

LA PELIGROSA HÍPER-CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: ANÁLISIS PRELIMINAR DEL CASO PERUANO

THE PERILOUS HYPER-CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: PRELIMINARY ANALYSIS OF THE PERUVIAN CASE

Gonzalo J. Monge Morales*
Harvard Law School

This article provides a preliminary analysis, intended to generate academic debate, of the hyper-constitutionalization of Law in Peru, a little-studied but highly relevant topic of contemporary relevance.

If everything is constitutionalized, excesses can be committed. If everything is constitutional, then nothing is. And although contemporary constitutions and the constitutionalism of rights offer merit, the misunderstood constitutionalization of Law can lead to dangers that jeopardize what it was promised to protect: fundamental rights.

KEYWORDS: *Constitutional Law; constitutionalization; hyper-constitutionalization; neoconstitutionalism.*

Este artículo analiza, de forma preliminar y para generar debate académico, la híper-constitucionalización del Derecho en el Perú, un tema poco estudiado, pero de alta relevancia contemporánea.

Si todo se constitucionaliza, se pueden cometer excesos. Si todo es constitucional, entonces nada lo es. Y aunque las Constituciones contemporáneas y el constitucionalismo de los derechos presenten bondades, la constitucionalización del Derecho mal entendida puede llevar a peligros que ponen en riesgo aquello que se prometió proteger: los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; constitucionalización; híper-constitucionalización; neoconstitutionalismo.*

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, en la que estudió como Becario Fulbright. Profesor contratado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en cursos de su especialidad. Asociado Principal y Responsable del Equipo de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Echeconpar (Lima, Perú). Miembro fundador de Perspectiva Constitucional. Miembro de Constitucionalismo Crítico, la Sociedad Peruana de Constitucionalistas y la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-5877-4235>. Contacto: gmonge@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 09 de septiembre de 2025, y aceptado por el mismo el 09 de diciembre de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se describe un hecho poco estudiado, pero que debería merecer mayor atención de los constitucionalistas en el Perú y la academia en general: la híper-constitucionalización del Derecho. Aunque se saluden y hasta aplaudan los esfuerzos por hacer que nuestro Derecho cada vez se vea más impregnado de la Constitución (y lo que ella implica como límite al poder, inspirada en ciertos valores y que consagra el catálogo de derechos fundamentales), en este artículo se lanzan algunas advertencias preliminares sobre el ‘exceso’ de constitucionalización. En el Perú, sin duda, se ven algunos casos, expresados en polémicas decisiones jurisdiccionales y en las actitudes de algunos actores jurídicos.

Por supuesto, para hablar de híper-constitucionalización es necesario hablar primero de la constitucionalización. Tras la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos contemporáneos de occidente han experimentado la llamada ‘constitucionalización del Derecho’, un fenómeno –pero también un proceso– por el cual la Constitución pasa a impregnar todas las ramas del sistema jurídico. Lo que se busca, por supuesto, es que ninguna disciplina jurídica se pueda entender sin referencia a la Constitución y los derechos y valores que ella consagra. Así, la Constitución es un punto de partida, pero también un punto de llegada, pues –aparentemente– nada puede (¿o debe?) escapar a la Constitución, convirtiéndose ésta en aquel ‘huevo jurídico originario’ del cual nos hablaba Forsthoﬀ (1975, p. 242) y reseña Alexy (2002, p. 16)¹. En este artículo se empezará a analizar, preliminarmente, si esto es realmente así o incluso si es conveniente que sea así.

La discusión que aquí planteo sobre la híper-constitucionalización del Derecho continúa –a su manera y en sus propios términos– una discusión iniciada hace ya muchos años por quienes veían con preocupación eso que ahora vemos con relativa normalidad: que la Constitución irradia su fuerza normativa hacia todos y cada uno de los ámbitos del Derecho y de la vida social, lo cual lleva a que quienes imparten justicia tengan un rol predominante en el quehacer y futuro de un país (o, cuando menos, un papel relevante, el cual podría ser abusado en distintos niveles). En efecto, aquí con-

viene recordar a figuras como Carl Schmitt, Ernst Forsthoﬀ, y Ernst-Wolfgang Böckenförde, a los cuales haremos referencia más adelante al hablar de los problemas generados por la así llamada constitucionalización del Derecho, sobre la cual también nos pronunciaremos.

Un autor clave para estudiar la constitucionalización del Derecho es Riccardo Guastini, quien da cuenta de al menos siete condiciones para analizar si un ordenamiento jurídico puede considerarse constitucionalizado o no. Sin perjuicio del recuento que se hará de dichas condiciones, en este artículo se plantea, a nivel preliminar, que la cuarta condición (la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución) y la séptima condición (la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas) dan pie a excesos que terminan por vaciar de contenido a otras fuentes del Derecho (como la ley) o terminan sacrificando valores importantes (como la autonomía privada) que dan sustento a ramas del Derecho (*grosso modo*, el Derecho Privado) mucho más antiguas que el Derecho Constitucional y que no deben ser ignoradas bajo un equivocado entendimiento de que ‘constitucionalizar’ es sinónimo de ‘copar’ (restarle sus particularidades a las distintas ramas del Derecho *so pretexto* de aplicar la Constitución ‘por encima de todo’). Si todo es constitucional, entonces nada lo es.

Como fenómeno y como proceso, la constitucionalización del Derecho ha contado con el respaldo académico del llamado ‘neoconstitucionalismo’. Hay muchas voces discrepantes sobre lo que se puede entender por dicho término y lo que entraña, y en este artículo no se pretende zanjar una discusión que tiene enfrentados a los mismos ‘neoconstitucionalistas’. No obstante, y para fines de esta introducción, tomemos en cuenta que dos de las características del ‘neoconstitucionalismo’ son la de (i) plantear una Constitución ‘invasiva’ en todos los ámbitos del Derecho y la de (ii) defender el rol activo de la labor jurisdiccional. Esas dos características, mal aplicadas o entendidas, pueden llevar –entre otras consecuencias negativas– al avasallamiento del Derecho no-constitucional (Civil o Societario, por ejemplo) y a justificar decisiones judiciales que, sin perjuicio de sus alegadas bondades, transgreden la Constitución (irónicamente) y dan la apariencia de incurrir en una arbitrariedad maquaviélica del tipo ‘el fin justifica los

¹ Como es conocido, la traducción al castellano señala: “La constitución es así como un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal hasta la Ley sobre fabricación de termómetros” (Forsthoﬀ, 1975, p. 242). Alexy precisa que no es una traducción apropiada y complementa que Forsthoﬀ

[S]e refiere sarcásticamente a la idea de que la Constitución sea el huevo que da origen a todo el ordenamiento jurídico y que envuelve ya in nuce y ab initio el contenido de todas las normas que lo conforman (la Constitución como un microcosmos jurídico). (Alexy, 2002, p. 16)

medios'. Parecieran, en algunos casos, terminar en aquel temido gobierno de los jueces o juristocracia o Estado jurisdiccional de justicia constitucional.

Estos problemas son consecuencia de la híper-constitucionalización del Derecho, a la que se podría definir preliminarmente como un mal entendimiento —con dolo o culpa— de lo que implica constitucionalizar un ordenamiento jurídico, incurriendo en excesos que terminan por vulnerar el principio de separación de poderes y restarle legitimidad al mismo sistema jurídico. Es decir, y aunque suena obvio, la híper-constitucionalización es la exacerbación del fenómeno y proceso de la constitucionalización del Derecho. Como 'daño colateral', la híper-constitucionalización termina afectando al mismo Derecho Constitucional y al constitucionalismo, pues siembra dudas sobre lo que es una Constitución y cómo se aplica.

Esperando que se pueda advertir el peligro que se anunciaba al inicio, en este artículo se busca dar una visión preliminar sobre lo que se entiende por híper-constitucionalización, lo cual implica revisar algunos conceptos clave y también jurisprudencia, para luego plantear algunas reflexiones que sirvan para el debate académico y práctico.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

No se puede estudiar Derecho Constitucional sin conocer de otras disciplinas como Historia, Filosofía, Política o Sociología. Y así como Hegel decía que la filosofía era hija de su tiempo (Hegel, 1968, p. 35)², sin duda el Derecho también es hijo de su tiempo. No hay Derecho sin contexto, y vaya que el Derecho Constitucional necesita contexto para entenderse en su real dimensión. Por ello, en este acápite iniciaremos con un pequeño recuento histórico del Derecho Constitucional contemporáneo y sus principales características, lo que significa una Constitución en estos tiempos y el 'neoconstitucionalismo', para luego adentrarnos en lo que significa la constitucionalización del Derecho.

A. El surgimiento del actual Estado Constitucional y las características de las actuales Constituciones

En la historia del Derecho Constitucional occidental, la Segunda Guerra Mundial marca un antes y

un después relevante, pues supone el tránsito del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli, 2001, p. 31). Con ello vienen críticas feroces hacia el positivismo jurídico, al cual se le atribuye haber permitido los horrores contra la humanidad que ahí se cometieron "en nombre de la ley" (Salazar, 2015, p. 84). También marca el surgimiento de un "constitucionalismo de los derechos" enfocado no solo en el límite al poder público (el Estado y su organización), sino muy especialmente en la protección de los derechos de las personas (Pino, 2018, p. 34).

En el plano internacional, surge un catálogo mínimo de derechos de todas las personas, consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cual da lugar a una "corriente imparable de acuerdos internacionales que repercutieron en las constituciones europeas continentales e iberoamericanas. De esta manera, las llamadas constituciones surgidas después de las guerras mundiales fueron especialmente sensibles para la incorporación de extensos catálogos de derechos y libertades" (Hakansson, 2008, p. 65). Vamos a volver sobre ello en los próximos párrafos.

Otro legado del tránsito hacia el Estado Constitucional es lo que la profesora Susanna Pozzolo llama: (i) el arraigo general del consenso como criterio político; y (ii) el éxito de las cortes constitucionales (2011, pp. 13-14). Producto de lo primero, se reconocería como algo positivo el contar con alguna forma democrática de gobierno, pues "otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual" es la democracia (Zagrebelsky, 2011, p. 67).

Producto de lo segundo, se reconocería como algo positivo el control de legitimidad sobre la legislación y, por consiguiente, la discusión del consenso como criterio último de la decisión (Pozzolo, 2011, pp. 13-14). En otras palabras, se reconocería como algo positivo a la posibilidad de judicializar las cosas y de darle un amplio reconocimiento al Poder Judicial. También volveremos más adelante sobre ello.

Ahora bien, las Constituciones que se aprueban luego de la Segunda Guerra Mundial son distintas a las Constituciones que existieron en otros periodos de la historia y, por consiguiente, la forma de hacer Derecho Constitucional también era diferen-

² La cita del 'Prefacio' de su obra de 1820 dice lo siguiente:

Por lo que concierne al individuo, cada uno es, sin más, hijo de su tiempo; y, también, la filosofía es el propio tiempo aprehendido con el pensamiento. Es insensato, también, pensar que alguna filosofía pueda anticiparse a su mundo presente, como que cada individuo deje atrás a su época y salte más allá sobre su Rodas. Si, efectivamente, su doctrina va más lejos que esto, y erige un mundo como deber ser, ciertamente es posible, pero solo en su intención, en un elemento dúctil, con el cual se deja plasmar cualquier cosa. (Hegel, 1968, p. 35)

te. En el Estado Legislativo de Derecho, que se deja de lado a partir de la segunda mitad del Siglo XX; por supuesto que un ordenamiento jurídico contaba con una Constitución, pero esta era entendida como “una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos” (Landa, 2013, p. 14).

Ello cambia con las Constituciones con las que actualmente contamos, pues ahora la Constitución “es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional” (Landa, 2013, p. 14). Por ello, hoy en día, la Constitución ya “no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación” (Pozzolo, 2011, p. 18). En palabras de Böckenförde, a este tipo de Constitución se le atribuye “un rango especial, frente a las leyes y al resto de las fuentes del derecho, y un efecto de irradiación sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico” (2000, p. 159).

Como consecuencia de esto, las Constituciones post-Segunda Guerra Mundial tienen algunas características notables. Para efectos de este artículo: (i) su irradiación hacia todo el sistema jurídico; (ii) la inclusión de un catálogo de derechos y la juridificación (y, por ende, judicialización) de valores; y (iii) una invitación a que los jueces tengan un rol importante (incluso, preponderante). Ello ha ocurrido, a criterio del autor de este artículo, olvidando la naturaleza política de una Constitución y de los problemas constitucionales (Lassalle, 2012, p. 104)³.

Pues bien, la primera característica de esas Constituciones contemporáneas es su “vocación de impregnar hasta los últimos rincones del sistema jurídico” (Prieto, 2007, p. 13). En palabras del profesor Landa, ello es así porque la Constitución es considerada tanto: (i) *norma normarum*, la norma de creación de las normas; y (ii) *lex legis*, la norma suprema del ordenamiento jurídico (2013, p. 15).

Producto de ello, la Constitución “se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado” (Landa, 2013, p. 15). En este último caso, hablamos de la “irradiación de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del [D]erecho” (Alexy, 1993, p. 524), incluida la llamada ‘eficacia horizontal’ de los derechos fundamentales, es decir, su eficacia ‘ciudadano/ciudadano’ y ya no solo predicables respecto de la relación ‘Estado/ciudadano’ (Alexy, 1993, p. 507). Dicho de otro modo, la Constitución se irradia también hacia las relaciones entre privados, por medio de los derechos fundamentales, que también son exigibles a ese nivel *inter privatos*⁴. Como quizá ya se intuye a estas alturas, esta nueva concepción de la Constitución da lugar a la constitucionalización del Derecho.

Como segunda característica importante de las Constituciones contemporáneas, tenemos que no solo van a contener una llamada parte orgánica que se encargue de la división de poderes, que es lo más tradicional (Pozzolo, 2011, p. 19), sino que van a pasar a contener “un catálogo desafiante de

³ De acuerdo con Lassalle:

Los problemas constitucionales no son, primordialmente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social: he ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener. (2012, p. 104)

Años después, Schmitt también diría que “[l]os litigios constitucionales auténticos son siempre litigios políticos” (Schmitt, 2011, p. 193). También diría que “la Constitución de un pueblo con existencia política no puede consistir tan solo en principios del Estado de Derecho, pues éstos más bien forman un elemento moderador de la Constitución, añadido a los principios políticos” (Schmitt, 2011, p. 263).

⁴ En Perú es más pacíficamente aceptado que en Alemania, al menos a criterio del autor. Sobre el tema, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que en el caso de amparos entre privados,

tal cosa no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos fundamentales. (Expediente 976-2001-AA/TC, fundamento jurídico 8)

Es decir, una lectura posible es que no se niega la irradiación de la Constitución y los derechos fundamentales hacia los privados (eficacia horizontal), pero que dicha irradiación no tiene la misma intensidad. En esta sentencia, además, el Tribunal menciona que los privados pueden dar justificaciones a sus decisiones que el Estado no podría alegar. En esa línea, cuando critica la juridificación (y consiguiente judicialización) de los valores constitucionales, Böckenförde señala que los valores (postulados ético-morales) “se apoyan más bien en vivencias, en el sentimiento, en evidencias, y con ello se retrotraen a convicciones compartidas” para el cual “no hay un sistema racionalmente fundado para resolver los conflictos entre esos valores” (Böckenförde, 2000, p. 43). Es decir, Böckenförde anuncia ya un problema importantísimo: ¿cómo resolver aquello para lo que no hay criterios racionales que den con la respuesta correcta? Vamos a volver sobre esta pregunta más adelante.

derechos, formulado de forma perentoria y vaga al mismo tiempo” (Pozzolo, 2011, p. 19). Estos derechos van a tener la textura de las normas-principio, esto es, la de mandatos de optimización que se deben realizar en la mayor medida posible, aplicando el método de la ponderación (Pozzolo, 2011, pp. 16-17).

Nótese, desde ya, que este amplio catálogo de derechos no es bien recibido por toda la doctrina. Por ejemplo, se señala que la cantidad “es algo extensa, incluso desproporcionada, y un tanto irreal si la medimos en función del grado de aplicación efectiva, sobre todo en los países del tercer mundo” (Hakansson, 2024, p. 532). Un catálogo muy amplio de derechos que no se efectiviza puede terminar dañando a la Constitución, pues “provocaría su desprestigio entre los ciudadanos al constatar que muchos de ellos no son de aplicación inmediata” (Hakansson, 2024, p. 532).

Esta segunda característica de la cual venimos hablando viene aparejada con “la positivización jurídica de los «valores fundamentales» del orden de la vida en común” (Böckenförde, 2000, p. 40), lo cual llevaría, para el autor, “a una nueva totalidad” (Böckenförde, 2000, p. 41), pues “la Constitución concebida desde el principio del Estado material de Derecho incluye en sí la pretensión de una validez incondicionada, que se extiende a todos los ámbitos de la vida social” (Böckenförde, 2000, p. 41). ¿Y en qué radicaría el peligro de esa “nueva totalidad”? En que la libertad y la autonomía individual se ‘socializarían’, con lo cual “quedan sometidas al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores, o que se lo apropian” (Böckenförde, 2000, p. 42). ¿Y quiénes ejercen dicho monopolio? Los jueces.

Así, finalmente —y en línea con lo que acabamos de indicar—, una tercera característica importante, derivada de las dos antes reseñadas, es que las Constituciones contemporáneas invitan (quizá incluso exigen) un rol protagónico del juez. No es sorpresa si pensamos que, según lo descrito hasta ahora, la Constitución contemporánea es “normativa, rematerializada y de principios que casi naturalmente hace descansar en el poder judicial la garantía de su vigencia universal” (Prieto, 2007, p. 14). El autor mencionado lo expresa muy bien, por lo que a continuación viene una cita algo extensa, pero que refleja exactamente uno de los problemas que nos servirá para analizar —más adelante— la hiperconstitucionalización del Derecho:

Mucho se ha escrito sobre la cuestión, pero parece que es evidente que aplicar principios y derechos fundamentales en todo tipo de con-

flictos y relaciones jurídicas no es equivalente a la aplicación de leyes; al juez se le proponen unos amplísimos, imprecisos y a veces contradictorios estándares normativos y, al propio tiempo, se le ordena que asegure su virtualidad en toda situación, desde un pleito sobre arrendamiento urbanos a un proceso penal, desde el control abstracto de la ley al enjuiciamiento de una relación jurídico privada. El resultado no podía ser otro que el protagonismo judicial. El constitucionalismo desemboca en judicialismo [...]. (Prieto, 2007, p. 14)

Este nuevo rol de los jueces, que por cierto es bastante complejo, grafica con acierto el nuevo énfasis del constitucionalismo contemporáneo, que no solo se centra en su tradicional ideología ligada a la división de poderes (Pozzolo, 2011, p. 19); sino en la protección de los derechos fundamentales, lo cual da espacio al nuevo rol protagónico de los jueces, quienes se encargan de la concreción (determinación y efectivización) de los derechos de las personas (Pozzolo, 2011, p. 20).

Esta nueva forma de entender las Constituciones (en sus versiones contemporáneas) y al constitucionalismo de los derechos, hace que los jueces sean responsables de efectivizar el texto constitucional, en tanto quedarán “encargados de realizar o hacer efectiva la Constitución y, desde luego, los derechos que ella contiene” (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 15). Hasta aquí adviértase, entonces, que no es posible hablar de Estado Constitucional sin jueces, más allá de la efectivización que de la Constitución puedan hacer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Y, en esa línea, los jueces no tendrán cualquier rol, sino con un papel estelar y de muy difícil realización.

Este recuento histórico es relevante para nuestro análisis posterior, pues no podemos explicar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho (ni su exacerbación, que es la hiperconstitucionalización), sin este contexto histórico y la nueva forma de ver a las Constituciones.

B. Características del constitucionalismo post-Segunda Guerra Mundial (el constitucionalismo de los derechos)

Como consecuencia del cambio de paradigma (Estado Legislativo de Derecho a Estado Constitucional de Derecho), el constitucionalismo también se adapta y presenta una serie de características que conviene tener presente. Específicamente, el cambio de paradigma generó una nueva cultura jurídica, el constitucionalismo de los derechos, el cual:

exige a los operadores jurídicos considerar a la Constitución y al listado de derechos fun-

damentales contenido en ella, como un documento plenamente normativo, utilizable en todas las operaciones jurídicas ordinarias (interpretación jurídica, decisión de casos, etc.) y dotado de supremacía axiológica respecto a todas las demás normas del ordenamiento. (Pino, 2018, p. 51)

Según Giorgio Pino, lo que caracteriza al constitucionalismo de los derechos es lo siguiente (2018, pp. 35-43):

- a) La Constitución es una fuente del Derecho y es rígida, en el sentido de prever modalidades especiales para su modificación, que requieren un consenso político y social amplio. Como consecuencia de ello, la Constitución tiene naturaleza jurídica y ya no solo política o programática; y la Constitución está garantizada por una autoridad (típicamente judicial) que puede anular las normas que sean contrarias a ella, dándole superioridad frente a la ley (y otras normas inferiores).
- b) La Constitución es extensa pues contiene un catálogo de derechos muy amplio, no cerrado sino abierto, y heterogéneo (por ejemplo, derechos de libertad y derechos sociales), dando pie a un marco potencialmente conflictual (conflictos entre derechos). A su vez, cada derecho tiene un campo de aplicación potencialmente muy vasto, pues los derechos y objetivos constitucionales están fraseados de forma amplia e indeterminada (por ejemplo, como normas-principio).
- c) La Constitución consagra derechos como instrumentos defensivos (que el Estado se abstenga de vulnerarlos) pero también como instrumentos interventores (que el Estado intervenga en su protección). A su vez, los derechos se dirigen contra el Estado (eficacia vertical), pero también contra o frente a otras personas en el ámbito privado (eficacia horizontal).
- d) La Constitución requiere un Poder Judicial asumiendo un rol central muy activo en la protección de los derechos fundamentales y en la adecuación del ordenamiento jurídico a los principios constitucionales. En su labor, es indispensable hacer mención a la Constitución y al catálogo de derechos que ella consagra o que se puede deducir de aquella. En consecuencia, el Poder Judicial no sería un aplicador neutral y fiel de la ley, sino un

guardián de la Constitución incluso contra el legislador o en competencia con él.

- e) Finalmente, el constitucionalismo de los derechos se nutre de la dimensión supranacional, transnacional y global de protección de derechos, dando lugar a una integración entre el catálogo nacional o doméstico de derechos garantizado por las Constituciones y el marco extra-nacional, permitiendo la tutela de los derechos que interaccionan y se mezclan de diverso modo (el constitucionalismo multinivel)⁵.

Conviene añadir, por cierto, que este constitucionalismo de los derechos florece mejor bajo una Constitución democrática, caracterizada por: (i) la dignidad humana como premisa; (ii) el principio de la soberanía popular; (iii) entender la Constitución como un contrato; (iv) el principio de separación de poderes en sentido estricto (relativo al Estado) y en sentido amplio del pluralismo (los principios del Estado de Derecho y el Estado Social); y (v) las garantías de los derechos fundamentales (Häberle, 2003, pp. 1-2). Sin esa base, no podríamos hablar de un constitucionalismo de los derechos.

Es bajo este marco (las características antes mencionadas) que también surge el llamado 'neoconstitucionalismo', una (así descrita) aproximación al Derecho que sería un aliado importante (y polémico) en la constitucionalización.

C. El neoconstitucionalismo como una nueva aproximación a la Constitución y al Derecho Constitucional contemporáneo

La aproximación al Derecho que se produce como consecuencia del nuevo tipo de Constitución contemporánea y la forma de entender el Derecho Constitucional que de ella deriva ha sido denominada –por algunos– como 'neoconstitucionalismo'. Como se adelantó al inicio, existen muchos debates sobre lo que significa dicho término y qué implica, e incluso discusiones sobre quién puede ser neoconstitucionalista o no (Atienza, 2017). Es más, Giorgio Pino incluso plantea que no se ve cómo el neoconstitucionalismo y sus tesis “deberían estar indisolublemente vinculadas al concepto contemporáneo de constitución, o al Estado constitucional” (2018, p. 50).

Sin perjuicio de todo ello, parece conveniente remitirse a quien acuñó el término, la profesora Pozzolo, para saber lo que caracterizaría al neoconstitucionalismo: “oposiciones paradigmáticas

⁵ Sobre el tema del 'constitucionalismo multinivel', véase el pie de página 42 del texto citado (Pino, 2018, p. 43).

al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo” (2011, p. 16). La aproximación ‘neoconstitucionalista’ al Derecho no surge arbitrariamente, sino que es consecuencia del tipo de Constituciones que se dan luego de la Segunda Guerra Mundial, según hemos visto en la sección anterior. Plantean, por cierto, una relación entre Derecho y Moral⁶.

Pero claro, que las Constituciones contemporáneas estén redactadas de una cierta manera, tengan un amplio catálogo de derechos, e inviten al rol protagónico del Poder Judicial, no significa que exista una única forma de aplicar Derecho Constitucional o resolver conflictos. Es más, se reconoce que hay varios modos de acercarse a la Constitución y, por tanto, debe rechazarse la pretensión de exclusividad de alguno de esos métodos, siempre teniendo conciencia “de los fines que persiguen y de los intereses a que sirven” (Nieto, 2012, p. 176). En otras palabras, la aproximación ‘neoconstitucionalista’ no es la única que puede existir para aplicar el Derecho contemporáneamente. No ha estado exenta de polémica tampoco. Por ejemplo, la profesora Betzabé Marciani destaca que:

Actualmente, algunos autores prefieren distanciarse del término *neoconstitucionalismo*, debido a lo que consideran un excesivo activismo judicial que se ha producido a raíz del énfasis de dicha teoría en la relación que se presenta entre el Derecho y la moral, y que ha conducido a dejar de lado los límites institucionales impuestos por el Derecho. (2020, p. 291).

Atienza, por ejemplo, ha marcado distancia del término y plantea su propia teoría del Derecho (2017, p. 76), a la que se le considera como constitucionalismo post positivista. Aunque sus distinciones con el neoconstitucionalismo no parecen ser muy claras, Atienza marca una división importante con el neoconstitucionalismo y su (aparente) preferencia de los principios por encima de las reglas⁷, al plantear que el Derecho es un conjunto de normas y también una práctica social “con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho” (2017, p. 83).

A este ‘jugar el juego del Derecho’ es a lo que se referiría la profesora Marciani como “respetar los límites institucionales impuestos por el Derecho”,

que en lenguaje constitucional podría traducirse como respetar la separación de poderes y el criterio constitucional de corrección funcional, que exige que los jueces no invadan las competencias de otros órganos. Ello contrasta con posiciones neoconstitucionalistas como las que describe la profesora Pozzolo, quien afirma que el Congreso “no sirve más que para traducir en normas los principios superiores; en este caso, el Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder, ya que se trata de una mera aplicación” (2011, p. 18).

La postura así planteada es bastante controversial. Por ello el neoconstitucionalismo, tal cual lo describe la profesora Pozzolo, ha sido retratado con mucha dureza (pero también agudeza) por Juan Antonio Amado (préstese especial atención al componente epistemológico, político y social):

El neoconstitucionalismo, en consecuencia, posee tres componentes filosóficos muy rotundos. En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de pensar que solo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra legem, que será decisión pro constitutione, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional. (2010)

Atienza también parecería plantear un mayor respeto por las normas-regla y por su método de aplicación (la subsunción), reconociendo que las normas-regla son tan importantes como las normas-principio, buscando “un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que

⁶ O, en estricto ‘el Derecho y alguna moral’ (Rodríguez, 2022, p. 117).

⁷ Originalmente me referí a este punto como un ‘desdén por las reglas’, lo cual fue observado durante la rigurosa arbitraje de este artículo, la cual sin duda ha ayudado a pulir este artículo. Se me indicó que no parece haber autores que lo defiendan en esos términos. Quizá no, pero basta ver la cita a Pozzolo en el párrafo siguiente (2011, p. 18) para entender cómo es que ese término ‘desdén’ podría ser aplicado.

requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios” (2017, p. 92). Ello sí contrasta mejor con el neoconstitucionalismo según los términos descritos líneas arriba, que privilegia las normas-principio por encima de las normas-regla.

¿Y por qué le hemos dedicado algunos párrafos al neoconstitucionalismo en este artículo? Porque esta aproximación al Derecho da el soporte teórico necesario para comprender (y justificar) las condiciones de constitucionalización que plantea Riccardo Guastini y –también– lleva consigo la semilla de la peligrosa híper-constitucionalización del Derecho.

D. Qué se entiende, en estricto, por constitucionalización del Derecho y cuáles son sus efectos y sus condiciones

La expresión ‘constitucionalización del Derecho’ describe un fenómeno y un proceso por medio del cual la Constitución de un determinado ordenamiento jurídico impregna y domina la creación, interpretación y aplicación de todo el Derecho en general. En otras palabras, que todo inicie, pase y termine en la Constitución. Para estudiar este tema, es indispensable remitirnos a Riccardo Guastini y a Louis Joseph Favoreu, entre otros autores.

Al término de este proceso, en palabras de Riccardo Guastini, “el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales” (2001, p. 153). Requiere, como caracterización, “una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (2001, p. 153).

Aquí es conveniente hacer una pausa antes de seguir. Decir que algo se ha ‘X’-zado requiere saber, en primer lugar, qué significa ese ‘X’. Es decir, es necesario recordar qué es la Constitución contemporánea y qué implica. Según vimos en las secciones ‘A’ y ‘B’ de este acápite II, no estamos hablando de la Constitución del Estado Legislativo de Derecho (texto corto, de carácter político y no jurídico), sino de esa Constitución contemporánea (texto extenso, de carácter jurídico y obligatorio) que contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales formulados como normas-principio (aunque también algunos como normas-regla). Sin esa extensión y vocación expansiva por regularlo todo o querer decir algo sobre todo, entonces no podríamos hablar de una Constitución que sirva para constitucionalizar; pues tendría poco que decir y, por lo tanto, poco que impregnar al ordenamiento.

Así, el objeto de la constitucionalización del Derecho es, aunque suene redundante, la Constitución misma, que ‘es Derecho’ (y no mero texto político). Al ser esto así, lo que gatilla la constitucionalización del Derecho es “el desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades y los derechos fundamentales” (Favoreu, 2001, p. 33). Esto es, la labor jurisdiccional que aplica la Constitución y concretiza sus disposiciones. Esto parte por aceptar, por supuesto, que “las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares” (Favoreu, 2001, p. 35). En la misma línea, dichas disposiciones constitucionales “no necesitan de la ley para hacerse «operacionales»” (Favoreu, 2001, p. 35), por más gaseosas que sean.

Aunque cada vez menos, todavía hay personas que no entienden a la Constitución de esa manera, sino que la siguen viendo como “un compendio de vagas recetas políticas sin ningún efecto jurídico” (Favoreu, 2001, p. 39). Pero incluso entre quienes sí captan lo que significa la Constitución contemporánea, es necesario desarrollar lo que Favoreu llama “reflejo constitucional”, esto es, “la reacción consistiendo en preguntarse, en cualquier juicio, si los aspectos constitucionales no deben ser traídos a colación” (2001, p. 38).

Se deja abierta la pregunta de si en el Perú existe dicho reflejo constitucional y en qué medida ello es bueno o malo, pues tan importante como tener el reflejo de preguntarse por los aspectos constitucionales es entender que no todo puede explicarse en clave constitucional (o, quizá, no necesariamente es conveniente). Por ejemplo, la autonomía privada en decidir con quién contrato y con quién no. O el derecho de una asociación civil (piénsese en un club) a decidir con quién se vincula o no (como asociado, es decir, para compartir espacios institucionales juntos). O la *affectio societatis* como elemento meramente subjetivo para decidir con quién emprendo un proyecto económico empresarial de forma conjunta.

Si se explicase todo ‘en clave constitucional’, ¿es factible pedirle a cada persona natural o jurídica que sustente cada decisión que adopta (como las antes mencionadas) en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, a efectos de ser escudriñadas por un juez? ¿Qué hay de situaciones completamente subjetivas como la *affectio societatis* que mencionamos? No todo se puede explicar desde el Derecho.

Y ahora que ya sabemos lo anterior, pasemos a reseñar las siete condiciones de constitucionalización que plantea Guastini. Para el autor, la constitucionalización del Derecho no es una cuestión bipolar

(de verdadero o falso), sin ningún punto intermedio; sino que es genuinamente “una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento” (2001, p. 154). Guastini deja en claro que su lista es un punto de partida para efectuar el análisis y que no es una lista cerrada. Asimismo, Guastini advierte lo siguiente respecto de sus siete condiciones:

Deseo también señalar que las condiciones 1 y 2 son condiciones necesarias de constitucionalización, en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia. Por el contrario, cada una de las condiciones restantes, de la 3 a la 7, es una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización. Por otra parte, como veremos, algunas de estas condiciones —especialmente las condiciones 3, 4 y 5— están vinculadas entre sí de modo muy estrecho, tanto que se puede decir que, en cierta medida, en el proceso de constitucionalización “todo se va cumpliendo”. (2001, p. 154)

A continuación, veamos las siete condiciones que Guastini describe, dejando en claro que el análisis se centrará con mayor detalle en las condiciones cuarta (sobre interpretación) y séptima (influencias sobre las relaciones políticas), según lo anunciado al inicio (2001, pp. 155-164):

- Primera. Constitución rígida: la existencia de una Constitución que esté escrita y con capacidad de resistir cambios, pues se exige un mecanismo agravado para modificarla. Guastini también suelta la idea de ciertos principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno (lo que en la tradición jurídica peruana llamaríamos ‘la Constitución histórica’⁸).
- Segunda. Garantía jurisdiccional de la Constitución: la instauración de mecanismos de control de constitucionalidad que aseguren la defensa efectiva del texto constitucional, controlando la conformidad de las leyes con la Constitución. Plantea la existencia de al menos tres modelos de control constitucional: el estadounidense (control *a posteriori* e *in concreto*), el francés (*a priori* e *in abstracto*) y el alemán-italiano-español (control *a posteriori* e *in concreto*). El Perú, por ejemplo, sigue el último modelo (tenemos a un órgano

que hace control concentrado), pero también el primero (los jueces hacen control difuso).

- Tercera. La fuerza vinculante de la Constitución: esta condición es más un tema cultural o de ideología, pues pasa por difundir y asimilar la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.
- Cuarta. La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución: esta condición, como se plantea en este artículo, es ‘la madre del cordero’ (o una de ellas) del problema de la hiper-constitucionalización del Derecho. Para Guastini, de hecho, esta condición parte de la postura del intérprete (los jueces, los poderes públicos, y los abogados). En primer lugar, Guastini reconoce que las Constituciones no pueden regularlo todo en la vida, sino que son textos incompletos e inacabados.

Luego, Guastini señala que toda Constitución puede ser interpretada de forma literal (él prefiere el término ‘restrictiva’) o de forma extensiva. Si se sigue una interpretación literal y se reconoce que sobre algunos (o varios) temas la Constitución guardará silencio (porque no lo podía prever todo), entonces la conclusión de Guastini es que se llega a un ‘vacío’ constitucional que permitiría sustraer la discrecionalidad política del legislador de los controles jurisdiccionales (esto es, habría ausencia de parámetros para evaluar la constitucionalidad, o no, de la medida adoptada), pues el legislador sería libre de disponer en un sentido u otro, o incluso de no disponer nada.

En oposición a dicho escenario, la interpretación extensiva de la Constitución (su ‘sobreinterpretación’) sería mejor, pues de la Constitución se extraerán “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política” (Guastini, 2001, p. 159). En consecuencia, no quedarían espacios vacíos o libres del Derecho Constitucional, pues todo estaría cubierto por alguna norma constitucional, haciendo que “nada pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa” (Guastini, 2001,

⁸ Un concepto sumamente polémico. Véase, por ejemplo, la posición de Rubén Martínez Dalmau (Monge & Odar, 2015, p. 50; p. 59).

- p. 159) como las *political questions* (todo podría ser sometido al control del juez).
- Quinta. La aplicación directa de las normas constitucionales: esta condición depende, una vez más, de la cultura jurídica, y la concepción que se tenga sobre la Constitución y la actitud de los jueces que de aquella derive. Para Guastini, esta condición se ve satisfecha si las normas constitucionales tienen eficacia horizontal (entre privados) y producen efectos directos a ser aplicados por cualquier juez y con ocasión de cualquier controversia.
 - Sexta. La interpretación conforme (o adecuada) de las leyes: partiendo de la distinción entre ‘disposición’ (el enunciado lingüístico) y ‘norma’ (los sentidos interpretativos posibles, es decir, el significado); Guastini destaca a la necesidad imperiosa de recurrir a la interpretación que armonice la ley con el texto constitucional, eligiendo la interpretación que evite la contradicción, para salvar la constitucionalidad. Parece fundarse, sin decirlo expresamente, en la deferencia hacia el legislador y en la declaratoria de inconstitucionalidad como de *última ratio*.
 - Séptima. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: para el mismo Guastini, esta condición “no es fácil de precisar” (2001, p. 163). El punto más fácil de entender es que las normas constitucionales sean utilizadas en la argumentación política para justificar las acciones y decisiones de los órganos y los actores políticos. No obstante, los otros dos puntos suponen mayores problemas y vuelve a aparecer la otra ‘madre del cordero’ del problema de la híper-constitucionalización.

Por un lado, Guastini se refiere a la posibilidad de que ciertos conflictos “puramente políticos puedan ser resueltos por un órgano jurisdiccional, haciendo uso de normas constitucionales” (2001, p. 163). En el caso peruano, por ejemplo, ello no ocurre, pues el proceso constitucional competencial no se da por conflictos ‘puramente políticos’, sino por la invasión de competencias constitucionalmente atribuidas (o atribuidas por el bloque de constitucionalidad y normas de desarrollo constitucional). Así, en el caso peruano, al menos, el riesgo de híper-constitucionalización por este lado es casi inexistente o no muy elevado (el tiempo lo dirá).

Pero, por otro lado, en casos como estos; de conflictos ‘políticos’, los jueces pueden adop-

tar por una postura del *self-restraint* frente a las *political questions* “o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aún cuando no sean claramente inconstitucionales” a fin de “controlar la discrecionalidad política de los Parlamentos” (Guastini, 2001, p. 163). Si entendemos a Guastini de forma coherente con lo planteado en su cuarta condición, esto significa que el *self-restraint*, frente a las *political questions*, no es algo deseable (en lo que él describe), pues supondría asumir que sí existen zonas exentas de control constitucional y que se ha optado por una interpretación literal o restrictiva.

Lo que Guastini describe como la última y más alta condición de constitucionalización (por algo es la séptima y última, la del máximo grado), entonces, sería el camino opuesto que él mismo plantea: que los jueces analicen decisiones legislativas, incluso (‘aún’) si es que no son claramente inconstitucionales, recurriendo, por ejemplo, a un análisis de razonabilidad o a un análisis de ponderación de principios constitucionales cuando estos entran en conflicto (2001, p. 163). Es decir, ya no se trata solo de que de la Constitución emanen todas las normas específicas, sino de que se apliquen esas normas extraídas y se apliquen al análisis de las *political questions*, pese a no ser necesario hacerlo, abandonando el *self-restraint*.

Como se puede apreciar, la constitucionalización del Derecho es un proceso, en tanto hay una secuencia de pasos que, aunque íntimamente relacionados en algunas de las condiciones antes señaladas, van de menos a más. Reitérese, como ya lo anunció el propio creador de la lista, que la constitucionalización del Derecho es una cuestión de grado y que las dos primeras condiciones son un *must*, pero que de la tercera a la séptima se va de menos a más, de ‘algo constitucionalizado’ a ‘plenamente constitucionalizado’ (por ponerlo en términos simples).

¿Y de qué serviría llegar al último nivel? Si partimos de la premisa que la Constitución contemporánea busca asegurar la máxima protección de los derechos fundamentales, entonces llegar al máximo nivel de constitucionalización sería algo sumamente positivo. Sería el triunfo del constitucionalismo de los derechos y quizá la mayor satisfacción de los neoconstitucionalistas. En efecto, el neoconstitucionalismo “no se limita [...] a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna por su defensa y ampliación. En particular subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los

derechos fundamentales” (Comanducci, citado por Salazar 2015, p. 96)⁹.

No obstante, y como ya se ha ido anunciando con más detalle al comentar la cuarta condición (la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución) y la séptima condición (la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas), los planteamientos que Guastini describe, llevados a la práctica, invitan a problemáticos excesos que conviene tener presentes.

Para terminar con el análisis, se retomará la línea argumentativa de Favoreu, para quien la constitucionalización del Derecho genera efectos directos y efectos indirectos en los ordenamientos jurídicos. Los efectos directos son (2001, pp. 39-40):

- a) Constitucionalización-juridización: la Constitución rige, efectivamente, a través de reglas de Derecho y ya no es una norma política. Aunque Favoreu no lo diga, este ‘efecto’ es más una condición misma de la noción contemporánea de Constitución y del constitucionalismo de los derechos que una consecuencia de la constitucionalización del Derecho.
- b) Constitucionalización-elevación: la Constitución cambia el sistema de fuentes o de la producción de normas, que pasa de girar en torno a la ley a girar en torno a la misma Constitución que reparte las competencias entre el legislador y el poder reglamentario por una parte y el legislador y el constituyente por otra. Es decir, jerarquiza o prioriza el sistema de fuentes del Derecho (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 50). No queda claro, otra vez, si esto es un efecto de la constitucionalización del Derecho o un paso previo necesario (esto es, que la Constitución establezca el principio de jerarquía normativa y la asignación de competencias).

Independientemente de ello, conviene destacar que; como fruto de la constitucionalización-elevación, se produce un efecto importante: el eje esencial del Derecho contemporáneo deja de ser la ley y pasa a ser la Constitución, la cual se vuelve la unidad de medida (‘el metro’) supremo en el estudio y la aplicación del Derecho (Favoreu, 2001, p. 43).

- c) Constitucionalización-transformación: la Constitución, al consagrar derechos y libertades, impregna a otras ramas del Derecho

con ella, llevando a un nuevo entendimiento (transformación) de esas mismas disciplinas jurídicas. Es decir, la Constitución modifica el contenido de disciplinas como el Derecho Civil o el Derecho Procesal. Para Favoreu, la constitucionalización-transformación es el tipo de constitucionalización sobre la cual se suele hablar (y concordamos con dicha afirmación), pues este efecto sí es una consecuencia de la constitucionalización del Derecho.

Como efectos indirectos, sobre los cuales no nos vamos a detener con detalle, Favoreu señala que estos son: (i) la modernización del Derecho; (ii) la unificación del orden jurídico; y (iii) simplificación del orden jurídico. Pero, por supuesto, en este artículo lanzamos la advertencia de otro posible efecto indirecto: la hiper-constitucionalización del Derecho.

III. LA HÍPER-CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LAS CONDICIONES CUARTA Y SÉPTIMA DE GUASTINI: ¿ABIERTA Y DELIBERADA INVITACIÓN AL EXCESO?

Riccardo Guastini describió las condiciones para juzgar si un ordenamiento jurídico estaba constitucionalizado o no y Louis Joseph Favoreu nos habló de sus efectos directos e indirectos. De lo que ninguno habló fue de la hiper-constitucionalización del Derecho. Sea porque no la estimaron como posible o porque incluso, quizá, la pudieron ver como algo positivo, lo cierto es que no se habló del tema. A estas alturas, y con todas las premisas teóricas previamente analizadas, pasamos a ver el tema central del artículo: la hiper-constitucionalización del Derecho. Lo que sigue, tal y como se anunció desde un inicio, es un análisis preliminar y no concluyente, que busca invitar al debate y a la reflexión.

A. Esbozos iniciales de hiper-constitucionalización y críticas tempranas

La hiper-constitucionalización del Derecho, que aquí se describe, se sostiene, entre otras, en críticas tempranamente advertidas por algunos autores muy destacados, como lo son Carl Schmitt y sus —así considerados— discípulos Ernst Forsthoff y Ernst-Wolfgang Böckenförde. En esta sección veremos algunas de las premisas que sentaron las bases para la posición crítica que en este artículo se describe, de la mano con algunos otros debates contemporáneos.

⁹ El texto de Comanducci es ‘Modelos e interpretación constitucional’, cuya cita completa se puede encontrar en la penúltima página del trabajo citado (Salazar, 2014, p. 108).

En primer lugar, Schmitt ya advertía en la década de 1920 acerca de la posibilidad de que “toda la vida estatal puede ser sometida al control de jueces de partido y de apelación. De modo tal, el Estado de Derecho se convierte en el llamado *Estado de Justicia*” (2011, p. 189). Schmitt era muy crítico de los jueces y su rol, máxime en situaciones de resolver controversias políticas (para Schmitt, las genuinas controversias constitucionales).

Su discípulo, Forsthoﬀ, reseña que durante una reunión en Viena en 1928, su maestro “volvía a recordar las palabras de Guizot de que con la juridificación de las disputas políticas «la política no tiene nada que ganar y la justicia, en cambio, todo que perder»” (1975, pp. 212-213). Y, en su ya conocido ‘debate’ con Hans Kelsen, Schmitt dijo que:

Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: traslada tales funciones a la aristocracia de la toga. (Schmitt, 1983, p. 245).

Su ‘preocupación’ respecto del rol de los jueces (especialmente de los jueces del Tribunal Constitucional) es fácilmente perceptible. Quizá, podrían decir algunos, que el tiempo le dio la razón.

En segundo lugar, en la década de 1930, Carl Schmitt criticaría el peligro del ‘Estado total’, en el cual “todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas directamente estatales y ya no se puede distinguir una esfera de cosas estatal-política y otra social apolítica” (1931, pp. 141-142). Schmitt advertía del problema que el Estado abarque “todo lo que se refiere a la vida

común de los hombres” y no haya “esfera alguna frente a la cual el Estado pudiera quedarse absolutamente neutral, es decir, sin intervenir” (1931, p. 142)¹⁰.

Hasta aquí, no es difícil advertir que esos peligros que advertía Schmitt luego podrían ser amplificados por una Constitución que sea, justamente, invasiva de todas las ramas del Derecho y de todos los aspectos de la vida en sociedad. En esa línea, un autor se pregunta si hemos hecho el tránsito del ‘Estado total’ hacia la ‘Constitución total’ y qué podría pensar Schmitt al respecto, máxime si, bajo el pretexto de estar resolviendo sobre cláusulas de derechos constitucionales, se podría alegar que cualquier decisión política podría ser impugnada ante un juez constitucional, transformando al Estado en una “juristocracia constitucional” (Kummi, 2006, p. 343)¹¹.

El término ‘juristocracia’ se refiere, evidentemente, al gobierno de los jueces. Forsthoﬀ, como ya indicamos en la introducción, muestra su —cuando menos— escepticismo hacia esa visión de la Constitución como un ‘huevo jurídico originario’, pues viene de la mano con un rol de los jueces que deja poco margen discrecional al legislador (1975, p. 244). Forsthoﬀ recoge las críticas hacia el ‘desenfreno del Tercer Poder’ —es decir, el Poder Judicial— (1975, p. 213), criticando una sentencia que inaplicó una norma imperativa en virtud del principio de proporcionalidad (1975, p. 235)¹². Dicho autor incluso llega a afirmar que la jurisdicción constitucional “es la evidente ruptura del principio de separación de poderes” (1975, pp. 224-225).

Pero las críticas más agudas vendrían de Böckenförde, quien por cierto fue juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania por casi trece (13) años. Por ejemplo, Böckenförde advirtió que “la competencia para la interpretación de la Constitución” del referido Tribunal, en tanto “intérprete último y auténtico, se va transformando sin solución de continuidad en una competencia para mo-

¹⁰ Se podría afirmar que esa ‘nueva totalidad’ de la hablaba Böckenförde en la Sección A del acápite anterior (II) se refiere a una nueva versión del ‘Estado total’ que describía su maestro Schmitt.

¹¹ Texto original:

The constitution serves as a guide and imposes substantive constraints on any and every political question. The validity of any and every political decision is subject to potential challenge before a constitutional court that, under the guise of adjudicating constitutional rights provisions, will assess whether such an act is supported by good reasons. The legislative parliamentary state is transformed into a constitutional juristocracy. (Kummi, 2006, p. 343)

¹² Forsthoﬀ indica:

Una vez que se ha generalizado la opinión de que merced al principio de la proporcionalidad las normas imperativas se han convertido en facultativas, ya solo se pueden hacer suposiciones sobre los enigmas de la puesta en práctica de este principio. Sus consecuencias para la seguridad jurídica son imprevisibles. (1975, p. 235)

Cabe anotar que la cita continua luego parafraseando a Karl Krauss, pero, en atención a su mal gusto, se omite de este pie de página.

dificar la Constitución” (2000, p. 193). Ello pese a que, evidentemente, no tiene dicha competencia expresamente asignada, pero termina ocurriendo por el rol encomendado y una visión de los derechos fundamentales “como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del Derecho” (Böckenförde, 2000, p. 192).

Todo lo antes mencionado supone un peligro para el Derecho Constitucional pues, irónicamente, pasa de ser “entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones” a ser “un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?” (Böckenförde, 2000, p. 196). La última pregunta del autor que comentamos nos debería interpelar. Correspondería detenernos y observar lo que está ocurriendo con la justicia constitucional, y ver si genuinamente nos encontramos cómodos con el uso (y, a veces, abuso) del Derecho Constitucional por quienes se encargan de impartir justicia.

Pero continuemos con las críticas de Böckenförde. Por un lado, dio cuenta que el efecto de irradiación de la Constitución hacia todos los ámbitos del Derecho da lugar a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, que se prediquen también respecto de las relaciones particulares (ciudadano/ciudadano) y ya no solo hacia el Estado (ciudadano/Estado) (1993, p. 112)¹³. Pero esto genera problemas. El primer problema que advierte el autor que comentamos es que esta irradiación produce “una –a veces difícilmente disoluble– situación de mixtura entre el denominado Derecho ordinario y el Derecho constitucional” (Böckenförde, 1993, p. 111). El segundo problema advertido es que, incluso aceptando que la Constitución se irradia hacia todos lados, no queda claro el ‘grado’ en el que lo hace: “el efecto de irradiación no determina por sí mismo su intensidad y extensión,

ya que está abierto hacia arriba” (Böckenförde, 1993, p. 111). Y, en ese contexto, separar lo que es Derecho Constitucional y Derecho Ordinario (No-Constitucional) es un “arcano del Tribunal” (Böckenförde, 1993, p. 111)¹⁴.

Producto de todo lo anterior se producen cuatro cosas según Böckenförde (1993, p. 130): (i) “la progresiva superposición jurídico-constitucional de la especificidad de los sectores particulares del Derecho” (¿qué es Derecho Constitucional y qué no?); (ii) “un cambio en la ordenación de los poderes” (se entiende, mayor rol determinante de los jueces); (iii) “una traslación del centro de gravedad entre ellos”; y (iv) “un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”. Es decir, una “inevitable progresión continua” (Böckenförde, 1993, p. 135) hacia un gobierno de jueces (una juristocracia), en el cual el Tribunal Constitucional, al concretizar las disposiciones constitucionales en última instancia, se convierte en “el señor de la Constitución” (Böckenförde, 1993, p. 137).

Kummi recoge algunas de las preocupaciones de Schmitt y sus discípulos, quienes podrían alegar que, por ejemplo, el Derecho Constitucional podría terminar suplantando a la legislación ordinaria y otras fuentes como el último punto de referencia para la resolución de disputas de Derecho Privado (2006, p. 355)¹⁵. Finalmente, Kummi considera que ese no es el caso y se encarga, al final, de –según él– refutar todas las posibles críticas que formularían Schmitt, Forsthoﬀ y Böckenförde, indicando que estamos –simplemente– ante una Constitución que ha institucionalizado con éxito el compromiso hacia una plena justicia constitucional (2006, p. 369)¹⁶.

¿Es así, tan fácil, dejar de lado estas críticas? ¿O conviene, quizá, una reflexión? Ni siquiera Alexy las ignora por completo, pues reconoce que “se han cometido errores y los peligros acechan por

¹³ La llama, incluso, su hijo legítimo (Böckenförde, 1993, p. 112).

¹⁴ Creería que en su tercera acepción (Misterio, cosa oculta y muy difícil de conocer). Véase a la Real Academia Española sobre el asunto.

¹⁵ Texto original:

But constitutional law as the supreme law of the land would supplant ordinary legislation, precedent, or doctrine as the ultimate point of reference for the resolution of private law disputes. Existing private law would only be applicable, if and to the extent it could be shown to strike a reasonable balance between competing constitutional rights as assessed by the relevant court charged with the adjudication of constitutional rights issues applying proportionality analysis. (Kummi, 2006, p. 355)

¹⁶ Texto original:

But what Schmitt might have called a total constitution, what Forsthoﬀ has called a conception of the constitution as a juridical genome (juristisches Weltenei), and what Böckenförde has called a juristocracy may turn out to be nothing more than a constitutional that institutionalizes more successfully than any constitutional in German history a commitment to complete constitutional justice. (Kummi, 2006, p. 369)

todas partes” (Alexy, 2019, p. 123)¹⁷. En este artículo se plantea que corresponde reflexionar sobre el fenómeno de la híper-constitucionalización, que veremos a continuación.

B. ¿Qué es la híper-constitucionalización del Derecho?

Se dice que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente o que el poder lleva en sí mismo la semilla de su propia degeneración (o autodestrucción). Si esto es así, ¿qué podría hacer pensar a uno que la constitucionalización del Derecho podía estar ajena a dicho problema? Como con toda actividad humana (la constitucionalización no la hacen robots –todavía–, sino personas de carne y hueso), es posible que se cometan excesos y errores. Como un péndulo que se va de un extremo al otro y no encuentra el punto medio, la híper-constitucionalización peca por exceso o exacerbamiento, afectando a lo que debería ser su norte: la mejor protección de los derechos de la persona.

Como anunciábamos en el acápite I (Introducción), la híper-constitucionalización del Derecho puede ser definida como un mal entendimiento –con dolo o culpa– de lo que implica constitucionalizar un ordenamiento jurídico, incurriendo en excesos que terminan por vulnerar el principio de separación de poderes y restarle legitimidad al mismo sistema jurídico. Tomen la forma que tomen o utilicen la herramienta que utilicen, lo importante es el exacerbamiento de las características de la constitucionalización¹⁸.

Su origen es más que una simple perversión de la cuarta condición (la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución) y la séptima condición (la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas) de constitucionalización que describe Guastini, como se podría pensar al inicio (alguien podría decir que ‘el problema es solo de actuación de los operadores jurídicos’).

Su origen –tal y como vimos en la sección ‘D’ del acápite anterior– podría fundamentarse, entre otros motivos, en la propia descripción que plantea el autor de la lista descriptiva:

- a) En primer lugar, interpretar la Constitución de una manera tal que nada se pueda explicar sin referencia a esas “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política” (Guastini, 2001, p. 159). En principio parece positivo, pues permite cumplir con el ideal de plenitud del ordenamiento jurídico para siempre dar respuesta a un conflicto (García Toma, 2015, p. 24).

No obstante, la invitación a buscar siempre más y más normas no parece beneficioso o siquiera ideal. El propio Guastini describe ello como ‘sobre-interpretación’, es decir, abiertamente describe la necesidad de ‘excederse’, de pasar el umbral de lo razonable o lo esperable.

Por cierto, se debería entender que es distinto decir que toda conducta siempre debe

¹⁷ Específicamente, la cita viene del artículo del 2002 ‘El Derecho Constitucional y el Derecho internacional – La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones especializadas’, traducido por Gonzalo Villa Rosas. En este mismo texto, Alexy reconoce que debe evitarse el exceso de constitucionalización (no lo llama híper-constitucionalización, como se hace aquí en este artículo) e indica que:

Una constitucionalización adecuada solo puede construirse transitando el pedregoso y difícil camino de la dogmática de los márgenes de acción. Al igual que el problema de la constitucionalización, esta dogmática se extiende más allá del ámbito de los derechos fundamentales. (2019, p. 124)

Además del propio Alexy, podría ser conveniente revisar el texto de Leonardo García Jaramillo (García, 2016, pp. 61-92).

¹⁸ Durante la sumamente rigurosa arbitración de este artículo, que sin duda ha ayudado a perfilar las ideas aquí planteadas, un árbitro observó que no quedaba claro cómo es que la híper-constitucionalización (aquí planteada) era diferente de la irradiación descrita por Alexy o de la predicada derrotabilidad de las normas. Sobre el primer punto, creo que ha quedado claro, pero igualmente se reitera que la irradiación de la Constitución es un presupuesto necesario para hablar de híper-constitucionalización. No podría haber exceso de constitucionalización sin, justamente, la impregnación de la Constitución y el Derecho Constitucional en otras ramas del Derecho. La irradiación puede dar lugar, como se sostiene aquí que ha ocurrido, a la híper-constitucionalización.

Ahora bien, en lo que respecta a la diferencia de lo planteado en este artículo con la derrotabilidad de las normas, la respuesta es un inequívoco: no es lo mismo. Citando a Rodríguez:

La derrotabilidad jurídica se relaciona con el discurso práctico o concreto de la aplicabilidad o inaplicabilidad normativas. Una norma derrotable es aquella que, por determinadas razones, debe inaplicarse a un caso individual subsumible en su caso genérico, sin que por ello deje de ser aplicable a otros casos también subsumibles, es decir, sin que haya perdido validez o vigencia. Por ello, puede afirmarse que la derrotabilidad jurídica guarda una relación estrecha con las denominadas lagunas axiológicas. (2022, p. 106)

No se asemeja en nada al concepto de híper-constitucionalización que en este artículo se plantea. Probablemente se podría alegar que el empleo de la derrotabilidad es una manifestación concreta de la híper-constitucionalización, o que dicha teoría ‘favorece’ el fenómeno descrito en este artículo, o que su utilización es una evidencia del híper-activismo judicial que deviene en híper-constitucionalización. Pero nada más. Definitivamente, ‘híper-constitucionalización’ y ‘derrotabilidad jurídica’ no son lo mismo.

respetar alguna provisión constitucional (por ejemplo, la proscripción del ejercicio abusivo del Derecho prevista en el artículo 103¹⁹ de la Constitución peruana de 1993), a decir que toda conducta debe siempre estar regulada por alguna norma constitucional (si no está contemplada de forma expresa, entonces ‘sobre-interpretamos’ para crear o confeccionar una o varias normas para que siempre haya algún guión). Lo primero es evidente y deseable, pues mantiene el respeto a la Constitución. Lo segundo, en cambio, implica una desnaturalización de la idea misma de plenitud del ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, omite las valiosas consideraciones de Robert Alexy, quien plantea (con acierto) que la Constitución a veces ordena, a veces prohíbe, pero a veces sencillamente no dice nada (2002, pp. 21-22). No se puede tapar el sol con un dedo. Si no dice nada específico, igual habrá disposiciones generales que permitan dar una respuesta (de forma indirecta). Lo que describe Guastini; sin embargo, es otra: crear, quizá a como dé lugar, una respuesta, confeccionando normas que den con la regulación específica de cualquier aspecto de la vida social y política.

Sería más fácil, como plantea Alexy, reconocer que la Constitución da ciertos márgenes de acción, pues contempla lo: (i) constitucionalmente necesario, en tanto esté ordenado por la Constitución; (ii) constitucionalmente imposible, en tanto está prohibido por la Constitución; y (iii) lo constitucionalmente posible, que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador, pues no es ni necesario (un mandato que sí o sí se debe cumplir), ni proscrito (no se ha dispuesto una prohibición expresa) (2002, p. 22). En Perú, por ejemplo, además de recordar ello, convendría debatir acerca de la configuración de una dogmática de los márgenes de acción como posible respuesta al exceso y a la falta de constitucionalización (Alexy, 2019, pp. 119-140), como –se alega– ya habría ocurrido en el caso colombiano (García, 2016, p. 159).

- b) En segundo lugar, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas requeriría, según describe Guastini, el necesario

descarte del *self-restraint* en las *political questions* e incluso la posibilidad de que los jueces analicen decisiones legislativas, incluso (‘aún’) si es que no son claramente inconstitucionales. Es decir, es abiertamente una invitación al exceso.

Esto se relaciona directamente con los fenómenos de la constitucionalización de la política, pero también de la judicialización de la política. Son dos caras de la misma moneda y consecuencia directa de la constitucionalización del Derecho, pues si todo puede (o debe) pasar por estándares constitucionales, entonces la política no está exenta. Estos fenómenos, sin embargo, plantean ciertos problemas, como lo es probar los límites de la famosa frase (casi un dogma de fe del neo-constitucionalismo) de que ‘no existen zonas exentas de control constitucional’.

¿Se podría judicializar el nombramiento de un ministro o ministra? ¿Se podría cuestionar la elección de un presidente de la República? Bajo la posición que Guastini describe, parecería que la respuesta sería un inequívoco sí. El primer nivel de respuesta sería que nadie puede limitar el derecho de acción, en el sentido de que cualquier demanda –por más ridícula que sea– puede plantearse. Después de todo, que se admita a trámite y luego se declare fundada ya son otras cosas muy distintas, pues implican analizar si es posible discutir ello en sede jurisdiccional (si es procedente o no) y bajo qué estándares se juzgaría (si puede ser declarada fundada o no).

Por cierto, esta no es una falacia del tipo de la pendiente resbaladiza, sino que en verdad son legítimas preocupaciones derivadas de casos reales, como la decisión judicial que ordenó detener el proceso de elección del Defensor del Pueblo (se verá con más detalle en la sección ‘C’). Dicha atribución del Congreso de la República fue judicializada, con el aplauso de muchas personas pero también con las dudas (legítimas) de quienes vieron en ello un exceso.

Esta excesiva preocupación por el ‘¿se puede hacer?’ sin pasar primero por el ‘¿se

¹⁹ Artículo 103.-

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También quedan sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (1993)

debe hacer?', es lo que genera riesgos para las Constituciones y también para el constitucionalismo de los derechos. Si bien es cierto que actualmente hay más énfasis en la protección de los derechos fundamentales que en la separación de los poderes, esto no significa que la genuina preocupación por el control del poder haya desaparecido o deba ser ignorada. Sigue ahí y es conveniente recordarlo aquí, cuando pareciera que la meta de tutelar los derechos y discutir todo va afectando la separación de poderes (incluso a propósito).

Como decía Atienza en la cita que colocamos líneas arriba, se debe jugar al juego del Derecho desde el Derecho, esto es, respetando el sistema. Un sistema que se precia, como en el caso peruano, por consagrar la separación de poderes, principio que se ve amenazado por la judicialización de la política y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (en los términos en los que lo describe Guastini).

Como 'daño colateral', la híper-constitucionalización termina afectando al mismo Derecho Constitucional y al constitucionalismo, pues siembra dudas sobre lo que es una Constitución y cómo se aplica, generando la sensación de que las Constituciones consagran una suerte de catálogo de ilusiones ilusiones o que alimenta ilusiones (Neves, 2015, p. 12) que cada juez es libre de interpretar de la forma que quiera, alimentando las críticas sobre la preocupación de un gobierno de jueces, por encima de los otros poderes del Estado²⁰. La discrecionalidad judicial es vista, así, como una invitación a la arbitrariedad, pues estamos ante una permanente "valoración subjetiva del ímpetu moral" (Böckenförde, 1993, p. 132). Nieto, por ejemplo, critica que —en este contexto— "[e]stamos en manos de unas personas probablemente honestas aunque inevitablemente arbitrarias y de nada vale el pregonado «imperio de la ley»" (2012, p. 173).

C. El híper-activismo judicial y la híper-constitucionalización del Derecho

Las condiciones cuarta (la 'sobreinterpretación' de la Constitución) y séptima (la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas), que dan pie a la híper-constitucionalización del Derecho en los términos en los que se ha descrito en este artículo, no podrían existir sin el híper-activismo judicial. Para este planteamiento, parece conveniente recordar que el Estado Constitucio-

nal contemporáneo y el constitucionalismo de los derechos requieren de los jueces para cumplir su labor. Se les ha dado un rol protagónico.

¿Pero cómo ejercer ese rol con sujeción a esa misma Constitución que les asigna esa competencia y les da la legitimidad necesaria para actuar? Lo primero es recordar que toda autoridad debe:

[A]ctuar conforme a derecho y conforme a sus responsabilidades y, en ese marco, deben respetar criterios de racionalidad (lógica, sensatez), razonabilidad (o proscripción de la arbitrariedad) o corrección funcional (desarrollo de las competencias propias y de las que se desprendan o infieran de ellas). (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 220)

Entonces, no parece ser correcto asumir la posición que las condiciones cuarta y séptima promueven, esto es, la sobre-interpretación de la Constitución y el abandono del *self-restraint* en casos como las *political questions*, pues ello suena a insensato (o, cuando menos, inconveniente), arbitrario (no parece razonable hacerlo, sino que suena a una búsqueda caprichosa de una respuesta jurídica, a cualquier costo), y como abandono del criterio de corrección funcional (invadir las competencias de otros órganos). Estas condiciones parecen dar lugar a un mal accionar de los jueces, invitando en algunos extremos a la "manipulación política arbitraria del Derecho" (Neves, 2015, p. 97).

Y eso es preocupante, pues, como vimos, los jueces van a interpretar la Constitución y luego a aplicarla (concretizar sus mandatos). Esa labor, como es obvio, debería estar *beyond reproach* en el Estado constitucional, recordando que "[l]a moderación y la evitación de la arbitrariedad pertenecen desde siempre al buen gobierno" (Forsthoff, 1975, p. 225). Por lo tanto, si esto es así, convendría pensar en dejar de lado al híper-activismo judicial, que es "arrollador, abusivo y absolutista" (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 180). El autor citado los caracteriza por: (i) "confundir la solución conforme al sistema de valores constitucionales con la militancia política"; y (ii) entenderse como "todopoderosos, en el entendido de que, en nombre de los valores constitucionales, puede lograrse todo, con prescindencia incluso de las normas vigentes y de las competencias de las autoridades legítimas" (2019, p. 181).

El Estado Constitucional tampoco necesita jueces híper-activistas ni tampoco 'quietistas', como sinónimo de indolencia, complacencia y temor, carac-

²⁰ Véase, por ejemplo, las críticas de García Amado (2010).

terizado por visiones legalistas (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 180). Lo que se necesita es un juez activista, que no peque ni por exceso ni por defecto, resolviendo “correctamente, sin transgredir la Constitución [...] y sin perder de vista los criterios de interpretación constitucional (destacando entre ellos el criterio de «corrección funcional»)” (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 182). Así, se invita al *self-restraint*, y no a dejarlo de lado. No será el único remedio, pero en algo podría ayudar.

Y es que conviene recordar, como ya ha quedado claro, que un juez híper-activista (en los términos que aquí se han descrito) pone en peligro la separación de poderes. Ya de por sí el nuevo rol que tiene el juez hace que la división de poderes como la conocemos resulte ‘un tanto’ descompuesta (Böckenförde, 1993, p. 131). No corresponde hacer que ello se acreciente. Hay que separar y distinguir ámbitos de competencias, sin caer en el aislamiento (Schmitt, 2011, p. 249), pero tampoco en el copamiento.

D. La híper-constitucionalización del Derecho en el caso peruano: algunos ejemplos jurisprudenciales del fenómeno aquí descrito

Si bien no se refiere expresamente al caso peruano, la siguiente cita de la profesora Betzabé Marciani retrata perfectamente una percepción que se tiene en algunos operadores jurídicos (y esa percepción que se plantea en este artículo, es por la híper-constitucionalización del Derecho). Veamos:

La sensación que algunos operadores del Derecho tienen en el contexto del Estado constitucional es la de una demanda incesante por constitucionalizar (y, por tanto, judicializar en la vía constitucional) prácticamente cualquier tema que pueda tener relación, directa o indirecta, con los derechos constitucionales, entendidos como principios orientadores y superiores del sistema jurídicos, pero que adolecen de un alto grado de indeterminación y un ambicioso proyecto de expansión. Ello en un entorno en el que las demandas de grupos tradicionalmente excluidos (principalmente en países como los de Latinoamérica) y de nuevos colectivos, que consideran que sus demandas de reconocimiento pueden cifrarse en términos de derechos, acompañan este movimiento donde lo valioso se diluye con lo banal y el preciado concepto de los derechos fundamentales (constitucionales o humanos) termina relativizándose peligrosamente. (2020, p. 292)

Que todo se busque constitucionalizar es una percepción sumamente peligrosa, pues si todo es constitucional, entonces nada lo es. Ya Sch-

mitt nos decía que si se involucra a todo, “todo puede ser también Constitución. La organización constitucional se convierte en un cosmos de engañosas ficciones [...]” (1983, pp. 79-80). En dicho ‘cosmos’: ¿Cuál es el ‘fuero’ del Derecho Constitucional y cuáles deberían ser sus alcances? Sin duda, no puede significar el avasallamiento del –llamémoslo así– No-Constitucionalización (Civil o Societario, por ejemplo) o la justificación de decisiones judiciales que, sin perjuicio de sus alegadas bondades, transgreden la Constitución (irónicamente) y dan la apariencia de incurrir en una arbitrariedad maquiavélica del tipo ‘el fin justifica los medios’.

Si se quiere plantear un ejemplo gráfico, piénsese en la conocida ‘pirámide de Kelsen’ (en estricto, una construcción escalonada del ordenamiento jurídico y no propiamente una “pirámide”), que tiene a la Constitución en la cima (recogida hoy en día en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú de 1993, en tanto se consagra el principio de jerarquía normativa). Como corresponde, la Constitución es la parte más angosta, pues debe tener una menor extensión que el rango inferior, que sería el de la ley. La híper-constitucionalización haría que dicha pirámide pierda su forma, pues haría que la parte Constitucional sea más grande que la parte legal, debilitando la distinción entre la Constitución y la ley, entre lo que es propio del Derecho Constitucional y lo que es propio de otras disciplinas, e incluso entre lo que es competencia del juez constitucional y lo que es competencia del juez ordinario.

Y justo sobre ello versan algunos ejemplos que se han seleccionado para ilustrar casos de híper-constitucionalización del Derecho. Lo común a todos ellos es: (i) la invasión de fueros que no corresponden, en estricto, al Derecho Constitucional o a la justicia constitucional (por ejemplo, amparizar controversias comerciales o civiles); y (ii) la ausencia de una justificación suficiente en normas constitucionales (o de rango constitucional) para sustentar la decisión (con fines híper-activistas o ajenos, en estricto, al Derecho). Los casos se han seleccionado a modo ilustrativo y no pretenden –por cierto– cerrar la lista. Puede haber otros ejemplos, pero se han seleccionado los que siguen a continuación, pues ponen en evidencia el exceso de constitucionalización en los términos planteados:

- a) El Caso ‘Chiquitoy’ (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00228-2009-AA/TC): es un caso que, como señala el profesor Samuel Abad, terminó con una sentencia estimativa (fundada) que “nunca debió ser tramitada a través del

amparo sino en una vía procesal distinta” (2017, p. 549).

Lo que se hizo fue cuestionar una operación societaria conocida como ‘acordeón’, en la que se redujo el capital social a cero e inmediatamente después se efectuó la suscripción preferente de acciones por parte de determinados accionistas (Abad, 2017, p. 549). Dicha operación no es extraña en el Derecho Societario y puede encontrar respaldo en el derecho fundamental a la libertad de empresa, que permite conducir la compañía con un margen bastante amplio de actuación en salvaguarda de los intereses de los accionistas.

Los defensores de la decisión del Tribunal Constitucional dirán que se puso un límite a las operaciones acordeón que únicamente buscan ‘licuar’ de forma fraudulenta a los accionistas. También podrían decir, con razón, que la Constitución no ampara el ejercicio abusivo del Derecho (artículo 103 de la Constitución peruana de 1993). No obstante ello, ¿era necesario que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento de fondo, o es que debió permitir que dicha controversia se dilucide en la vía ordinaria?

La respuesta es que el Tribunal se extralimitó, pues decidió pronunciarse sobre un caso que debía dilucidarse en la vía societaria (o, dado que se cuestionaban también decisiones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de protección de la Propiedad Intelectual, en sede contencioso-administrativa, pero aplicando conceptos de Derecho Societario) y no en la vía constitucional. Lo hizo entendiendo que las acciones son titularidades y, por lo tanto, están protegidas por la noción constitucional de propiedad.

Y aunque dicho razonamiento era correcto, la siguiente pregunta era si dicho caso se debía ver en la vía del proceso constitucional de amparo o si existían vías específicas e igualmente satisfactorias para la tutela de dicho derecho (conforme al entonces artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, actualmente artículo 7.2²¹ del Nuevo Código Procesal Constitucional). La respuesta

correcta hubiese sido rechazar la demanda por improcedente. No obstante, igualmente se emitió un pronunciamiento de fondo, evidenciando un exceso de ‘sobre-interpretación’ de la Constitución.

- b) El Caso ‘Abanto García’ (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00010-2024-AA/TC – Sentencia de la Sala Segunda 633/2025): este es un caso muy reciente, resuelto el 06 de junio de 2025, que ha ameritado un amplio debate en redes sociales (y, con seguridad, pronto en revistas o medios especializados).

Sobre la base de los derechos a la libertad de contratar, a la autonomía de la voluntad y a la propiedad, el Tribunal Constitucional determinó que no era necesario que una minuta de donación esté elevada a escritura pública (en estricto, que no era nula por carecer de la formalidad que exige el artículo 1625²² del Código Civil). Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

39. Resulta obvio, además, que la formalidad requerida en el artículo 1625 del Código Civil ha sido pensada para aquellos supuestos en los que resulta posible el agotamiento de este acto solemne (escritura pública), de lo contrario esta última se convertiría en una imposición abusiva del legislador, que terminaría siendo un límite inconstitucional a la libre autonomía de la voluntad y a su ejercicio en el ámbito de la propiedad privada. (2025)

¿La solemnidad es ahora una imposición abusiva? En el caso concreto, quien firmó la minuta de la donación falleció a los pocos días de firmar (con su huella) el contrato, no pudiéndose formalizar con una escritura pública por el fallecimiento de la persona. Dicha regla está pensada no como una limitación irrazonable, sino para salvaguardar los intereses de las partes que se pueden ver perjudicadas por donaciones simuladas o fraudulentas. Parece, así, un exceso de híper-constitucionalización también, pues pasa por alto a las instituciones del Derecho Civil, una disciplina de muchísima mayor antigüedad que el Derecho Constitucional.

²¹ Artículo 7.- No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2.- Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus (2021).

²² Artículo 1625.- La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad (1984).

- c) El caso de la elección del Defensor del Pueblo (Resolución 01, del 8 de junio de 2022 emitida en el Expediente 03898-2022-12-1801-JR-DC-03): este es un caso de judicialización de la política que, aunque pudo ser celebrado por algunos como una victoria, abrió peligrosamente la puerta a la interferencia de la justicia constitucional en atribuciones de órganos constitucionalmente autónomos como lo es el Congreso de la República (el Legislativo, uno de los clásicos ‘poderes del Estado’)

Invocando una vulneración al derecho al debido procedimiento y a los principios de transparencia, meritocracia y participación política en relación con altos funcionarios, un Juzgado Constitucional de Lima le ordenó a la comisión especial del Congreso de la República detener la elección del Defensor del Pueblo, de la cual estaba a cargo.

Se podría decir que este era un caso límite o ‘grosero’ y que de todas maneras ameritaba una suspensión. Pero que no se diga que no se advirtió que este tipo de pronunciamientos podría luego ser utilizado en contra de quienes en su momento aplaudieron la decisión. Nuevamente, los péndulos pueden ir de un extremo a otro.

Y ese es un potencial problema que se olvida o se pasa por alto: así como hay jueces que van por cierto espectro ideológico que (ahora) podría ser celebrado, ¿qué impide que un juez del espectro ideológico contrario emita una decisión también excesiva, pero que sea del desagrado del otro bando? Después de todo, ningún derecho constitucional se interpreta o aplica en un vacío político o ideológico (Hirschl, 2004, p. 218).

No se trata de manifestar nuestra conformidad con las decisiones judiciales cuando nos convienen o nos parecen (políticamente) afines a nuestras posiciones. Se trata de tener parámetros claros (o lo más claro posibles) para identificar excesos, vengan del sector que vengan.

Y, por cierto, que no se olvide que las respuestas jurídicas no son las únicas que per-

mite la Constitución, sino que también está la protesta ciudadana, que, allá por el 2013, logró detener la elección del titular de la Defensoría del Pueblo y la de otros altos funcionarios (la presión ciudadana se impuso en su momento).

Finalmente, una vez conviene recordar a Carl Schmitt, quien dijo que este tipo de casos vienen con un “efecto paralizador” en el orden político, pues la judiciabilidad es “el medio más seguro para conseguir la ineficacia política” (1983, p. 65)²³.

- d) El caso del Río Marañón y sus afluentes como ‘titular de derechos’ (Resolución 14 del 08 de marzo de 2024 emitida por el Juzgado Mixto – Nauta I, confirmada por Resolución 31 del 29 de agosto de 2024 emitida por la Sala Civil de Loreto; todas emitidas en el Expediente 00010-2022-0-1901-JM-CI-01): Este es un caso *sui generis* pero en ‘sintonía’ con esfuerzos de otras latitudes por lograr que –por la vía jurisdiccional– se logre que la naturaleza sea un sujeto de Derecho, en la misma categoría que personas naturales o personas jurídicas, entre otros²⁴.

¿Por qué habría una hiper-constitucionalización aquí? Porque hay un exceso de parte del Juzgado al sustentar su decisión, supuestamente, en los artículos 2.22 y 67 de la Constitución de 1993. El primero reconoce –entre otros– el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, mientras que el segundo dispone que el Estado determine la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. ¿Cómo de estos artículos se puede concluir que el Río Marañón y sus afluentes deben ser un sujeto de Derecho? No es posible.

La sentencia del Juzgado también citó artículos de unos convenios de la Organización Internacional del Trabajo y dio otras consideraciones, pero, por supuesto, de ninguno de ellos se puede extraer o concluir que correspondía declarar fundada la demanda. Lo que se hizo fue, en otras palabras, tergiversar el texto de las disposiciones constitucionales peruanas para intentar justificar que, sobre

²³ Schmitt se refería a experiencias del siglo XIX en Alemania, sobre responsabilidad judicial de los ministros. Sin perjuicio de ello, la cita es plenamente aplicable a lo que sucedería años después en otras latitudes, incluido el Perú.

²⁴ La Opinión Consultiva OC-32/25 del 29 de mayo de 2025 sería emitida después. En el numeral 7 de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se votó, por cuatro votos a favor y tres en contra, por “El reconocimiento de la Naturaleza y sus componentes como sujetos de derechos”.

la base de ellas, es posible construir que un Río y sus afluencias (por más importantes que sean) pueden ser ‘titular de derechos’. Se incurrió en lo que Sunstein llama la ‘falacia del activista’, conforme a la cual “si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición” (García, 2016, p. 88).

Dicho sea de paso, en segunda instancia la situación no mejoró. Se confirmó el fallo con un matiz relativamente insignificante. Lo que conviene destacar aquí, para cualquiera que revise los considerandos Décimo a Décimo Octavo, es que en ningún momento se cita alguna disposición constitucional que justifique confirmar la sentencia de primera instancia. En el considerando décimo cuarto, por ejemplo, de cita una decisión del Tribunal Constitucional que, aunque reconoce la importancia de la naturaleza y exige su protección, no da pie a que el río y sus afluencias puedan ser ‘titular de derechos’.

Aquí la decisión estuvo sometida, principalmente, a “la valoración subjetiva del ímpetu moral” (Böckenförde, 1993, p. 132) de los jueces que resolvieron la causa, pues los fundamentos jurídicos escasean y no son muy sólidos. Por el contrario, como ya indicamos, ‘estiran’ el contenido de dos artículos (2.22 y 67) para ‘justificar’ una decisión como constitucionalmente respaldada, cuando ello no era así.

Y con este caso advierto un peligro adicional de la híper-constitucionalización en el escenario peruano. Esta decisión nunca pudo ser de conocimiento del Tribunal Constitucional del Perú, pues el artículo 202.2 de la Constitución de 1993 señala que aquel órgano solo puede conocer resoluciones denegatorias en materia de amparo, y aquí el caso se ganó en segunda instancia²⁵. Es decir, ni siquiera el así denominado ‘supremo intérprete de la Constitución’ pudo conocer este caso para dar su última palabra respecto de este polémico tema.

Ahora bien, ¿por qué en la introducción alertábamos que el fenómeno de la híper-constitucionalización socava los derechos fundamentales? En primer lugar, porque se les utiliza de forma indebida para ‘sustentar’ decisiones jurídicamente cuestionables que poco o nada se refieren a su conteni-

do constitucionalmente protegido, quitándoles legitimidad en el discurso público. Lo que produce es la sensación de arbitrariedad, haciendo que se vea a la Constitución (y, por ende, al catálogo de derechos que ella consagra) como “de contenido ambiguo, que llega hasta donde quieren –y pueden– los que tienen fuerza, sea oficial o real, para imponerla o limitarla” (Nieto, 2012, p. 182).

En segundo lugar, porque genera inseguridad jurídica y sobrecarga del sistema de justicia, retardando o impidiendo la protección de verdaderas situaciones apremiantes de vulneración a derechos fundamentales. Si empezamos a tutelar o amparizar casos ajenos a lo que es una materia propiamente constitucional, la justicia constitucional se va a ver saturada de casos manifiestamente improcedentes pero que invoquen alguno de los antecedentes (casos) arriba reseñados como ‘sustento’ de su pretensión. Casos que deberían ir a la vía ordinaria, terminan saturando a la justicia constitucional, impidiendo así que se le preste tutela urgente a casos de verdaderas lesiones a derechos fundamentales.

Dicho todo ello, corresponde dar una crítica adicional. Respecto de los dos primeros casos narrados (Chiquitoy y Abanto García), y en contraste con los dos últimos (Defensor del Pueblo y Río Marañón), sería muy importante recordar que el Derecho Privado no admite iguales límites que el Derecho Público. En el Derecho Privado se ejercen derechos, mientras que en el Derecho Público se ejercen competencias. Los derechos de los particulares no se someten en igual medida al test de proporcionalidad (Marciani, 2020, p. 303). Valga decir, incluso si es posible controlar constitucionalmente las actuaciones privadas, no lo sería siempre en igual medida que el control de las actuaciones de los poderes públicos. E incluso en esos casos, quizá el control constitucional no tenga que venir de jueces constitucionales (amparización), sino de jueces ordinarios, que también están obligados a respetar a la Constitución y hacerla valer.

Ahora bien, sobre el Derecho Privado y la mención que se ha hecho, en este artículo, a no invadir fueros como los del Derecho Civil, conviene una precisión. No se está planteando que el Derecho Privado sea ajeno (o completamente extraño) a la Constitución o al Derecho Constitucional y el respeto a los derechos fundamentales. Después de todo, no debería ser sorpresa “el hecho de que «todo» acto jurídico sustentado en la autonomía privada tenga como condición de su validez la observancia de derechos fundamentales y, por ello,

²⁵ Hay excepciones, conocidas como ‘recursos de agravio constitucional atípicos’, pero ninguno aplicaba aquí.

pueda ser susceptible de control a la luz de este parámetro” (Mendoza, 2005, p. 263). El problema es su alcance y la intensidad con la que ello ocurre, en sintonía con las críticas ya advertidas en las secciones previas de este artículo (ver, por ejemplo, Böckenförde, 1993, p. 111).

Dicho ello, estos son solo algunos ejemplos de híper-constitucionalización que, a criterio del autor de este artículo, existen en el Perú. Los casos antes mencionados pueden tener otros problemas, por ejemplo, vulnerar el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pero sin duda tienen un problema de híper-constitucionalización. Y seguramente hay muchos otros más, pero encontrar todos escapa a los alcances de este artículo que busca introducir el tema al debate mediante un análisis preliminar. Por ejemplo, la profesora Marciani parece dar a entender que otro caso de híper-constitucionalización sería el de las mascotas en edificios (Marciani, 2020, p. 289)²⁶. Sería, así, un quinto caso sumado a los otros cuatro que ya hemos narrado líneas arriba.

No se puede dejar de reconocer que el planteamiento central de este artículo —esto es, que en el Perú hemos visto híper-constitucionalización del Derecho en algunos casos— puede sonar, para ciertas personas, como ‘en sintonía’ con una visión conservadora o incluso de regresión de derechos o que invite al autoritarismo. Nada más lejos de la realidad.

Sin duda, advertir el peligro de la híper-constitucionalización invita a una aproximación más cauta del Derecho Constitucional, pero eso no significa desmerecer los logros y avances que se han efectuado en materia de protección de derechos fundamentales o de límites al poder público y privado al constitucionalizar nuestro ordenamiento jurídico. Pero así como hay problemas ‘por defecto’, también hay problemas ‘por exceso’, y levantar las banderas del constitucionalismo no puede ser utilizado como una ‘carta libre’ para hacer y deshacer a nuestro antojo.

E. ¿Cómo remediar o contener la híper-constitucionalización del Derecho? Algunas ideas muy puntuales

Remediar o contener la híper-constitucionalización del Derecho requiere, como primer paso, aceptar que no solo es posible que exista, sino que efectivamente ya está presente entre nosotros y supone riesgos (Alexy, 2019, p. 123).

El segundo paso es identificar qué condiciones de la constitucionalización del Derecho dan pie a este suceso para colocar ahí los contrapesos necesarios que eviten llegar al exacerbamiento desmedido (la híper-constitucionalización). Ya sabemos que son las condiciones cuarta (la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución) y séptima condición (la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas), según se plantea en este artículo y se ha desarrollado de forma extensa líneas arriba.

Asimismo, el tercer paso es comprender que la labor jurisdiccional tiene límites y que no es todopoderosa: el juez (especialmente el constitucional) tiene límites por su propia condición de autoridad. Como práctica, el juez debe reencauzar su labor hacia el activismo y tener *self-restraint*, recordando siempre que actúa bajo ciertos parámetros jurídicos que ni siquiera un juez puede ignorar. No se debe dar margen a las críticas que, justificadamente, advierten del riesgo de tener un “gobierno de jueces” porque “cualquier cosa y todo es justiciable” (Barak, citado por Hirschl, 2004, p. 169; p. 221).

El cuarto paso tiene que ver directamente con la labor interpretativa del juez y se toma del texto del profesor y magistrado Luis Roberto Barroso:

En orden a asegurar su legitimidad y la racionalidad de su interpretación en dichas situaciones, el intérprete deberá, en medio a otras consideraciones: (i) reconducir su decisión siempre al sistema jurídico, a una norma constitucional o legal que la fundamente la legitimidad de una decisión judicial se basa en su vinculación con una deliberación mayoritaria, sea del constituyente o del legislador; (ii) utilizarse de un fundamento jurídico que pueda ser generalizado para los demás casos que se pueda considerar como equiparables, es decir, que tenga la pretensión de universalidad: decisiones judiciales no deben ser casuísticas; (iii) llevar en cuenta las consecuencias prácticas que su decisión podrá producir en el mundo de los hechos. (2007, p. 32)

La recomendación (i), como se aprecia, va por la misma línea planteada por Atienza y a recordar los límites de toda autoridad, que no puede ser arbitraria. Las recomendaciones (ii) y (iii) son interesantes, pues deben hacer pensar al juez en los impactos de sus decisiones, a fin de que —kantianamente— puedan ser eventualmente universalizables y no generen inestabilidad o riesgos para el Estado Constitucional y el constitucionalismo de los derechos (una suerte de criterio de previsión de consecuencias).

²⁶ Es un caso polémico, que quizá sí es de híper-constitucionalización del Derecho, pero no por ello menos fascinante (Monge, 2022).

Como se podría advertir de los ejemplos jurisprudenciales presentados en la sección anterior, no todos esos casos son universalizables. De hecho, de hacerlo, se estaría poniendo a la Constitución en la posición de ese ‘huevo jurídico originario’ que mencionaba Forsthoff, pues de la Constitución fluiría (aunque ya sabemos que no lo hace), situaciones tan cuestionables (por no decir absurdas) como que un río y sus afluencias sean ‘titular de derechos’.

Ahora bien, como en toda empresa humana, la forma de remediar o contener a la híper-constitucionalización pasa inexorablemente por las personas. Por sus actitudes (más propensa al exceso que a la mesura o la prudencia). Por su educación (formación jurídica, más o menos tradicional, más o menos creativa). Por su forma de entender el Derecho (la aproximación neoconstitucionalista, por ejemplo, negaría la existencia de la híper-constitucionalización o la haría ver menos amenazante de lo que realmente es). De esas actitudes, educación y formas de entender el Derecho dependerá, en buena cuenta y en mayor medida, si se logra remediar o contener a este problema que en este artículo se advierte como creciente.

Esperando que se pueda advertir el peligro que se anunciaba al inicio, en este artículo se ha buscado dar una visión preliminar sobre lo que se entiende por híper-constitucionalización, lo cual implica revisar algunos conceptos clave y también jurisprudencia, para luego plantear algunas reflexiones que sirvan para el debate académico y práctico.

IV. CONCLUSIONES Y ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

- La híper-constitucionalización del Derecho es un fenómeno que se produce por exceso de constitucionalización. Existe y está presente. No se trata de rechazar a la constitucionalización o negar sus virtudes, pero sí advertir de los excesos que se pueden terminar cometiendo en su nombre. Cuando hablamos de híper-constitucionalización, ya no estamos solo ante una Constitución que se irradia hacia todos los sectores, que tiene valores que se juridifican y se pueden judicializar, y que da un rol importante a los jueces; sino que estamos ante una Constitución que, por obra de los jueces y algunos otros actores, termina por sustituir o invadir foros ajenos al Derecho Constitucional o a la protección de los derechos fundamentales.
- Si convenimos en que la híper-constitucionalización del Derecho no solo es posible sino que existe, también se debería poder concluir que es una situación peligrosa que pone en riesgo al Estado Constitucional mismo. Se produce,

entre otros motivos, como consecuencia de las condiciones cuarta (sobre-interpretación) y séptima (influencia sobre las relaciones políticas) de la constitucionalización del Derecho que describe Guastini y es auspiciada teóricamente por el neoconstitucionalismo.

- La Constitución no tiene que dar una respuesta para todo. No tiene la respuesta a todo, y si se fuerza, da lugar a la arbitrariedad. Como se planteaba en la serie de ficción *House of Cards*, a veces se puede mirar a la Constitución para inspiración o guía (parámetros generales) y no como manual de instrucciones (parámetros y respuestas específicas), por la sencilla razón de que la Constitución no prevé todo. Pero de ahí a invitar a la sobre interpretación y a dejar de lado el *self-restraint* hay otro trecho que no es saludable. Ello termina generando incluso la debilidad de los derechos fundamentales, pues se desgasta su legitimidad al ver que se les utiliza, indebidamente, para intentar justificar decisiones arbitrarias. Después de todo, se puede llegar a confundir aquello que es constitucionalmente posible o necesario con lo que el juez constitucional considera como ‘deseable’ en cada caso (su subjetiva valoración del ímpetu moral).
- Constitucionalizar el Derecho, esto es, impregnarlo de lo que significa la Constitución viene también con el límite al poder, con la prudencia y con la mesura. Nada de ello se respeta con la híper-constitucionalización. Y por ello es un peligro. Al resolver un caso, hay que: (i) justificar la decisión en la norma constitucional pertinente; (ii) dar buenas razones que tengan una vocación de generalidad o aplicación a otras situaciones similares; y (iii) tomar en cuentas las consecuencias prácticas de lo que se va a decidir (una suerte de previsión de consecuencias). 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

AGRADECIMIENTOS

Escribo estas líneas con el corazón en la mano. Allá por el 2015, la asociación me honró al elegirme director de la comisión de Contenido durante el 50 Aniversario de THĒMIS. Lo celebramos con un número conmemorativo: la revista 67 dedicada al Derecho Constitucional, tema que no se abordaba desde el 2008 con la Revista 55. El tema elegido permitía escribir sobre una rama trascendental y de actualidad, así como abordar diversas materias jurídicas desde la óptica de la ‘constitucionalización del Derecho’. Así, es un verdadero honor participar nuevamente de las páginas de THĒMIS, ahora con ocasión de su 60 Aniversario y en número dedicado también al Derecho Constitucional. Creo genuinamente que THĒMIS ha marcado pautas en el debate jurídico nacional, y eso solo se logra con el esfuerzo y empeño de los cientos de miembros que han pasado por la asociación a lo largo del tiempo. Haber formado parte de esta historia es un honor, así que quería aprovechar estas palabras para saludar y celebrar a todos quienes han hecho posible que el proyecto continúe. ¡Feliz 60 Aniversario, THĒMIS!

Asimismo, agradezco a mis estudiantes del curso ‘Constitucionalización del Derecho’, por ser valiosos compañeros en mi primera aventura como docente.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (2017). *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-66-septiembrediciembre-2002/epilogo-la-teoria-de-los-derechos-fundamentales-2>
- (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores.
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista CAP Jurídica Central*, 02(3), 59-101. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/issue/view/178>
- Barroso, L. (2007). El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del Derecho constitucional en Brasil. *Revista de Derecho*, 06(12), 25-50. [<vistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/820>](https://re-</p>
</div>
<div data-bbox=)

- Böckenförde, E-W. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2019). *Sobre los límites del juez constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Favoreu, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 12(01), 31-43. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/issue/view/215>
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-45. <https://e-spacio.uned.es/entities/publication/de197272-bf8e-4b46-955e-e897a345ebf7>
- Forsthoft, E. (1975). *El Estado de la Sociedad Industrial (El modelo de la República Federal de Alemania)*. Instituto de Estudios Políticos.
- García Amado, J. (27 de agosto de 2010). Prólogo sobre neoconstitucionalismo para el gran libro de un buen amigo. *Dura lex*. <https://garciamado.blogspot.com/2010/08/prologo-sobre-neoconstitucionalismo.html?m=1>
- García Toma, V. (2015). La Constitución y el sistema jurídico nacional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (67), 23-37. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1225>
- García, J. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Guastrini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Distribuciones Fontamara e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Fondo Editorial PUCP e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/ab0ea6ed-1f77-41cd-ae70-d50827ec4126>
- Hakansson, C. (2008). El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas. *Persona y Derecho*, (59), 57-75. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/31753>

- (2024). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra Editores.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del Derecho*. Quinta edición. Alianza Editorial.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Kumm, M. (2006). Who is Afraid of the Total Constitution?. *German Law Journal*, 7(4), 341-370.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?*. Editorial Ariel.
- Marciani, B. (2020). Entre la banalidad y los derechos: el neoconstitucionalismo y el derecho general de libertad. En Andrés Ibáñez, P., Grández Castro, P. Marciani Burgos, B. & S. Pozzolo (Eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, pp. 289-305. Palestra Editores.
- Mendoza, M. (2005). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 219-271. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7683>
- Monge Morales, G. (21 de abril de 2022). Mascotas en edificios: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01413-2017-PA/TC. *Forseti*. <https://revista-forseti.com/caso-mascotas-en-edificios-analisis-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-recaida-en-el-expediente-n-01413-2017-pa-tc/>
- Monge Morales, G., & Odar Chang, R. (2015). Análisis crítico del Derecho Constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano: entrevista a Rubén Martínez Dalmau. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (67), 49-62. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1225>
- Neves, M. (2022). *La constitucionalización simbólica*. Palestra Editores.
- Nieto, A. (2012). Epílogo. En F. Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* Editorial Ariel.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Zela.
- Pozzolo, S. (2011). Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. En Pozzolo, S (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 13-87). Palestra Editores.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Palestra Editores
- Rodríguez, R. (2022). *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional. Una teoría sobre la derrota-bilidad jurídica*. Palestra Editores.
- Salazar Muñoz, R. (2015). El paradigma neoconstitucionalista. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, 83-109. <https://repositorio.lasalle.mx/items/4021b96f-d122-459d-ba6e-4e16edde8b4e>
- Schmitt, C. (1931). Hacia el Estado total. *Revista de Occidente*, (95), 140-156.
- (1983). *La Defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*. Editorial Tecnos.
- (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2025, Opinión Consultiva OC-32/25.
- Corte Superior de Justicia de Lima, 8 de junio de 2022, Resolución 1, Expediente 03898-2022-12-1801-JR-DC-03 (Perú).
- Corte Superior de Justicia de Loreto (Juzgado Mixto - Nauta I), 8 de marzo de 2024, Resolución 14, Expediente 00010-2022-0-1901-JMCI-01 (Perú).
- Corte Superior de Justicia de Loreto (Sala Civil de Loreto), 29 de agosto de 2024, Resolución 31, Expediente 00010-2022-0-1901-JMCI-01 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 22 de marzo de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00228-2009-AA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de junio de 2025, sentencia recaída en el Expediente 00010-2024-AA/TC (Perú).