

EL “JUEZ” DESDE EL PENSAMIENTO DEL DOCTOR BRISEÑO SIERRA Y LOS PROBLEMAS EN LA ACTUALIDAD

Ana Cecilia CALDERÓN SUMARRIVA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La constitucionalización del proceso y del rol del juez.* III. *A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso no ha dejado de ser el medio a través del cual se pueden solucionar controversias, pese a la existencia de otros mecanismos para ese fin. Sigue siendo la vía más concurrida y segura para el ciudadano, porque está revestida de la decisión por autoridad. Además, la justicia es un servicio público que el Estado tiene la obligación de optimizar en términos de acceso y plazos, pero también de calidad. En los avances que se han producido en nuestra cultura jurídica se han ido incorporando una serie de conceptos que deben hacernos pensar en una revisión en términos sustantivos y procedimentales. Desde nuestro punto de vista, esa incorporación se debe al desarrollo del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, así como a la globalización. Se advierte así una suerte de conceptos universales que rondan en las decisiones de los tribunales y que sirven como un estándar mínimo en cada Estado.

Consideramos que el maestro Briseño, al definir la razón de ser del proceso, también define la razón de ser del juez. Al respecto dice: “entre los hombres se presentan disputas jurídicas requeridas de solución imperiosa, es algo que no puede negarse”. Y añade: “la fijación de estos derechos no puede hacerse por el mismo que está interesado en ellos, por la sencilla razón de que entonces los juicios serían parciales, y de que cada resolución

* E-mail: acs@egacal.com

provocaría nuevas disputas”.¹ De aquí que el juez es el poder constituido esencialmente para resolver estas controversias con el derecho preestablecido, que puede tener, dependiendo de la naturaleza de la controversia, diversas fuentes. En esencia, el juez es un pacificador o componedor de conflictos particulares, y eventualmente, a través de su actuación, pueden establecerse reglas generales, sobre todo por razones de previsibilidad y resguardo de la igualdad en la aplicación de la ley (un mecanismo para ello es el uso del precedente judicial).

La resolución de conflictos por parte del juez congrega tres aspectos fundamentales: el poder de que sus decisiones resuelvan el asunto de modo definitivo (poder que es delegado) y la legitimidad de ese poder a partir del respeto de condiciones básicas como la imparcialidad; el respeto al método para la resolución del conflicto con sus propias reglas (debido proceso) y la justificación debida de su decisión que la dota de racionalidad y proscribela arbitrariedad.

Sin embargo, pese a que se han podido fijar algunos rasgos, la realidad es que existen importantes desafíos tanto para el derecho procesal como para definir el rol del juez, puesto que los paradigmas han ido modificándose, de manera que ya no se tiene un juez oculto “mero aplicador de la ley”, sino un juez protagonista y deliberativo, pues no sólo trabaja con reglas, sino también con principios.

En Latinoamérica estamos tomando conciencia de ciertos cambios, que ya han ido operando en la realidad, cambios a los que se ha denominado “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”,² lo cual lleva a la idea de la “constitucionalización del proceso” y a la “constitucionalización de la labor del juez”.

Podemos extraer del pensamiento del maestro Briseño ideas fundamentales, como el de que las disputas requieren una solución imperiosa, lo que perfila el derecho a una tutela judicial efectiva como una obligación del Estado, lo cual no sólo significa el acceso a la justicia, sino también que el proceso se realice dentro de un marco de garantías y que la decisión adoptada pueda ejecutarse completa y oportunamente. Otra de sus ideas importantes

¹ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1969, vol. II, p. 18.

² “Un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento jurídico en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”, Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano”, en Carbonel, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

es aquella que hace referencia al juez como un tercero que no es parte de la controversia y sin ningún interés particular en ella, lo que perfila la garantía de la imparcialidad que conlleva el deber del juez de mantenerse férreamente en su labor de resolver con el derecho vigente y sin consideración de factores ajenos.³ El maestro no desconoce la importancia de la Constitución y de los derechos fundamentales, porque afirma: “No se niega que la Constitución sienta normas de principio, y aun existen Constituciones que, como la mexicana, se encarguen de establecer ciertas y determinadas normas procesales, es decir, que eleven al plano de la Constitución alguna norma procesal concreta”.⁴

Uno de los desafíos actuales es limitar el poder de los jueces, que parece desbordarse a partir del propósito de dar eficacia a los derechos fundamentales (principalmente cuando nos referimos a los de carácter social). Se suman a esto sus facultades de controlar los actos públicos (no existe ninguna zona exenta de control) y de tener la última palabra en la interpretación de la Constitución, lo que lleva a distorsiones importantes, como asumir el rol de legisladores (desafío que no sólo es para los jueces propiamente constitucionales, sino también para los ordinarios, que en el Perú tienen no sólo el control difuso de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad).

Refiriéndose al punto anterior, Briseño indicaba:

pero nada de ello viene a fundar la teoría de que el juez deba desentenderse de la Ley. Por el contrario, cuando el legislador quiere que el juez legisle, lo determina a través de la norma positiva. Si desea que invoque el precedente, hará obligatoria la jurisprudencia, y si prefiere que el conglomerado establezca el derecho, estipulará el valor de la costumbre.⁵

³ “El ideal del juez independiente e imparcial designa al juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento de su deber. El cumplimiento del deber son tanto la explicación como la justificación de las decisiones del juez independiente e imparcial, o dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coincide con la motivación (la justificación de la decisión). Así pues, la independencia (deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de la imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (motivos) por los cuales el juez decide”. Aguiló Regla, Josep, “Los deberes inherentes a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho”, *RI7B Estudios*, 10, ponencia con algunas modificaciones presentada en el IV Congreso Nacional de Jueces del Perú, “Desafíos de la Justicia del Siglo XXI”, Cusco, 24 al 27 de agosto de 2010.

⁴ Briseño Sierra, Humberto, *op cit.*, p. 93.

⁵ *Ibidem*, p. 28.

Sin embargo, si bien el parámetro no ha dejado de ser legal, existe otra fuente normativa que sustenta su intervención, que es la Constitución, y que dentro del marco del control constitucional permite no sólo que haga de legislador negativo, sino también positivo. Parecería que los jueces tienen licencia para todo, pues pueden ordenar la construcción de una carretera, impedir la ejecución de un proyecto de inversión, la autorización para llevar adelante una medida de política criminal, etcétera.

Otro planteamiento que implica un desafío actual se encuentra en la necesidad de mantener como fuente del proceso a la ley, y con ello mantener la idea de seguridad jurídica como aquello que está determinado y, por lo tanto, es previsible; además, tener como fuente normativa última a la Constitución ya no hace posible considerar dicho valor. Se piensa que partiendo de la naturaleza abierta de las normas constitucionales se estaría ingresando a una zona de inseguridad o penumbra⁶ por la errónea consideración de que al tratarse de una norma de esa naturaleza es imprecisa, lo que da la espalda a la posibilidad de derivar determinados contenidos sobre los cuales incluso existe consenso.

Al llegar a la primera conclusión, se afirma que estaríamos sujetos a un alto grado de discrecionalidad de los jueces. Queremos pensar lo contrario, pensar que la invocación de principios o garantías constitucionales de aplicación directa en el proceso establece más bien una garantía de seguridad, y que se mantienen como límites infranqueables incluso frente a los cambios coyunturales que puedan operar en la ley, ello si su contenido es racionalmente definido.

La razón fundamental del cambio de paradigmas se encuentra en que las Constituciones comienzan a tener valor normativo, y el catálogo de derechos que reconocen ya no es una mera declaración de aspiraciones, sino que tienen una eficacia frente al Estado y los particulares (eficacia vertical y horizontal), de modo que su observancia es exigible y judicializable, y cuan-

⁶ En este punto tomamos, para referirnos a este riesgo, que el juez constitucional esté autorizado en pro de la eficacia de los derechos fundamentales y el resguardo de la Constitución a variar o modular las reglas de juego en el proceso. Muestra de ello es que en el Perú se ha definido “la autonomía procesal” en materia constitucional, y es la propia definición que otorga el Tribunal Constitucional peruano la que permite observar la relativización que afecta la seguridad jurídica. Así, el Tribunal ha señalado: “Según el principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del Código Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional” (STC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC).

do todas las normas del sistema deben guardar coherencia con los parámetros que establece la Constitución, se comienza a producir un cambio en la concepción del derecho: las Constituciones dejan el mundo de la política y se introducen como una fuerza invasiva en todas las áreas del derecho.⁷ Este cambio se comienza a dar a partir de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las cuales consagraron el principio de constitucionalidad.⁸

Gambino sostiene que este cambio es consecuencia de la situación en la que se encontraban la mayor parte de Estados en donde los derechos y libertades no eran debidamente protegidos por la democracia parlamentaria, ya que se había dejado al ciudadano solo frente a las arbitrariedades del Poder Legislativo.⁹

La Constitución es una norma de textura abierta que es invocada en controversias particulares y tomada en consideración por cualquier funcionario o servidor del Estado para la justificación de decisiones y desarrollo de sus actividades, por lo que es indispensable que alguien tenga la responsabilidad de darle contenido y fijar sus alcances.

Esta nueva concepción del derecho tiene como uno de sus rasgos fundamentales la “garantía jurisdiccional”. Los jueces son los custodios de la eficacia normativa de la Constitución y también llamados a ser sus intérpretes legítimos, por lo que la voluntad del constituyente queda de lado. Se cumple aquí lo señalado por Hamilton en *El Federalista*:

⁷ “Y es precisamente la imposición de este nuevo concepto de Constitución lo que comporta la reducción consiguiente de la ley, la cual consiste en el paso de la posición absolutamente privilegiada, que en el sistema anterior tenía, a una posición que continúa siendo preminente, es cierto, pero que queda subordinada a la Constitución y controlada en su ajuste o al menos susceptible de serlo, por un órgano específico, especialmente diseñado para ello, que es el Tribunal Constitucional”, Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁸ “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o separar poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas (materiales) o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Universidad de Externado de Colombia, 2010, p. 162.

⁹ Gambino, Silvio, “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, en Ruiz-Rico, Gerardo (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Valencia, Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, 1997, p. 254.

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos les pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como ante una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.¹⁰

En el sistema centroeuropeo se vislumbró al Poder Judicial con menor fuerza que los poderes Legislativo y Ejecutivo. Sin embargo, no se dejó de reconocer el rol fundamental del límite del poder y la defensa de los derechos fundamentales. Tan es así que Hamilton, refiriéndose a la obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, indicó lo siguiente:

Demuestra incontestablemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos. Prueba igualmente que aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección; quiero decir, mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo... La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.¹¹

En algún momento la discusión estuvo enfocada en quién debía ser el intérprete “oficial” o vocero del constituyente, siendo la posición predominante aquella que se encomienda a los jueces dicha labor. Como señala Haberle, se compara la Constitución con una carta de navegación, y con el constitucionalismo se pretende que la lectura que se haga de la Constitución esté en manos de expertos. Valiéndose de la autoridad judicial, se sitúa a ésta como un intérprete privilegiado del texto constitucional, cerrando las

¹⁰ Hamilton, Alexander, *El Federalista*, núm. 78.

¹¹ *Idem*.

posibilidades de intelección o interpretación por una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.¹²

El momento en que vivimos parece plantearnos un modelo de confianza en el juez y desconfianza en el legislador, por el descrédito del debate político. Se sostiene que son los jueces los que tienen la mayor capacitación para concretizar el proyecto constitucional y racionalizar el derecho vigente en clave constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que no existe ámbito que no esté sujeto al control constitucional,¹³ de modo que se revisan los actos públicos y privados, los cuales no deben afectar ningún derecho fundamental ni parámetro de contenido o de procedimiento que establezca la Constitución. Los llamados a ejercer este control no sólo son los tribunales o cortes constitucionales, sino también los jueces en general, en virtud del denominado control difuso, abriéndose aún más el marco para el ejercicio de este control cuando se considera que los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos y, en el caso nuestro, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también son un parámetro a considerar, lo cual genera el denominado “control de convencionalidad”.

Desde nuestro punto de vista, están operando cambios fundamentales a partir de esta nueva concepción del derecho. Los jueces de la Constitución trabajan con principios más que con reglas, con una facultad reforzada de control de todas las actividades públicas y privadas que permite la inaplicación de normas y la generación de medidas de carácter general a partir de casos concretos frente a la inactividad del legislador o del Ejecutivo, y tienen como fuente de legitimación a la argumentación.

El modelo del juez que parece imponerse es el de un juez activista que invade competencias, expide en más de una ocasión decisiones inejecutables, quiebra la igualdad procesal en aras de la “justicia”¹⁴ y genera distorsiones en el sistema jurídico al relativizar las reglas de juego y modificar instituciones con una tradición jurídica importante. Se ataca el subjetivismo que puede existir para la resolución de casos atendiendo a valores, razón

¹² Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, p. 150.

¹³ STC 05854-2005-AA/TC.

¹⁴ Los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones —tanto particulares como de poderes públicos— y normas que lo lesionan podrán calificarse de injustas, Domingo Pérez, Tomás de, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo”, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima, Editorial Palestra, 2010, p. 18.

por la cual Briseño anotó: “Ir a un proceso esperando que el juez dé la razón porque se tiene el sentimiento de poseerla, sería tan contrario al Estado de derecho, como pretender que el juez cambie la ley”.¹⁵

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO Y DEL ROL DEL JUEZ

Es innegable la existencia de principios que guían la actividad procesal, como la bilateralidad, la intermediación en obtención de la prueba, la motivación debida de las medidas que restringen derechos, entre otros. El profesor Briseño Sierra le reconocía a aquéllos una labor orientadora.¹⁶ En estos tiempos se hace el esfuerzo de dotarlos de un contenido, sea por los tribunales internos (ordinarios o constitucionales) o por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, lo que tiene directa incidencia en el acontecer del proceso y son pasibles de ser exigidos en casos concretos.

La importancia de los principios y garantías fundamentales se advierte en el pensamiento de Briseño, quien señala que

los principios dan el sentido, la finalidad a la que deben adecuarse las leyes. Si por tal fenómeno se entiende una prelación normativa se habrá confundido contenido con valor. La ley común no puede establecer una norma que valga más que la constitucional, pero si hubiera de expresar lo mismo o simplemente desenvolver una orden, los preceptos constitucionales se convertirían en rubros de las leyes. Pero desde la perspectiva del valor, realmente un código procesal no puede implantar una categoría que contrarie otra constitucional, no puede la ley procesal regular un proceso en que no se deba oír al demandado o indiciado, porque se trata de un principio constitucional, un valor categorial que tiene preferencia.¹⁷

Consideramos que es pacífico aceptar la idea de constitucionalización del proceso ante la innegable existencia de principios de justicia consagra-

¹⁵ Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 93.

¹⁶ “Pero se ha hablado de principios y garantías constitucionales. Sin ahondar sobre nociones que son comunes a todo el derecho, y que más tarde tendrán que ampliarse, puede dejarse establecido que entre los principios y las reglamentaciones hay la misma diferencia que va de la orientación legislativa a la concreta normación de una situación”, Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷ *Ibidem*, p. 95.

dos en los instrumentos internacionales¹⁸ de los que son parte los Estados,¹⁹ en sus Constituciones y títulos preliminares de sus códigos procesales. Como advertimos en líneas anteriores, el desafío estará en definir los contenidos y alcances de cada uno de ellos y el rol del juez del constitucionalismo.

Como en el Estado constitucional de derecho existe una suerte de incorporación de lo moral (o cierta parte de ella) al derecho, y no como buscaba Kelsen en su *Teoría pura*, al proponer que sea un fenómeno meramente jurídico-normativo. De aquí que la justicia ya no es meramente aplicativa, sino deliberativa,²⁰ puesto que se tienen que efectuar juicios de valor para determinar ciertos contenidos. García Figueroa sostiene que no es posible hacer una estricta separación entre derecho y moral debido a la inserción de principios de contenido moral en el sistema jurídico y al hecho de que tanto el razonamiento moral como el jurídico pueden verse como partes de un mismo tipo de discurso práctico general.²¹

En este modelo nos apartamos de la misión acuñada por el autor de *El espíritu de las leyes*, que sostenía que el juez era “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, en donde el Estado legislativo de derecho sucumbe ante el Estado constitucional de derecho.

También tiene que observarse la sociedad de nuestros días, a diferencia de la del siglo XIX, que era “monista”, presidida por los valores de la bur-

¹⁸ Se establece en el artículo 8o. de la Convención Americana las denominadas “garantías judiciales” y en el artículo 14o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁹ En el Perú, las garantías y principios de justicia se encuentran en el artículo 139 de la Constitución, pero también se regulan principios y garantías en los títulos preliminares del Código Procesal Civil, Código Procesal Penal y Ley Procesal del Trabajo. Muchos de estos contenidos han sido incorporados, además, como derechos implícitos en el marco del debido proceso, como sucede con la prohibición de la reforma en peor, la congruencia procesal, la imputación necesaria, entre otros.

²⁰ A propósito de ello: “es mientras que no se demuestre que los jueces ostentan el monopolio de la racionalidad, la participación del Poder Ejecutivo, pero sobre todo del Legislativo, resulta indispensable. De lo contrario, hacemos del diálogo un monólogo en que los jueces son los que hablan y los demás actores son los que escuchan, sin pasar de la supremacía judicial. En segundo lugar, por una razón epistémica, pues una participación amplia en la deliberación aumenta las posibilidades de una mejor solución, que tenga una visión más de conjunto de la situación y no únicamente circunscrita al litigio concreto. Finalmente, por una razón pragmática, pues las resoluciones de los jueces requieren de la acción política, ya que por sí solos no pueden extinguir la injusticia estructural”, Alterio, Micaela, “El debate sobre el nuevo activismo y la justicia deliberativa”, *Asociación de Analistas de la Doctrina Constitucional*. En <http://analistasc.com/2012/02/23/el-debate-sobre-el-nuevo-activismo-y-la-justicia-deliberativa>. Revisada el 25 de mayo de 2013.

²¹ García Figueroa, Alonso, “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”, en García Figueroa, Alonso (coord.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 265-289.

guesía y en la omnipresencia de la ley. La sociedad de hoy es una sociedad pluralista, que reclama la coexistencia de valores. Zagrebelsky considera que esa exigencia quedó plasmada en las Constituciones de posguerra.

Como señala el autor citado:

las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo de Estado de derecho legislativo son de primera magnitud: la ley, un tiempo la medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras, divididas y concurrenciales.²²

Zagrebelsky consideró que el asunto principal estaba dado por darle la espalda o no a un sistema en el que imperaban los principios. Y que el juez puede sostener sus decisiones en principios y no sólo en reglas. Al establecer una diferencia entre reglas y principios, Alexy sostiene que las reglas se aplican a través del método de “todo o nada”. Una regla es aplicable o no a un caso jurídico, y en caso de conflicto entre ellas debe recurrirse a criterios interpretativos como la especialidad, la jerarquía o el tiempo. Los principios, en cambio, son generales e indeterminados por definición: son mandatos de optimización de las situaciones fácticas y jurídicas en ellos previstas, y en caso de conflictos ostensibles entre ellos se utiliza la ponderación.²³ A nuestros ojos, ello llevaría a cierta relatividad en función de quién es el juez o los intereses que están en juego.

Veamos como ejemplo el siguiente caso. Mediante la STC 010-2002-PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano determinó que la inexistencia de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo era contraria al fin de resocialización que la Constitución asignaba a las penas, razón por la cual exhortó al legislador a establecer beneficios penitenciarios. Así, entró en vigor el Decreto legislativo 927, que reguló beneficios penitenciarios por terrorismo. Pasados algunos años, y luego de observar la salida de un número importante de condenados por este delito, nuevamente se impidió el otorgamiento de beneficios y se extendió esta medida a otros delitos, como, el lavado de activos. Ante una nueva decisión del Tribunal Constitucional, mediante la STC 00033-2007-PI/TC se estableció que era posible, como una medida de política criminal del Estado, restringir el otorgamiento de

²² Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 63.

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 38.

beneficios penitenciarios, lo cual no vaciaba el contenido del fin resocializador, ya que ponía en relieve la prevención general, esto es, la protección de la población y hasta la autoconservación del Estado.

¿Cómo se explica un cambio tan radical en tan poco tiempo? Por un lado, la conformación del Tribunal Constitucional había variado para esa fecha y, por otro, la presión pública era mayor, puesto que la primera sentencia se dio en un contexto en el que se había vencido a las organizaciones terroristas, y la mayor parte de sus líderes estaban recluidos en establecimientos penales. Sin embargo, la segunda sentencia fue emitida en un contexto de resurgimiento de actividades terroristas.

Las posiciones que atribuyen indeterminación y ambigüedad a los principios y, por ende, el origen de los problemas de excesos y desbordamiento de los jueces, no niegan su carácter normativo. Es más, se afirma que en este punto se encuentra la invitación para el activismo judicial.

Ferrajoli sostiene que su uso amplía el poder de disposición de los jueces, lo que explica también el desarrollo de la argumentación.²⁴ Pietro Sanchís, refiriéndose a este mismo punto, indica:

Ni los jueces —ni tampoco la sociedad— comparten una moral objetiva y conocida ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan racionalmente, y ello tal vez se agrave en la ponderación de las circunstancias del caso que han de ser tomadas en consideración, constituyendo una variable de difícil determinación. Y en donde el establecimiento de una jerarquía móvil reside irremediabilmente en juicios de valor.²⁵

Schmitt sostuvo que los principios podían ser designados como normas.²⁶ Kelsen, al referirse a la justicia constitucional y a los principios, decía que eran muy peligrosos porque podían interpretarse las disposiciones de la Constitución como una invitación al legislador a someterse a la justicia,

²⁴ “Apunta al mismo tiempo a un problema que es común en todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del Estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones —y de los correlativos espacios de discrecionalidad— en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia de poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extrainstitucionales”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 10.

²⁵ Pietro Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales. Neconstitucionalismo y ponderación judicial.*, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 148.

²⁶ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarlo, Madrid, Tecnos, 1931, p. 45.

la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etcétera, como directivas relativas al contenido de las leyes.²⁷

El desafío no sólo se presenta ante el juez constitucional en sentido estricto (tribunales y cortes constitucionales), sino también ante el juez ordinario que, como señalamos, en alguno de nuestros estados tiene a su cargo el control constitucional difuso y también el de convencionalidad, acudiendo a principios para realizar dicha función, pero que en el marco de la constitucionalización del derecho, para resolver asuntos de diversa índole, no se limita a realizar juicios de subsunción, sino que acude a principios y realiza ponderaciones.

Es así que, a manera de ejemplo, de acuerdo con el artículo 400 del Código Civil peruano, el plazo para impugnar la paternidad es de noventa días. Sin embargo, no se aplicó dicho dispositivo, al considerarse afectados los derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico. Estos derechos están contemplados en el inciso 1), artículo 2o. de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

La Sala Especializada de Familia que ejerció el control difuso (expediente 860-2002, Lima) consideró que a partir del interés superior del niño, y debido a que el menor cuenta con un año de edad, debían agotarse en el proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez que se practique la prueba de ADN, por lo que se declaró nulo el auto que falló por la improcedencia de la demanda. Esta resolución fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (Consulta 2858-2002, Lima), con la finalidad de que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del artículo 400 —por preferirse la norma constitucional, artículo 2, inciso 1)— era correcto. La referida Sala Suprema emitió su fallo y aprobó el auto en mención, que declaró inaplicable al caso el artículo 400, sin afectar su vigencia.

Los criterios argumentados por esta decisión jurisprudencial, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, pueden ser perfectamente aplicados a las acciones de impugnación de paternidad matrimonial (artículo 364), impugnación de maternidad matrimonial (artículo 372),

²⁷ Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 142.

impugnación de la adopción (artículo 385) y negación del reconocimiento por parte del hijo (artículo 401), en los que se establece un plazo de caducidad para accionar.²⁸ En este caso, se observa claramente cómo un clásico de justicia ordinaria tiene relevancia constitucional, y la decisión adoptada puede terminar trastocando algunas reglas similares a la que fue puesta en cuestión.

Modugno trata de explicar lo que está sucediendo, de la siguiente manera:

Esta tendencia a la jurisdiccionalidad constitucional se explica por la crisis de legitimidad del positivismo de la ley y de la presunción de racionalidad del sistema liberal y del Estado de derecho ante la creciente complejidad social. Es entonces en ese contexto en donde las decisiones de la Corte Constitucional, en lógica consecuencia con el modelo adoptado, se han ido apartando del modelo jurisdiccional garante y guardián de presuntos valores constitucionales estables y relativamente permanentes para convertirse en mediador y moderador de conflictos sociales y, principalmente, de aquellos que no encuentran solución en las sedes institucionales de la formación de la voluntad política, transformando así la función de control constitucional en la de legislador positivo, paralelo y complementario del Parlamento.²⁹

Lo que acabamos de señalar tiene como ejemplo una de las sentencias de mayor controversia en el Perú, en la cual se advierte la labor del legislador positivo por sugerir la incorporación de algunos elementos en la definición del tipo penal de terrorismo. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional 010-2002-PI/TC, cuyo cuestionamiento llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el voto disidente de la magistrada Cecilia Medina hizo notar el grave problema en el que estábamos inmersos.

En ese entonces, el titular de la Defensoría del Pueblo del Perú señaló que “esta sentencia delimitó y acotó interpretativamente la conducta prohibida en el tipo base de terrorismo”. Y agregó: “ese tribunal salvó la constitucionalidad de esta norma al delimitar los elementos objetivos y las cláusulas abiertas que contiene, y estableció precisiones que *se incorporan* en el texto de la norma mencionada” (cursivas nuestras), lo que significa dar “garantías suficientes a la luz de la legalidad”.

²⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique, “Plazo para negar el reconocimiento”, *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. II, *Derecho de familia*, *Gaceta Jurídica*, 2003, p. 906.

²⁹ Mondugno F., “La Corte Costituzionale oggi”, en Lombardi, G. (coord.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, Rimini, 1985, pp. 33 y ss.

Al no trabajar con reglas, sino con principios, y considerando la necesidad de resolver casos concretos utilizando los valores y directrices que se desprenden de la Constitución, Pietro Sanchís afirma que existe una alta probabilidad de estimular el subjetivismo, y que éste sea desbocado, que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues no se garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, pero sí es necesario que se tenga que fundamentar para resolver un conflicto, es decir, que hay que moverse hacia la argumentación.³⁰

Para el autor citado, en un Estado de derecho la legitimidad del intérprete reposa en su carácter “neutro” y pasivo. Todo parece indicar que en el Estado constitucional reposa el ejercicio de la racionalidad: lo que antes era una “caja negra” ahora se propone como un ejemplo de transparencia.³¹

Taruffo sostiene que el juez, para ser tal, debe garantizar que sus fallos se basen en argumentos en los que se demuestre que la opción asumida está fundada sobre derecho y razón.³² Se hace referencia a una enorme responsabilidad de los jueces, quienes deben conducirse de tal manera razonable para ser la alternativa elegida. Como señala Gonzales Mantilla, la argumentación deberá estar sostenida en “buenas razones” para que el fallo sea aceptado.³³

Un problema que plantea este mecanismo de legitimación es la confusión entre la justificación y los motivos que inspiran una determinada decisión, siendo posible encontrar voluminosas sentencias en las que no se expresan “las razones”, sino una motivación aparente.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, podemos dibujar el perfil de un juez activista, cuyos poderes se han incrementado notablemente.

Cepeda Espinoza advierte que generalmente las tesis a favor del activismo judicial tratan de eludir el fantasma antidemocrático que ronda al control constitucional. En primer término, dice que no se perjudican los principios democráticos si los tribunales intervienen en *pro* del pueblo y en

³⁰ Pietro Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 148.

³¹ *Ibidem*, p. 194.

³² Taruffo, Michele, “La giustificazione delle decisioni fondate su standards”, en Bessone, Mario y Guastini, Ricardo (coords.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padua, Cedam, 1995, pp. 269-270.

³³ Gonzales Mantilla, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*, Lima, Palestra, 2009, p. 87.

defensa de las libertades. Adicionalmente, afirma que los desperfectos del sistema político pueden llegar a hacer necesaria la intervención judicial en el proceso político, por las siguientes razones: primero, porque el libre juego democrático puede no ser tan libre, sobre todo si las reformas justamente merecidas por algunos sectores sociales están siendo entrabadas; segundo, porque los mecanismos de frenos y contrapesos entre agentes políticos tienen graves defectos, como la deferencia excesiva de la rama legislativa hacia el Ejecutivo; tercero, porque el pueblo, en ocasiones, necesita protección contra sus propios desafueros.³⁴

Este incremento del poder de los jueces puede generar ciertos riesgos para el Estado constitucional y para la democracia. Tal posibilidad es advertida, por ejemplo, por Pietro Sanchís, quien afirma:

las críticas al subjetivismo judicial no pueden ser eliminadas, pero tal vez sí matizadas. En primer lugar, porque no nos movemos en el plano de cómo se comportan efectivamente los jueces, sino de cómo deberían hacerlo; que algunos jueces revistan sus fallos bajo el manto de la ponderación no es un terapia segura que evite aberraciones morales, tonterías o un decisionismo vacío de toda ponderación.³⁵

La constitucionalización del rol del juez implicaría que él asuma el poder de resolver controversias con la Constitución, que establezca reglas de principios con una justificación suficiente; que sea garante no sólo de los derechos, sino también del mantenimiento de un sistema coherente donde existen asuntos que no son de su competencia, en los cuales no puede intervenir por carecer de legitimidad para ello.

La ampliación del poder de los jueces para hacer efectivos los derechos fundamentales no debe llevar a pensar en un control sobre el poder político, llegando a la suplantación incluso del Poder Constituyente, autodenominándose sus voceros, con una pretensión de tener la última palabra y gozar de infalibilidad. No se puede caer en la idea de un juez Hércules, “el señor del derecho”, que invade la esfera del legislador, cayendo en la soberbia de suponer que su repuesta es la única posible.³⁶

También cabe hacerse la pregunta de si los jueces podrán asignar contenidos que sean aceptables en términos universales o que puedan utilizar el poder otorgado para traducir ciertos intereses, prejuicios o ideologías, más

³⁴ Cepeda Espinosa, Manuel José, *Derecho, política y control constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1986, p. 89.

³⁵ Pietro Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 149.

³⁶ *Ibidem*, p. 196.

si su sistema de elección no ofrece mayores garantías, convirtiéndose en el brazo judicial del poder político.

Cabe citar aquí lo indicado por el profesor Dahl citado por Cappelletti, quien refiriéndose a la Corte Suprema estadounidense dice: “es un componente de alianza política dominante en el país... A falta de un consenso sustancial en el seno de dicha alianza, un intento de la Corte para determinar una dirección política está destinado, verosímilmente, a concluir en un desastre”.³⁷

Las decisiones en diversos ámbitos asumiendo medidas que corresponden al Ejecutivo o al Legislativo, como por ejemplo en temas de salud (programas de atención gratuita integral a enfermos mentales o de sida) o la devolución de fondos, sin medir las consecuencias, pueden llegar a decisiones inejecutables debido a que no dependen de las buenas intenciones o razones del juez, sino de la existencia de un presupuesto y de mecanismos técnicos para su implementación.

Para Kelsen, el juez era como una especie de caja negra, en el sentido de que los procesos cognoscitivos y volitivos que ocurren en la mente del intérprete y que son el “puente” entre la norma y el fallo, resultan, en gran parte, misteriosos e inaccesibles para la teoría del derecho, por lo que cuanto más se acerca la norma al esquema de los principios, más imprevisible y arbitrarias serían sus decisiones.³⁸ No llegamos al extremo de pensar que el juez puede ser una fuente de arbitrariedad, puesto que no se pueden dejar de reconocer los avances que se han dado sobre la base de la jurisprudencia. Sin embargo, sí se tiene que mostrar la preocupación de que si continúa avanzando sin límites, por el activismo judicial, se puede minar la seguridad jurídica y el control mutuo entre los poderes del Estado, además de degenerar institutos con una importante tradición.

Para concluir, consideramos que no podemos asumir una posición de extrema libertad valorativa, y que los jueces decidan qué asignar a cada contenido constitucional, sin más. Tampoco asumimos una posición extrema de negación de significado y trascendencia del orden constitucional para la resolución de conflictos, pero sí creemos que el ejercicio del poder de los jueces debe ser limitado tanto en torno a las reglas del proceso como de aquello que puede decidir. Si tomamos las palabras de Ferrajoli para referirnos al poder de disposición o de valoración ético-política de los jueces, diremos que “el juez, aun en contraste con la naturaleza de su papel, no puede sustraerse de la responsabilidad política de las elecciones o decisiones”.³⁹

³⁷ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 154.

³⁸ Kelsen, H., *op. cit.*, p. 143.

³⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 39.