivo lesionado. Y es alentador que así ocurra, en pro de la construcción del Estado de derecho.⁴⁴

⁴² BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1985, pp. 780; LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho constitucional e instituciones políticas...*, *op. cit.*, p. 482; VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 217 ss., del mismo autor, «Las facultades privativas ante la dimensión política del Poder Judicial». *Jurisprudencia Argentina*, n.º 9 y 10, Buenos Aires, 1970.

⁴³ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1998, pp. 187 y ss.

⁴⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*, t. 1, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 166; LINARES QUINTANA, Segundo. *Teoría e historia constitucional*, t. I, Buenos

b. *Perú*

En cuanto al caso peruano, se puede señalar que el Tribunal Constitucional establece claramente su jurisprudencia sobre las *political questions* en la sentencia que dicta sobre el recurso de amparo extraordinario interpuesto por los magistrados Revoredo, Rey y Aguirre contra la sentencia de la Corte Suprema que denegó la acción de amparo contra la decisión del Congreso, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos.⁴⁵

Pues bien, el Tribunal Constitucional actuando inconstitucionalmente con solo cuatro de sus miembros de los siete que dispone el artículo 201º de la Constitución, debido a la expulsión de los tres magistrados mencionados, señaló en dicha sentencia que:

[...] si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como «political questions» o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en

Aires: editorial Alfa, 1958, pp. 299-315. Para conocer el debate en Argentina, véase HARO, Ricardo. «Las cuestiones políticas: Prudencia o evasión judicial?». *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. 1, *Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1988, pp 333-362.

⁴⁵ Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Enrique Chirinos Soto, presidente de la subcomisión acusadora contra cuatro señores magistrados del Tribunal Constitucional, realizada en sesión plenaria del Congreso efectuada el día 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, anuario de la Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, Lima, 1997, pp. 421 y ss.; asimismo, *El Comercio*. «Magistrados del Tribunal Constitucional denuncian represalias, por haber declarado inaplicable ley sobre reelección presidencial. Rechazan pedido de acusación en su contra», edición del 7 de mayo de 1997, sección A, p.1.

la presente vía de amparo, denote una manifiesta trasgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional.⁴⁶

Al respecto, es destacable el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en un tema altamente sensible, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada de las *political questions*. Pero, es constitucional y democráticamente sospechoso que quienes hayan utilizado la doctrina de la cuestión política, sean los mismos magistrados —Acosta, García y Díaz—, que se han caracterizado por emitir fallos cargados de un positivismo legal y en este caso de un positivismo político gubernamental, aunque con nuevos argumentos constitucionales.

De la sentencia es importante remarcar el considerando en el que se sostiene que es justiciable, en sede constitucional, un acto privado del Congreso que viole la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho, el debido proceso —material—; en la medida que, el fallo establece un parámetro incipiente pero importante de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, es igualmente criticable que dicho criterio de control constitucional no lo hayan aplicado para evaluar precisamente si la decisión del Congreso de destituir a sus tres colegas se ajustó o no a los principios de razonabilidad, Estado de Derecho o debido proceso. Por cuanto, la línea argumental de la sentencia trasluce una defensa retórica de la Constitución, para luego consagrar arteramente la prevalencia de la decisión política parlamentaria, sin posibilidad real de control constitucional razonable alguno.⁴⁷

En conclusión, se puede señalar que la jurisdicción constitucional alemana, española y argentina han sabido transitar o lo están haciendo —proporcionalmente al orden presentado— con mayor creatividad y profundidad jurisprudencial frente a los grandes desafíos del gobierno en épocas de crisis; mientras que jurisdicción constitucional peruana apenas se ha incorporado a la doctrina de las *political questions* para

⁴⁶ Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N.º 340-98-AA/TC y, Acción de Amparo. Exp. N.º 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, viernes 25 de septiembre de 1998, pp. 1221 y 1224-1225.

⁴⁷ CARRASCO PERERA, Ángel. «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional». REDC, año 4, n.º 11, CEC, Madrid, 1984, pp. 39-105.

abdicar de su función control de constitucionalidad y supremo intérprete de la Constitución. Pero, el éxito de la jurisdicción constitucional comparada se encuentra íntimamente vinculada a la afirmación política de la democracia y de los criterios jurídicos razonables que permiten construir frente a casos difíciles una jurisprudencia constitucional democrática sustentable.⁴⁸ Este proceso aún no realizado por el Tribunal Constitucional del Perú, sin embargo, muestra las posibilidades jurisprudenciales para establecer un test para casos difíciles o decisiones judiciales límite, cuando se supere simultáneamente el precario estado de la democracia peruana.

3. TEST Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

En los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, los casos judiciales límite —por sus dificultades de resolución a base de una simple aplicación o interpretación tradicional de la Constitución— han dado lugar a la incorporación de nuevas reglas o test judiciales, que eran propios del Derecho Penal o del Derecho de Responsabilidad Civil, a fin de otorgar razonabilidad a las decisiones judiciales constitucionales límite.⁴⁹ No obstante, en épocas de crisis y cambio social, se ha escuchado radicales opiniones como la del juez Hughes (1907): «Nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es»; como también se ha sostenido la posición contraria del juez Harlan, quien en 1970 señaló en su voto concurrente y discrepante que «cuando el Tribunal no considera la expresa intención y concepción de los constituyentes, se ha invadido el campo de la política que tiene asignado el poder reformador de la Constitución y, se ha vio-

⁴⁸ BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. New Haven y Londres: Yale University Press, 1989, pp. 222-233; asimismo, véase KOMMERS, Donald. *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court...*, op. cit., pp. 207 y ss.3.

⁴⁹ B. THAYER, James. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». HLR. vol. VII, n.º 3, 1893-1894, pp. 1129-156; CORWIN, Edward. *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*. Nueva York: P. Smith, pp. 1950, pp. 168 ss. y 181 y ss.; asimismo, MILLER, Jonathan. «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia». *El Derecho*, t. 120, Buenos Aires, 1987, p. 922.

lado los fundamentos constitucionales que es su más alto deber de protección». ⁵⁰

Estas posiciones extremas, que se repiten en otras latitudes, expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica usualmente con su adicción al poder político; y, por el otro, el positivismo judicial formalista que fosiliza al Derecho Constitucional alejándolo de la realidad: ⁵¹ siendo que les corresponde controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas hechas ley, a través del método jurídico, aunque no mediante el agotado método tradicional. ⁵² Frente a esas dos formas de mentalidad judicial contrarias en sus fundamentos; pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, hay que oponer una teoría del control judicial basada en un pensamiento constitucional *posible*; ⁵³ que no pretenda poseer la verdad de la justicia constitucional ni que considere banal su búsqueda. En ese sentido, «no debe olvidarse ni por un momento las consecuencias generales que el extremismo, de un lado, y la moderación, de otro, tienen sobre la vida social [...]. La cuestión, bien entendida, es saber si las ciencias sociales no deberían empeñarse en la búsqueda de soluciones

⁵⁰ 400 U.S. 112, 91 S. Ct 260, 27 L. Ed. 2d 272 (1970), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only?) (Caso Oregon versus Mitchell); LOCKHART, KAMISAR, CHOPER, SHIFFRIN Y FALLON. *The American constitution*. Minnesota: West Publishing, 1996, pp. 1398 y ss.; asimismo, PLINER, Adolfo. «Pueden los jueces argentinos declarar de oficio la inconstitucionalidad de la leyes?». En *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, pp. 93 y ss.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 209 y ss.; asimismo, BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Turín: Giappichelli Editore, 1993, pp. 237 y ss.

⁵² HESSE, Konrad. «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit». *JöR* 46, 1998, pp. 8 y ss.; BACHOF, Otto. «El juez constitucional entre derecho y política». *Universitas*, vol. IV, n.º 2, *Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte*, Stuttgart, 1966, p. 139; asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 178 y ss.

⁵³ HÄBERLE, Peter. «Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens». *AÖR* 102 (1977), pp. 29 y ss.; asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 16 y ss.

sensatas a los problemas sociales y si la moderación no será más razonable que el extremismo».⁵⁴

Corresponde, pues, recuperar el viejo concepto de la *juris prudentia*, frente a la *scientia juris*; en tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los valores y principios constitucionales; frente a la segunda que encuentra en la racionalidad formal normativista el único camino para la comprensión de la Constitución. Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio de verdadero/falso de manera excluyente, de acuerdo con la lógica maniquea del *entweder* o «dentro o fuera», la *juris prudentia* busca más bien acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que contemporáneamente se denomina juicio de razonabilidad.⁵⁵

Ello se hace imprescindible en el Perú, ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia constitucional de controlar los actos políticos del legislador o del gobierno, que unas veces son más sutiles y otras veces más inescrupulosos en su infracción constitucional. Por ello, se requiere partir de concebir no solo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que dan validez a la misma.⁵⁶ Esto nos lleva a postular parámetros constitucionales de interpretación para la norma legal impugnada, a partir de reconocer el marco valorativo que fundamenta a la Constitución, dado el carácter abierto del texto constitucional; en función

⁵⁴ STRAUSS, Leo. *Naturrecht und Geschichte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977 p. 73; asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁵⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1983, p. 49; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: PUCP-MDC, 1997, pp. 108-129; TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law...*, *op. cit.*, pp. 106-107; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: CEC, 1984, pp. 203 y ss.; asimismo, CARRASCO PERERA, Ángel. «El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional». REDC, año 4, n.º 11, CEC, Madrid, 1984, pp. 39 y ss.

⁵⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional (Su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 167 y ss.; GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*. L.G.D.J., Paris, 1982, pp. 49 y ss.; SIMON, Helmut. «Jurisdicción Constitucional». *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Madrid, 1996 pp. 850 y ss.; asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

de la cual los magistrados deberían interpretar la Constitución, como una norma producto del proceso público y no como el resultado de la voluntad personal.⁵⁷

En ese sentido, tanto el texto jurídico como el sistema de valores en que se basa la Constitución, constituyen la norma suprema en la medida que representan una manifestación de los institutos u órdenes concretos que anidan previamente en la sociedad civil;⁵⁸ en virtud de lo cual, tiene carácter vinculante para los poderes públicos, instituciones y ciudadanos y, en consecuencia, son inmunes a las normas legales y decisiones políticas del legislador o del Presidente que las inflijan. Esta supremacía constitucional, sin embargo, tiene matizaciones y distinciones, dada la amplia textura normativa del propio texto constitucional, como de sus presupuestos materiales, que se encuentran en el preámbulo, las declaraciones finales, las normas de principios, derechos, garantías, así como, en las normas orgánicas y competenciales.⁵⁹

Por ello, si bien el ámbito de control de la justicia constitucional es sobre toda la Constitución, este se concreta en la forma de declaración de inconstitucionalidad de una ley. Para lo cual, la argumentación de la interpretación constitucional debe obedecer: por un lado, a la ponderación de la textura de todos los contenidos constitucionales, que operan desde el preámbulo, pasando por las normas de contenido, organización y procedimiento, hasta las declaraciones finales;⁶⁰ y, por otro lado, a criterios y grados de intensidad del control constitucional más amplios, en función de la naturaleza de la ley —general o singular—, alcances de la ley —regulatoria, interpretativa, dispositiva, etc.—, así

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentliche Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft...*, op. cit., pp. 121-152.

⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanserischer Verlagsanstalt, 1934, pp. 11-40.

⁵⁹ BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XIX, n.º 57, septiembre-diciembre de 1986, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, pp. 842 s.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 68 y ss.

⁶⁰ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I. *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung*. München: Verlag C.H. Beck, 1977, pp. 61-78; OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel Derecho, pp. 28 y ss.

como al grado de confianza o desconfianza con que cuenta el legislador.⁶¹

Sin embargo, esta forma de control constitucional tiene límites funcionales para no traspasar el principio de división y balance de poderes; en tanto que «la vinculación de los jueces a la ley es un punto angular en el sistema de división de poderes».⁶² En ese sentido, los jueces cuentan con parámetros generales de control jurisdiccional que deben materializar, protegiendo y promoviendo las siguientes finalidades y funciones constitucionales de toda Carta Magna: ordenar, estabilizar, judicializar, integrar, limitar y controlar al poder, así como, establecer los principios organizativos del Estado y promover los fines materiales del Estado mediante disposiciones jurídicas que permitan actuar a los ciudadanos en el marco del Estado; todo ello, claro esta, para proteger los derechos fundamentales y en particular las garantías jurídicas de la libertad y la autonomía de la persona.⁶³

En particular los jueces constitucionales deben cumplir tres funciones esenciales en su actuación jurisdiccional constitucional: a) la función valorativa, en la medida que enjuician una ley declarándola constitucional o inconstitucional; b) la función pacificadora, en virtud de la cual clausura un proceso constitucional con calidad de cosa juzgada; y c) la función ordenadora, en tanto su fallo adquiere plenos efectos frente a todos los poderes públicos y particulares.⁶⁴

Es sobre la base de estos presupuestos que se pueden plantear los siguientes tests y límites de las funciones del control constitucional que llevan a cabo los jueces:

⁶¹ EICHENBERGER, Kurt. «Gesetzgebung im Rechtsstaat». VVRDStRL 40, 1982, pp. 13 y ss.; asimismo, SIMON, Helmut. *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., pp. 851 s.

⁶² BACHOF, Otto. *Der Richter als Gesetzgeber?*, en el compendio de ensayos del mismo autor *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*. Athenäum, 1979, p. 344.

⁶³ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I. *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, op. cit. p. 62,

⁶⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. «La declaración de inconstitucionalidad de la ley». En RUBIO LLORENTE, Francisco y Javier JIMÉNEZ CAMPO. *Estudios sobre jurisdicción constitucional...*, op. cit. pp. 114-121.

3.1. Ponderación judicial

En las democracias estables tanto la autolimitación judicial —*self-restraint*— como el activismo judicial funcional y extraordinariamente el activismo judicial clásico han constituido la regla para asumir los procesos constitucionales con un abierto contenido político.⁶⁵ Pero, este baremo no debe ser rígido, sino que los matices dependen de la naturaleza del proceso concreto; en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo no solo jurisdiccional, sino también constitucional y político del Estado⁶⁶ que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo político, social y económico de la sociedad. En esta medida la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y sociales; por ello resulta impropio plantear la despolitización —*Entpolitisierung*— de las resoluciones de la justicia constitucional; ya que estas tendrán por sí solas legitimidad cuando hayan adquirido, no solo autoridad legal —*ius imperium*—, sino también autoridad jurídica —*auctoritas*— y aprobación social —*potestas*—.

En este sentido, para resolver idóneamente un conflicto político expresado en una ley o en un acto de gobierno, no se necesita de una sentencia igualmente política, sino jurídica, porque en lugar de controlar la vigencia de la Constitución, los jueces constitucionales estarían convirtiéndose en dueños de la misma.⁶⁷ Por eso, en principio, cuando no haya disposiciones constitucionales acerca de los alcances de la facultad discrecional de los jueces ni límites de lo justiciable, que previamente establezcan normas concretas y vinculantes que limiten a la jurisdicción constitucional, cabe plantear en casos políticamente álgidos, la problemática de los alcances del control de la jurisdicción cons-

⁶⁵ AJA, Eliseo. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel, 1998, pp.53 ss. y 171 ss.; HESSE, Konrad. «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit». En Peter Häberle y Alexander Hollerbach (eds.), *Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften*. Tübingen: C. F. Müller, 1984, pp. 311-322; asimismo, SCHNEIDER, Hans-Peter. «Jurisdicción constitucional y separación de poderes». En *REDC*, año 2, n.º 5, CEC, Madrid, 1982, pp. 42-54.

⁶⁶ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, op. cit., pp. 127-135 y pp. 222-237.

⁶⁷ BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 842; asimismo, VEGA, Pedro de. «Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución». *REP*, n.º 7, Madrid, 1979, pp. 117 y ss.

titucional en un determinado proceso, a partir de la autolimitación judicial —*judicial self-restraint*— como regla,⁶⁸ siempre que el sistema ofrezca otros controles democráticos en sede política y administrativa.

Sin embargo, en gobiernos con democracias e instituciones débiles,

[...] las normas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la interpretación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley.⁶⁹

Si bien da pábulo para un activismo judicial *clásico*, no hay que olvidar que desde esta perspectiva, en la tensión entre la política y el derecho, el órgano judicial paradójicamente se estaría debilitando si no puede subordinar con legitimidad constitucional al poder político, a través de sus sentencias.

En ese entendido, la regla inicial no es fija sino variable, va desde la autorestricción judicial hasta el activismo judicial clásico y funcional, de acuerdo con la naturaleza del caso político y a las circunstancias políticas, sociales o económicas que rodeen al mismo; así, pues, la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, alemana y española, muestra que la jurisdicción constitucional en esos países ha sabido mantener y asegurar su legitimidad, gracias al *self-restraint*;⁷⁰ pero que ha podido avanzar y coadyuvar al desarrollo político y social de sus socie-

⁶⁸ HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 313 y ss.; asimismo, BERGER, Raoul. *Government by judiciary...*, *op. cit.*, pp. 466 y ss.

⁶⁹ BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, *op. cit.*, p. 843; asimismo, DWORKIN, Ronald. *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 265 y ss.

⁷⁰ BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven y Londres: Yale University Press, 1986, pp. 133-144; asimismo, HELLER, Kurt. «Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes». *ÖsterrZÖffR* 39, 1988, pp. 89-136; asimismo, JIMÉNEZ CAMPO, Javier. «El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español». Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

dades, gracias al *judicial activism*.⁷¹ Por eso, es importante establecer un balance entre ambos sistemas, tendiente al ejercicio de un activismo judicial *funcional*, que este de acuerdo con las etapas por las que atraviesen las democracias mínimas, como la que se ha instalado en el Perú, con la re-reelección presidencial de Fujimori en abril de 2000.

3.2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales constituyen límites materiales que no pueden ser sobrepasados por el Tribunal Constitucional en su apreciación de las causas políticas, ya sean entendidas como materia justiciable o no justiciable. En la medida que, son expresión de una estructura valorativa en la que se funda el pacto constitucional, este *ethos político* democrático se basa en los principios de la voluntad popular y del respeto a la libertad, como elementos constitutivos de la comunidad política.⁷² En la medida que estos valores fundamentales se transforman en principios constitucionales, adquieren contenidos jurídicos no menos vinculantes; así se convierten el valor libertad en los derechos de la libertad y la voluntad popular en una forma de gobierno democrática, los mismos que irán asumiendo atributos normativos, en función del desarrollo legislativo del legislador o de los actos políticos o de Gobierno y del control judicial que de ellos haga la justicia constitucional.⁷³

Como es de entender, la interpretación de los derechos fundamentales como igualdad, dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, Estado social, bien común, bienestar, economía social de mercado, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos, en tanto

⁷¹ WASBY, Stephan. *The Supreme Court in the Federal Judicial System*. Chicago: Nelson-Hall Publisher, 1988, pp. 10 ss. y 299 ss.; GOLDBERG, Arthur. *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court*. Illinois: Northwestern University Press, 1971, pp. 67 y ss.; KURLAND, Philip. *Politics the constitution and the Warren court*. Chicago y Londres: The University of Chicago, 1970 pp. 191 y ss.; SCHMIDHAUSER, John y LARRY BERG. *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968*. Nueva York : The Free Press, 1972, pp. 17 y ss.

⁷² FRIEDRICH, Carl. *La democracia como forma política y forma de vida...*, *op. cit.* Madrid: Tecnos, 1966, p. 104; asimismo, VEGA, Pedro de. *En torno a la legitimidad constitucional*, UNAM, México, 1988, pp. 807-811; asimismo, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996, pp. 957 y ss.

⁷³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 130 y ss.; asimismo, HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo que no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez; sino que tienen una validez funcional, en la medida que el juez constitucional debe asumir una interpretación como válida, entre todas las posibles constitucionalmente; la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos.⁷⁴ Claro está que esa función pacificadora solo se logrará cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador, el Gobierno y la opinión pública acepte sus decisiones. Ello es factible, siempre que el Tribunal Constitucional ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable.⁷⁵

Es ilustrativo destacar que la justicia constitucional comparada ha desarrollado —y también ha establecido límites al control constitucional— mediante la concretización de los valores constitucionales y la creación de ciertas técnicas para la tutela de los derechos fundamentales —*Wertjurisprudenz*—,⁷⁶ la preferencia de los derechos personales sobre los derechos patrimoniales —*preferred freedoms*—,⁷⁷ o la técnica de los conceptos judicialmente asequibles, entendido como aquellos límites previos que tienen por finalidad controlar los actos políticos del gobierno.⁷⁸ Esto ha dado lugar a un gran desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, de la justicia constitucional; proceso, en el cual, se han establecido como reglas básicas: la presunción de constitucionalidad de una ley, evitando declararlas nulas y previniendo las consecuencias de sus fallos, así como, el respeto a las valoraciones,

⁷⁴ HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 314.

⁷⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 37; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 30 y ss.; asimismo, GARCÍA, Alonso. *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 277 ss. y 302 ss.

⁷⁶ BverfGE 6, 32; BverfGE, 7, 198; BverfGE 27, 1, 6.; BverfGE 35, 79, 114; 34, 269, 280, y; BverfGE 35, 57, 65; 21, 362, 372.

⁷⁷ 304 U.S. 144 (1938), nota 4; (United States versus Carolene Products Co.), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only?); asimismo, 323 U.S. 516 (1945), caso Thomas versus Collins, en Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The American constitution...*, op. cit. pp. 828, 851 y 1082.

⁷⁸ FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín. «Los secretos de estado en España; Jurisprudencia y teoría constitucional (II)» *La Ley*, año XX, n.º 4763, viernes 26 de marzo de 1999, pp. 2-5.

pronósticos y fines políticos que establece el legislador en la ley;⁷⁹ así como, también, el principio democrático, en virtud del cual en todo Estado de Derecho esta prohibida la arbitrariedad de los poderes públicos, poniendo fin a las llamadas «inmunidades del poder».⁸⁰ En este sentido, los actos del poder y quienes lo ejercen siempre están sujetos a responsabilidad no solo judicial, sino política y administrativa.⁸¹

3.3. Libre configuración de la ley por el legislador

Que el Tribunal Constitucional asuma una cuota de definición de los asuntos de interés público, mediante el control jurídico de las decisiones políticas del poder legislativo o de los actos políticos del gobierno, no significa que intervenga en la esfera reservada al gobierno de tomar decisiones políticas o al legislador de hacer de la ley un instrumento de dirección política —*politische Führungsinstrument*—,⁸² como tampoco que asuma una posición subordinada sin posibilidad de reorientar su actividad legislativa o gubernamental. En la medida que el principio de la división clásica de poderes, propio de la época del otrora principio del Parlamento primer poder del Estado, ha cedido paso al principio del gobierno mixto⁸³ de control y balance de pode-

⁷⁹ SIMON, Helmut. *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, p. 854 y ss.; asimismo, BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, *op. cit.*, pp. 845-849.

⁸⁰ BADURA, Peter. «Verfassung und Verfassungsgesetz». *Festschrift für Ulrich Scheuner, zum 70. Geburtstag*, (H. Ehmke, J. Kaiser, W. Kewenig, K. Meesen, W. Rüfer, eds.), Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 22 y ss.; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁸¹ AVRIL, Pierre. «Pouvoir et responsabilité». *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*. París: L.G.D.J., 1977, pp. 9-23; BERI, Giorgio. *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)* CEDAM, 1994, pp. 49 ss. y, 337 ss.; Francesc Pau I Vall (coord.). *Parlamento y control del gobierno*. Aranzadi, 1998, pp. 213 y ss.; C. Zoethout, G. Van der Tang, P. Akkermans (eds.), *Control in constitutional law*. Dordrecht : Martinus Nijhof Publishers, 1993, pp. 222.

⁸² ELLWEIN, Thomas, Alex GÖRLITZ y Andreas SCHRÖDER. *Parlament und Verwaltung*, t. 1, *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1967, pp. 24 ss. y 57 ss.; asimismo, SCHÄFER, Friedrich. *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, Grote, 1980, pp. 10 y ss.

⁸³ HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, p. 315; M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford:

res,⁸⁴ ya no cabe pensar en compartimientos públicos estancos; por que «tan solo en un sistema equilibrado de controles recíprocos pueden equilibrarse, sin peligro de la libertad, un poder legislativo fuerte, un poder ejecutivo fuerte, y un poder judicial fuerte».⁸⁵

La determinación del contenido de la ley es una competencia positiva que la decide el legislador bajo criterios constitucionales, materia propia de la reserva de la ley, como instrumento de la formación de la voluntad política;⁸⁶ pero el control constitucional de dicha ley, es materia de legislación negativa del juez constitucional, siempre que se haya vulnerado los parámetros constitucionales justiciables.⁸⁷ Al respecto, es el caso, también, dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, en la medida que entre ambas hay un baremo de posibilidades de actuación judicial, que son las que otorgan sentido real a la posición del Tribunal Constitucional frente a su rol de control constitucional de los actos legislativos, como también de los actos políticos del Gobierno. La Constitución sigue siendo una norma jurídica suprema que hace justiciable a la ley;⁸⁸ más aún, en tiempos en que ley no es toda decisión política que adopta el Parlamento, como tampoco, sentencia no es toda resolución que adopta el Tribunal Constitucional.

Clarendon Press, 1967, pp. 71 y ss; asimismo, CAPPELLETTI, Mauro. «Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional». REDC, n.º 17, 1986, p. 33.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, RDP, 1928, París, p. 225; Friedrich, Carl. *Constitutional government and politics*. Londres: Harper & Brothers publishers, 1937, pp. 144 y ss; asimismo, FINER, Herman. *The theory and practice of modern government*. Londres: Methuen & Co., 1961, pp. 94 y ss.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 613.

⁸⁶ SCHNEIDER, Hans-Peter y Wolfgang ZEH (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*. Berlin – Nueva York: Walter de Gruyter, 1989, pp. 993 y ss.; SCHÄFER, Friedrich. *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung...*, op. cit., pp. 21 y ss.; asimismo, véase LINARES QUINTANA, Segundo. *Teoría e historia constitucional*, t.I..., op. cit., p. 319, para quien «el poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador».

⁸⁷ KELSEN, Hans. «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?». *Die Justiz*, Band VI (1930/31), op. cit., pp. 587 y ss.

⁸⁸ BADURA Peter y Joseph KAISER. *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, Köln: Wirtschaftsverlag, 1987, pp. 12 y ss.

Así, por ejemplo, si la ley del Congreso ya no es —como regla—, una norma general, abstracta e intemporal, sino, por el contrario, una disposición particular, concreta y temporal; no es razonable que se excluya a la justicia constitucional de realizar el control de las mismas, en función de una peregrina concepción formal de la justicia —*justizförmig*—; por cuanto, muchas veces, esas leyes-medida presuponen una decisión específica ya adoptada por el legislador, cuando les corresponden a las jurisdicciones comunes o especializadas decidir judicialmente. Con ello, se plantea el problema según el cual los jueces del Tribunal Constitucional ya no pueden asumir un rol tradicional de jueces objetivos y dependientes exclusivamente de la ley general, sino, que deben convertirse en magistrados controladores precisamente de las leyes, en tanto portavoces o intérpretes supremos de la Constitución.⁸⁹

Ahora, los actos legislativos presentan características propias que el juez constitucional no puede soslayar o confundir; así, «el legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad —si una medida es “idónea” para alcanzar un fin determinado o qué medida, entre varias posibles, es la “necesaria” (el problema del pronóstico)— que para distinguirla de la libertad de configuración debería denominarse “prerrogativa de estimación” (*Einschätzungsprärogative*)».⁹⁰ Por ello, si bien en principio, el acto de la configuración del contenido de la decisión normativo-constitucional de la ley, en tanto opción política, no es materia de control constitucional; sí lo sería en la medida que esa opción política obstruya los valores democráticos en que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como, los derechos fundamentales y el debido proceso legal; es decir, que la jurisdicción constitucional, ante una *political question*, deberá procurar limpiar los canales de participación de las minorías en el cambio social, ante el constante peligro del poder omnímodo de las mayorías.⁹¹

⁸⁹ WARREN, Charles. *Congress, the Constitution and the Supreme Court*. Boston: Brown, 1935, pp. 54 y ss.; asimismo, EVANS HUGHES, Charles. *The Supreme Court of the United States. Its foundation, method and achievements: an interpretation*. Nueva York: Columbia University Press, pp. 1937, p. 242.

⁹⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter. «Jurisdicción constitucional y separación de poderes...», op. cit. p. 51, también p. 55; así mismo, SIMON, Helmut. «Jurisdicción Constitucional...», op. cit., p. 851.

⁹¹ HART ELY, John. «Democracy and Distrust...», op. cit., pp. 105 y ss.; KELSEN, Hans. «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitution-

Porque, si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y al libre arbitrio del poder mayoritario de turno, que podría estar soslayando actos ilícitos o contrarios a la Constitución; por ello, no sin cierto valor pragmático, se ha señalado que si bien es inadmisibles la elaboración judicial de las leyes —*judicial lawmaking*—,⁹² esta es menos peligrosa que la legislativa en la medida que los excesos de un activismo judicial *clásico* pueden ser revertidos, mediante la legislación o incluso la reforma constitucional, con efectos claro está *ex-nunc*. Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, sobre la base de las imperfecciones de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, que son valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo.⁹³

4. CONCLUSIÓN

La judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso, en cuanto

nelle)». RDP, 1928..., op. cit. pp. 252 y s.; CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, en *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coloquio n.º 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra editora, 1995, p. 87; asimismo, MILLER, Jonathan. «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia». *El Derecho*, t. 120, 1987..., op. cit., p. 924.

⁹² DEVLIN, Lord. «Judges and lawmakers». *The Modern Law Review*, vol. 39, n.º 1, 1976, pp. 5 y ss.; asimismo, MILLER, Jonathan. «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia». *El Derecho*, t. 120, 1987..., op. cit., p. 927.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional». *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 627-629; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit. pp. 929 y ss.; CARRASCO PERERA, Ángel. «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional». REDC, año 4, n.º 11, 1984..., op. cit., pp. 79 y ss.; asimismo, HITTERS, Juan Carlos. «Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad». *El Derecho*, t.120, 1987..., op. cit., pp. 908-909.

a su alcance o densidad de control judicial,⁹⁴ a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno, se instale el abuso judicial; lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces*⁹⁵ sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos; ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones ante ningún poder público. Esta situación ha levantado voces preguntando legítimamente *quo vadis?* y *qui custodet custodes?*⁹⁶

No hay una única solución a ese real peligro; pero, definitivamente, una cuidadosa selección de los magistrados,⁹⁷ el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.⁹⁸ Demás esta decir, que la responsabili-

⁹⁴ BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 86 ss. y 108 ss.; asimismo, SHAPIRO, Martin. *Law and politics and the Supreme Court*. Londres: Press of Glencoe – MacMillan, pp. 1964, pp. 50 y ss.

⁹⁵ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. París: Giard & C. 1921, pp. 220-236.

⁹⁶ ISENSEE, Jopsef. «Bundesverfassungsgericht – quo vadis?». *JZ* 22, 1996, pp. 1085 y ss. 51; SHAPIRO, Martin. *Who guards the guardians? Judicial control of administration*. Atenas y Londres: The University of Georgia Press, 1988, pp. 62 y ss.; asimismo, WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*. Nueva York: Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp. 1-11; asimismo, RUBIO LLORENTE, Francisco. «La igualdad en la aplicación de la ley». *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 152 y ss.

⁹⁷ BILLING, Werner. *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»*. Berlin: Dunccker & Humblot, 1969, pp. 82 y ss.; asimismo, BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

⁹⁸ SCHEUNER, Ulrich. *Verantwortung und kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung*, en *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, (Th. Ritterspach y W. Geiger), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 379 y ss.; asimismo del autor: *Die Kontrolle der Staatsmacht im demokratischen Staat*, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Hannover, 1977, p. 78; asimismo, KIMMINICH,

dad judicial también se va perfilando en las continuas y los permanentes conflictos y relaciones de cooperación con los demás poderes públicos.⁹⁹

Lima, octubre de 2000

Otto. *Estado de Derecho, democracia, Constitución*, en *Universitas*, vol. XXVI, n.º 1, 1988, p. 1.

⁹⁹ BARROW Deborah y Thomas WALKER. *A court divided, The fifth courts of appeals and the politics of judicial reform*. New Haven – Londres :Yale University Press, 1988, pp. 248 y ss.