

La configuración del Tribunal Constitucional como legislador positivo

Niels J. APAZA JALLO*
Galimberty R. PONCE FLORES**

Los autores del presente artículo analizan los fundamentos teóricos del Tribunal Constitucional y analizan sus funciones actuales a partir de su desarrollo histórico. Así, en primer lugar, exponen el pensamiento de Hans Kelsen sobre el particular; luego, exponen el valor del Estado Constitucional, la rigidez constitucional y las garantías jurisdiccionales de la Constitución. Finalmente, abordan la temática de la interpretación constitucional.

RESUMEN

› PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional / Jurisdicción constitucional / Teoría constitucional / Interpretación constitucional / Control concentrado

Recibido : 10/05/2019

Aprobado : 20/05/2019

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional (justicia o jurisdicción constitucional) es una pieza clave en las constituciones y democracias contemporáneas¹. Esto se constata con facilidad

cuando vemos que dicha institución recibió regulación constitucional en la mayoría de los textos constitucionales que se redactaron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El desmoronamiento de los gobiernos autoritarios dio paso al resurgimiento de la democracia y, con esta, a la aparición de nuevos escenarios a nivel político, cultural y jurídico. Entre los aspectos que merecen ser destacados tenemos el reconocimiento de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución (textos constitucionales como realidades normativas capaces de vincular y someter a los poderes públicos) y el ingreso de los valores y principios

* Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano - Puno.

** Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano - Puno.

1 Hoy en día es casi inconcebible imaginar que la creación de una nueva Constitución de faz democrática no prevea formas de garantía jurisdiccional, debido a que la “justicia constitucional se considera hoy elemento cardinal del Estado democrático” (Groppi, 2005, p. 40).

al plano constitucional. Frente a dicho contexto, el Tribunal Constitucional asumió la novedosa tarea de resguardar asuntos de relevancia constitucional en sentido amplio, lo que fue posible a través de la interpretación de la Constitución, adaptándola y acomodándola al contexto político, cultural, económico, social y jurídico vigente, a fin de evitar los desajustes que usualmente suceden entre Constitución y realidad. En dicho sentido, el camino recorrido por esta institución fue algo tortuoso y complicado; sin embargo, pese a ello, supo encajar con bastante éxito en el esquema de gobierno de carácter democrático² de diversos países.

En el presente trabajo nos enfocamos a evaluar –sumariamente– las bases históricas del control constitucional formulado por Hans Kelsen³, especialmente su tesis, postulada y defendida, del Tribunal Constitucional como legislador negativo; a su vez, efectuamos una revisión de los principales aspectos teóricos que modularon e influyeron en que la marcha de la justicia constitucional se aleje, sin dejarla de lado, de la propuesta por el jurista vienés. Como es sabido, el siglo XX fue testigo de diversos momentos que marcaron el rumbo de la humanidad: crisis económicas, desarrollo de dos guerras mundiales, guerra fría, afianzamiento de la globalización,

debilitamiento del Estado de bienestar, reducción de la soberanía de los países, entre otros; no obstante, concretamente con relación a la justicia constitucional, podemos mencionar que la declaración y adopción de los derechos humanos, así como el fortalecimiento de la democracia, han sido los momentos estelares y representativos para la justicia constitucional. No solo ello, las constituciones también fueron materializándose, es decir, incorporaron un plexo de valores y principios que sirven de guía a la sociedad. En este punto, además, se presenció el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, este trabajo sirve para evaluar y pensar el modelo actual de justicia constitucional, debido a que este, mediante el desarrollo jurisprudencial y teórico, ha ido ampliando su espacio de acción, porque asumió funciones adicionales a las estrictamente adjudicadas o reconocidas por Hans Kelsen, esto es, abandona parcialmente⁴ la tesis de *legislador negativo* para convertirse en *legislador positivo*. Esto se produce porque existe una gama teórica y jurisprudencial muy frondosa que justifica el nuevo rol y papel del Tribunal Constitucional. En ese escenario, el hilo conductor de las ideas expuestas en el presente trabajo es dar a conocer

2 En ese sentido, resulta sorprendente la capacidad que ha exhibido para mantenerse en las democracias contemporáneas; no solo ello, también ha servido como vehículo para la democratización y protección de los derechos fundamentales, a pesar de que no fue pensado para tal finalidad. No está demás mencionar que el proceso de consolidación de dicha institución ha transitado por diversos momentos durante el siglo XX, sin embargo, a pesar de los problemas, continúa funcionando con gran aceptación y éxito. No olvidemos que en la actualidad se ha desencadenado un debate fecundo sobre la justicia constitucional desde el plano *iusfilosófico* y constitucional: existen tesis a favor y en contra de la existencia de la justicia constitucional.

3 Hay que considerar que Kelsen diseñó las “líneas maestras del modelo de justicia constitucional que supervisará la efectiva superioridad normativa de la Constitución: el modelo concentrado” (Almagro, 2013, p. 206).

4 Es así porque en la actualidad los tribunales constitucionales todavía mantienen la función de eliminar las normas que sean contrarias a la Constitución (inconstitucionalidad de la norma); por ende, lo que ocurrió es que a dicha función primaria o genética se le añadió la evaluación de situaciones concretas, es decir, pronunciarse sobre la protección de los derechos fundamentales. No solo ello, los tribunales también han planteado la posibilidad de interactuar con los demás poderes y, en algunos casos, emitieron decisiones con carácter vinculante (que todo órgano debe acatarla) o, incluso, –en sentido amplio– han creado normas (sentencias interpretativas, manipulativas, aditivas, autonomía procesal, entre otros).

los principales postulados que dan soporte a los cambios producidos en la reorientación del funcionamiento de la justicia constitucional. También cabe apuntar que esta institución se desenvuelve en un ambiente de carácter democrático, que cuenta con un marco normativo nacional, regional e internacional robusto, lo que le ofrece un amplio margen de desenvolvimiento (interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales compatibilizadas con las teorías constitucionales vigentes y el marco jurídico relacionado a la protección de los derechos).

I. LAS PIEZAS CLAVES PARA COMPRENDER EL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PROPUESTO POR HANS KELSEN: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO

El Tribunal Constitucional es una institución que se origina en los albores del siglo XX, concretamente, con las constituciones de las “repúblicas de Checoslovaquia y Austria” (Ferrerres, 2011, p. 25). Ambos textos constitucionales vieron la luz en el año de 1920 y sirvieron como partida de nacimiento de la existencia de dicha institución. Con más precisión y énfasis, podemos indicar que las “primeras realizaciones concretas de un sistema de justicia constitucional en Europa están representadas por la Constitución de Weimar de 1919 y las de Checoslovaquia y Austria de 1920, como modelos centralizados y abstractos”

“El siglo XX fue testigo de diversos momentos que marcaron el rumbo de la humanidad: crisis económicas, desarrollo de dos guerras mundiales, guerra fría, afianzamiento de la globalización, debilitamiento del Estado de bienestar, reducción de la soberanía de los países, entre otros.”

(Romboli, 2017, p. 35). Estos datos, en términos relativos⁵, representan el origen histórico de la justicia constitucional en Europa, porque a partir de aquí el desarrollo y progreso será cada vez mayor y fecundo. Un dato esencial que no debe ser eludido es que la paternidad del Tribunal Constitucional es adjudicada al jurista vienés Hans Kelsen, en razón de que es su creador y artífice intelectual (lo ideó, creó y fue

miembro de esta institución).

La tesis postulada y defendida por Hans Kelsen sobre el defensor de la Constitución es que, a su juicio, el Tribunal Constitucional debe actuar únicamente como legislador negativo. Esto equivale a que dicho órgano opere “aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa [por ende, exclusivamente] llega a anular leyes anticonstitucionales [y] no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de *legislador negativo*” (Schmitt y Kelsen, 2009, p. 323). Es decir, se constituye en un órgano que se limita a verificar la compatibilidad de las normas ordinarias con las constitucionales, lo que equivaldría a decir que, en caso de producirse discordancia entre la norma constitucional y la ordinaria (leyes, reglamentos o actos de la administración) cumple la función de expulsar del sistema jurídico la disposición que resulte ofensiva a la Constitución⁶.

5 Existen postulados de que se creó con anterioridad, sin embargo, para los fines del trabajo no entraremos en dicho debate.

6 Con relación a este asunto, en la doctrina se ha explicado que “el Tribunal Constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador

El control de constitucionalidad bajo el esquema kelseniano implica desechar del sistema jurídico aquellas normas inconstitucionales; de modo que el defensor de la Constitución debe desempeñarse como un órgano “cuya única función es defender la Constitución contra las violaciones” (Schmitt y Kelsen, 2009, p. 292). Esto supone que el Tribunal Constitucional actúa estrictamente apegado a cumplir dicha función⁷; así evita la presencia o producción, en el sistema jurídico, de normas reñidas con el contenido de la Constitución; a su vez, dicho órgano no está facultado para valorar e interpretar situaciones fácticas de carácter particular (hechos o datos concretos)⁸. En definitiva, la competencia exclusiva de dicho órgano se circunscribe a conocer cuestiones lógicas y formales a nivel normativo, esto es, analizar el contenido de las normas. Sobre este asunto Gascón explica que “el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia

fáctica, la Constitución y la ley” (Gascón, 1994, p. 64; Brewer, 2010).

Entonces, queda claro que el Tribunal Constitucional, al momento de evaluar la constitucionalidad de la norma, cumple el papel de enjuiciar y expulsar la norma inconstitucional, lo que supone que actúa como “legislador negativo”, porque realiza una actividad inversa al legislador (quien produce normas) o al de los órganos administrativos (crean actos administrativos); esta acción emprendida por el Tribunal Constitucional disminuye el caudal normativo existente en el sistema jurídico. Lo descrito conduce a Kelsen a sostener categóricamente e enfáticamente que el control de constitucionalidad tiene que mantenerse alejado y distanciado del enjuiciamiento de hechos o intereses concretos. Esto supone que “el juicio de constitucionalidad se separe o haga abstracción de los hechos o intereses concretos [lo que] permitiría decir con terminología actual que el Tribunal Constitucional kelseniano se ocupa solo de los discursos de fundamentación, no de los discursos de aplicación o, lo que puede ser casi lo mismo, se ocupa de las reglas, no de los principios” (Prieto, 2000, p. 170; Starck, 2003)⁹.

negativo” (Figueroa, 1993, p. 49). Con más precisión se indica que Kelsen “trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución, que de esta forma, viene a operar en el modelo kelseniano como un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofilático” (Fernández, 2005, p. 47). Estas precisiones nos conducen a que la propuesta de Kelsen es de carácter lógico-formal, porque el Tribunal Constitucional evalúa cuestiones normativas, pero deja de lado aspectos vinculados con los hechos o las situaciones fácticas; incluso queda fuera la valoración en base a principios o valores.

7 No solo ello, sino que sus decisiones tienen valor jurídico con efectos *erga omnes*, es decir, pueden ser utilizados para oponerse frente a todos y sus efectos operan con similares características.

8 Esto lleva a sostener que “[a]l Tribunal o la jurisdicción constitucional (...) únicamente [le] corresponde establecer juicio de la conformidad de las leyes con la Constitución” (Sánchez, 1982, p. 18). No puede actuar más allá de dicha función asignada por el texto constitucional.

9 Nótese que Kelsen se opone a la idea de que los órganos judiciales interpreten de forma abierta y permisiva la Constitución. Esto está en sentido contrario a la comprensión y caracterización actual de la Constitución, que está plagada de valores, principios, pautas morales, indeterminación o ambigüedad; lo que supone, a su vez, que la interpretación de aspectos indeterminados o abiertos tiene que estar en manos del Congreso o Parlamento, y queda fuera del espacio de debate e interpretación judicial. En efecto, la concretización de los principios y postulados abiertos recogidos en la carta constitucional están sometidos a la actividad del legislativo de forma exclusiva, pues es este quien debe elaborar los mandatos concretos sobre aquellas disposiciones que tienen alta carga axiológica y valorativa. Kelsen, en relación a las cuestiones abiertas o espacios generales que dan pie a la comprensión

Es así que, según el razonamiento esgrimido por Kelsen, el Tribunal Constitucional o la justicia constitucional está vedada e inhabilitada para crear normas jurídicas o efectuar recreación de las mismas a través de interpretaciones ajenas a su contenido; por eso, también, el acto de creación normativa queda exclusivamente en manos del órgano legislativo (Congreso o Parlamento). Así, el Tribunal Constitucional no puede asumir funciones propias de la actividad legislativa, porque su actuación está circunscrita a mantener la coherencia, regularidad y estabilidad del sistema jurídico (destruye y purga una norma inconstitucional); ello supone que se reconozca a este órgano como aquel que “oficia de legislador negativo”¹⁰. Esta es la razón esencial de la existencia del Tribunal Constitucional, bajo el esquema kelseniano (actuar como “legislador negativo”), porque no está en la capacidad para producir, emanar normas o efectuar interpretaciones que rompan con la lógica y el contenido de las normas jurídicas; solo de este modo cumple, con exclusividad, el rol de proteger la integridad de la Constitución (expulsar normas que resulten contrarias al texto constitucional)¹¹.

En suma, la idea atómica que encierra la propuesta de Kelsen sobre el Tribunal Constitucional –sucintamente– puede ser expuesta del siguiente modo: es un órgano independiente que tiene como función exclusiva anular o expulsar leyes incompatibles con la Constitución; a su vez, está vedado para realizar evaluaciones concretas de los hechos (aspecto fáctico, axiológico o moral). Su único propósito es que el sistema jurídico funcione regularmente (regularidad jurídica para evitar contradicciones e inconsistencias normativas) y, así, la Constitución formalmente mantenga su supremacía jurídica. El efecto de sus decisiones es de carácter general (eficacia *erga omnes*), porque es oponible frente a todos, una vez que la norma es eliminada del sistema jurídico (ningún órgano o autoridad puede aplicarla). También actúa como *legislador negativo* porque vigila que el orden jurídico no sea poblado de normas anticonstitucionales y, de esta forma, refuerza la labor del parlamento, porque respeta la separación de poderes; en consecuencia, en ningún caso está facultado para promover o crear normas, inclusive, recrear interpretaciones alejadas

amplia de la Constitución en el sistema jurídico, advertía que “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc. Como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada (...) en ese caso el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable” (Prieto, 2000, p. 171).

- 10 En la misma línea, ha quedado expuesto que “el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de legislador negativo” (Fernández, 2005, p. 35). Manteniendo la misma línea de argumentación, Luis Prieto Sanchis menciona que la “configuración del Tribunal como legislador negativo, la exclusión de juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de un juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que solo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que esta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador” (Prieto, 2000, p. 171); de esto se deduce que existen ámbitos bien delimitados en los que no puede intervenir el Tribunal Constitucional, lo que también supone que su actuación y rol será de actuar como legislador negativo, es más, estará al servicio del parlamento para afirmar su función (cooperación institucional).
- 11 En este punto, Kelsen señala que “anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo” (2011, p. 275).

del sentido literal o gramatical de la norma¹².

II. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES POST SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: DISTANCIAMIENTO DEL MODELO ESTRICTO KELSENIANO

Es patente que los Tribunales Constitucionales, después de la Segunda Guerra Mundial, ingresaron a un nuevo escenario donde la democracia es la forma de gobierno por excelencia; a ello se suma la sustantivización o moralización de las constituciones, es decir, los textos constitucionales dejan de ser solo un marco de regulación y asignación de competencias del poder, para dar paso a los principios y, especialmente, a los derechos fundamentales (son mandatos dirigidos a constreñir la actuación del poder en favor del ciudadano). En este sentido, con bastante acierto se menciona que “los Tribunales Constitucionales (...) perfilan un específico régimen político [el democrático] en esta segunda mitad del siglo XX que da al Estado contemporáneo un carácter

“Con bastante acierto se menciona que ‘los Tribunales Constitucionales (...) perfilan un específico régimen político [el democrático] en esta segunda mitad del siglo XX que da al Estado contemporáneo un carácter distinto del que ha tenido antes de 1945’.”

distinto del que ha tenido antes de 1945” (Sánchez, 1982, p. 25). Entonces, es indudable que “el modelo de justicia constitucional europeo tras la 2 Guerra Mundial será objeto de transformación en relación a la teorización de Kelsen” (Almagro, 2013, p. 194). Entre los argumentos que influyen en el nuevo comportamiento y configuración de la justicia constitucional en Europa encontramos razones

de carácter histórico y político¹³.

El nuevo contexto, acompañado de la presencia de los derechos fundamentales y la noción de supremacía normativa de la Constitución, hizo nacer en la justicia constitucional la necesidad de extender sus funciones, más allá de las previstas o diseñadas por Kelsen. Esta situación también obedece a las condiciones históricas, políticas, culturales y jurídicas imperantes en ese momento; por ese motivo, “solo tras la Primera Guerra Mundial y, después, de manera más decisiva, a partir de la segunda posguerra, se presentan en Europa las condiciones concretas para el nacimiento del control de constitucionalidad

12 Es posible sumar algunos aspectos más a la caracterización que ofrecemos. Debemos anotar que el Tribunal Constitucional posee “vocación monopolística”, porque concentra la interpretación vinculante de la Constitución, y proviene de un “amplio consenso parlamentario”, debido a que representa una transacción entre la mayoría y la minoría parlamentaria; así, el “control de constitucionalidad de las leyes” sirve para dar garantía y protección a la minoría que no posee representación política (Almagro, 2013, p. 193).

13 En el curso de la historia, especialmente en el siglo XIX y parte del XX, existe un inusitado ensanchamiento de los valores democráticos y el reforzamiento de las leyes, es decir, la maximización del Estado de Derecho (de tono liberal); las dos guerras mundiales que se desarrollaron durante el siglo XX, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el retorno de la democracia como forma de gobierno, el estrechamiento de la soberanía, entre otros asuntos, dan nueva fisonomía a la justicia constitucional, porque no puede andar y actuar a espaldas de dicha realidad. Por ello, queda claro que “tras el desastre moral del nazismo y fascismo, los países europeos decidieron edificar una nueva institución que salvaguardara los derechos humanos frente a las violaciones perpetradas por los Estados” (Ferrerres, 2004, p. 8).

de las leyes” (Groppi, 2005, p. 38). Entonces, a partir de este momento la intención de la justicia constitucional es introducir formas de defensa jurisdiccional de la Constitución para que ningún acto ni acción política carezca de fiscalización jurídica. Es una consecuencia inevitable porque la democracia busca la justificación de las acciones, y, además, brinda atención a las nuevas necesidades subyacentes de la realidad.

Si bien queda claro que la justicia constitucional experimentó transformación luego de la Segunda Guerra Mundial, lo que no se nota son las razones históricas o teóricas que justifican dicho cambio o adición de funciones de los Tribunales Constitucionales. Hoy en día existen motivos profusos que explican el nuevo rol que tienen dichas instituciones, esto es, el tránsito de *legisladores negativos* a *legisladores positivos*, porque en la actualidad actúan con bastante libertad, lo que ha rebasado por completo el esquema de funcionamiento proporcionado por Hans Kelsen. En ese sentido, es necesario poner en claro cuáles son las razones que subyacen en el razonamiento de los jueces constitucionales para que sus decisiones, en muchas ocasiones, interfieran en las funciones o competencias de los demás poderes, legislen mediante decisiones exhortativas, aditivas o interpretativas, o tengan implicancias políticas; asimismo, cuáles son las razones para que den uso a figuras o categorías como la declaración de estado de cosas inconstitucionales, el precedente constitucional, la autonomía procesal, entre otras que la justicia constitucional ha ido utilizando en los últimos años. Esta situación merece una explicación porque los jueces constitucionales, en el esquema de razonamiento y argumentación que emplean al momento de justificar sus decisiones, invocan bases o pisos teóricos, inclusive, normativos y jurisprudenciales (de la experiencia comparada) guiados por el programa del constitucionalismo.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL EDIFICIO JURÍDICO COMÚN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

Existe una correlación y afirmación consistente en considerar que el Estado Constitucional es la forma de Estado y organización jurídica contemporánea que impulsa la protección de los derechos fundamentales, y, asimismo, exhibe su vocación de mantener la vigencia de los principios y valores constitucionales. Es así que representa una nueva forma de organización y distribución del poder mediante la Constitución, porque esta ocupa un lugar importante: la “Constitución no es, pues, solo una ley de procedimiento, sino también una regla sustancial”, mucho más aún si “la Constitución deja de ser una norma de procedimiento de actuación del poder y de enunciación de principios de un valor declaratorio o persuasivo para ser derecho aplicable que realmente determina de una manera eficaz todo el ordenamiento jurídico” (Sánchez, 1982, pp. 19 y 23). Entender y aplicar esto es el propósito del Estado Constitucional.

En la perspectiva de concebir la Constitución como una norma jurídica es necesario considerar la existencia de un órgano que se encargue de proteger y conservar los valores democráticos consagrados en esta. Que las prescripciones constitucionales estén albergadas o reconocidas en la Constitución para afianzar el sentido normativo del texto constitucional, necesariamente, no conlleva que ello sea posible, sino que, imperativamente, deben existir garantías institucionales que posibiliten y concreten los mandatos que emanan de la Constitución; en caso contrario, dichas disposiciones caerán en el vacío para ser fácilmente desobedecidas y desacatadas. En este caso, la garantía institucional requerida es el Tribunal Constitucional (en algunos casos, el Poder Judicial) porque al valor normativo de la Constitución hay que

sumarle diseños institucionales capaces de fortificar y garantizar el respeto de la misma. En la experiencia comparada y local, podemos advertir que los procesos constitucionales son herramientas necesarias para exigir el respeto y cumplimiento de las disposiciones y valores constitucionales.

En el marco del Estado Constitucional lo que sucede es que la realidad política y jurídica está sometida a la Constitución; además, las constituciones de este tipo de Estado vienen acogiendo contenidos sustanciales y materiales, es decir, escapan del modelo puro de regulación de las competencias del poder (o modelo procedimental), porque portan un “contenido material” conformado de principios, valores y derechos fundamentales, [y] estos “condicionan la validez de las leyes y del conjunto de normas” del sistema jurídico (Prieto, 1998, p. 36)¹⁴. Esto reorientará y resonará en el razonamiento y argumentación de los jueces porque el nuevo parámetro –o límite– de interpretación viene a ser la Constitución, siendo desplazada la ley; sin embargo, esto no supone la eliminación o exterminación de la misma, sino que el texto constitucional se sobrepone sobre los demás normas y actúa como fuente de Derecho¹⁵.

Tomando en cuenta las pautas o contenidos básicos del Estado Constitucional, podemos notar que la Constitución expresa aquella organización estatal que busca “romper con regímenes políticos de corte autoritario y refunda la organización política sobre un nuevo modelo de legitimidad” (Gascón y Figueroa, 2016, p. 22); además, existe una marcada línea que conduce a la reconstrucción de los sistemas jurídicos sobre la base de la Constitución y muestra también una clara vocación

por implementar y suscribir documentos normativos de carácter supranacional que estén vinculados con la protección de los derechos humanos. En la misma línea, también quedó expresado que el Estado Constitucional “está caracterizado por la centralidad de los derechos, por la explícita proclamación de derechos y de valores ético-políticos en documentos jurídicos” (Pino, 2014, p. 23).

En suma, una base común que sirve de justificación para explicar la nueva realidad jurídica es el Estado Constitucional; en dicho marco las normas, las instituciones y las garantías sirven a un fin mayor, esto es, responder al paradigma constitucional que implica, entre otras cosas, “la estipulación de los principios y derechos fundamentales en las Cartas Constitucionales, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional” (Ferrajoli, 2011, p. 341). En definitiva, también supone que la Constitución es de carácter material, posee garantías institucionales para su defensa, es una norma que está presente en el entero del sistema jurídico, en su regulación se recogen principios y, además, la argumentación jurídica es una herramienta puesta al servicio de los operadores jurídicos. De allí que no resulta extraño que el derecho permanece subordinado a la Constitución porque toda la producción jurídica posee una orientación que responde a la filosofía que subyace del texto constitucional.

IV. EL VALOR NORMATIVO Y LA SUPREMACÍA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN: EXPRESIÓN EFECTIVA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

El valor normativo de la Constitución consiste en que sus disposiciones son aplicadas

14 En la actualidad, la doctrina se reconoce que las constituciones introducen en su contenido una “gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad” (Gascón y Figueroa, 2016, p. 25).

15 Cuando hacemos referencia a la Constitución como fuente del derecho y parámetro de interpretación, también estamos incluyendo todo lo que se derive del marco jurídico internacional, en especial, en materia de derechos humanos. La Constitución no excluye la dimensión normativa de carácter supranacional.

de manera obligatoria y vinculan a todos los poderes, sean públicos o privados; también “significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles” (Prieto, 2009, p. 128)¹⁶. Así, no existen barreras que impidan o se opongan a los mandatos de la Constitución; por eso se entiende que cada acto, acción o procedimiento que vaya en contra de la misma y que afecte su contenido, necesariamente pondrá en peligro los alcances de la misma. Para evitar y afrontar este tipo de problemas, la norma o acto que contravenga al texto constitucional es sancionado con su nulidad o invalidación; de modo que la Constitución conserva su autoridad y superioridad en el orden jurídico.

Gracias al valor normativo de la Constitución las disposiciones en ella contempladas adquieren fuerza jurídica, esto es, se tornan en vinculantes y obligan a todos, en especial, a los poderes públicos, porque son estos quienes deben concretizar y plasmar en la realidad los mandatos contenidos en el texto constitucional. La cuestión no queda allí, sino que también los ciudadanos están sometidos a los efectos normativos de la Constitución porque aprobaron y consintieron su contenido (adhesión a la norma fundamental). Esto conlleva que estén obligados a cumplir aquellas órdenes, permisiones u obligaciones que emanen de la carta constitucional. Entonces, que las cosas se presenten tal como lo indicamos implica que la Constitución resulta vinculante para todas las personas, sin distinción alguna, por lo que debe ser cumplida obligatoriamente.

Con relación a esto, en la teoría constitucional contemporánea se han hecho algunas precisiones e implicancias que se derivan de la

misma. Es innegable que el valor normativo de la Constitución supone proyectar la realidad jurídica que expresa ella, en especial, en la dinámica y funcionamiento de los sistemas jurídicos para que resulten exigibles y aplicables en su totalidad. Esto supone dos cosas: i) acomodar las normas ordinarias de acuerdo a la Constitución (los legisladores o cualquier otra autoridad con capacidad para emitir normas, al momento de redactarlas tenga como parámetro el texto constitucional) y, ii) los operadores jurídicos actúen vinculados y obligados a la Constitución para aplicar su contenido en la solución de controversias (interpretación de las disposiciones legales observando el contenido de la Constitución, en aquellos casos donde se tengan que resolver problemas de relevancia constitucional). En este orden, enfáticamente se ha mencionado que los operadores jurídicos “deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecen de valor normativo” (García, 1991, p. 68). Entendiendo esta situación, no resulta problemático o novedoso comprender que la Constitución se exhiba como aquellas “normas que son el fundamento y límite de su validez” (De Otto, 2010, p. 14); por eso, también, las normas inferiores están condicionadas en su creación y validez a la prescripción constitucional.

Manteniendo la línea de lo expuesto, podemos indicar con mayor precisión que la “Constitución es una norma porque establece con carácter general y abstracta reglas de conducta, es decir, mandatos, prohibiciones y autorizaciones, dirigidos en primer lugar a los poderes públicos, pero también a los ciudadanos. Y es jurídica en cuanto a que el ordenamiento dispone de una respuesta su violación, en forma de sanción” (Díaz, 2018, p. 207). Esto conlleva que el

¹⁶ En definitiva se trata de normas supremas que “su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata” (Prieto, 2009, p. 128).

carácter normativo está acompañado de la noción de sanción, esto es, cualquier acto o situación que infrinja y ponga en peligro la Constitución (contenido de la Constitución) será sancionado con la expulsión. Entonces, cuando decimos que la Constitución es norma que vincula a los poderes, inmediatamente, denota que se imponen exigencias positivas y negativas hacia los mismos, es decir, están obligados a omitir hacer ciertas cosas (mandatos de no hacer) y a actuar otras (mandatos de actuación o de hacer).

Junto al valor normativo también encontramos la supremacía jurídica de la Constitución. En este caso, supone que “la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*” (García, 1991, p. 49). Esto exhibe a la Constitución como una norma que expresa la máxima representación jurídica de un país; de esto resulta que los textos constitucionales contemporáneos se entablen como fuente del Derecho, esto es, la producción jurídica se realiza de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución (sistema de fuentes del derecho sometido a la Constitución). Es más, fundamenta la validez del ordenamiento jurídico, pues sin Constitución las normas no tendrían una orientación u objetivo definido; por ello es probable que se produzcan contradicciones e inconsistencias normativas que impidan el orden y la coherencia, inclusive, estaría en riesgo la sistematicidad. Entonces, la supremacía constitucional demuestra la autoridad y la importancia que tiene la Constitución frente a las demás disposiciones legales (normas).

La ‘Constitución es una norma porque establece con carácter general y abstracta reglas de conducta, es decir, mandatos, prohibiciones y autorizaciones, dirigidos en primer lugar a los poderes públicos, pero también a los ciudadanos. Y es jurídica en cuanto a que el ordenamiento dispone de una respuesta su violación, en forma de sanción’.

V. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN: LA DIFICULTAD DE MODIFICAR LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Es común afirmar que la Constitución es escrita y también rígida. Esto implica que las disposiciones recogidas en una Constitución necesariamente tienen que estar plasmadas en un texto escrito para que sean cognoscibles; además, la Constitución debe ser sancionada por el órgano competente

(poder constituyente) y “está[r] protegida contra la legislación ordinaria” (Guastini, 2019, p. 396). En tal sentido, supone que las normas constitucionales no pueden sufrir modificaciones, alteraciones o cambios en su contenido por normas inferiores a ella, es más, en caso que se pretenda cambiar el contenido del texto constitucional requiere del seguimiento o cumplimiento de “procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo en relación al procedimiento de formación de las leyes)” (Guastini, 2019, p. 396). Entonces, la rigidez de la Constitución es la inmovilización o estatización de algunos tópicos que son importantes, por consiguiente es un claro intento de sustraer el contenido de la Constitución de las decisiones de las mayorías, especialmente, el parlamento.

Naturalmente, en el marco del Estado Constitucional todos los aspectos o contenidos de la Constitución son rígidos. No existe espacio o tópico que no sea rígido, por ese motivo, todo lo que enuncia el texto constitucional es vinculante y tiene un espacio privilegiado dentro del sistema jurídico. Es más, hay que distinguir y poner atención en la singularidad de la legislación constitucional: es evidente

que no puede ser comparada con la legislación ordinaria, pues queda claro que “la Constitución está supraordinada a la legislación ordinaria, no pudiendo ser exceptuada, modificada y abrogada por esta” (Guastini, 2019, p. 396). En función de lo explicado, podemos asociar la rigidez, con mayor claridad, a la presencia de los derechos fundamentales, principios jurídicos, limitación del poder y acuerdos importantes para la sociedad. Estos espacios o lugares, dentro de una Constitución, son los más trascendentales y requieren mayores refuerzos en su cuidado, por eso, el constituyente decide plasmar o poner dichos aspectos en la Constitución.

Es a partir de la rigidez constitucional que las Constituciones contemporáneas son vistas como una norma jurídica que regula el ejercicio del poder y que custodia los valores constitucionales. De esto resulta que la Constitución proyecta su contenido hacia el sistema jurídico y, a su vez, implica que es una forma para garantizar que su contenido sea obedecido y respetado por los operadores jurídicos al momento de interpretarla. Es un intento de establecer la permanencia de la Constitución; por este motivo la rigidez viene a considerarse como una ligadura “para atar las manos de las generaciones presentes para que estas no amputen, como sucedió con el fascismo, las manos de las generaciones futuras” (Ferrajoli, 2018, p. 16). He allí el trasfondo o la importancia de la rigidez de la Constitución; en ausencia de la misma, todos los agentes del poder estarían habilitados para actuar libremente sin estar obligados o vinculados al texto constitucional (o norma superior).

Finalmente, la rigidez supone prolongar y hacer perdurar la Constitución, esto equivale a la inmutabilidad del sistema constitucional; de ahí que no se puede cambiar en cualquier momento y ocasión el contenido de la Constitución. Es más, en la actualidad, la rigidez ha influido en la concepción del derecho, tal como lo manifiesta Ferrajoli (2018):

(...) las condiciones de validez de las leyes ya no son únicamente formales sino también sustanciales, al consistir no solo en el respeto de las normas procedimentales y de competencia sobre la formación de las decisiones, sino también en un doble vínculo de contenido. En primer lugar, en la coherencia de las normas producidas con los principios constitucionales, y por eso en la prohibición de producir normas que los contradigan; en segundo lugar, en la plenitud del sistema normativo, y por eso en la obligación de introducir las garantías de los derechos a través de leyes de actuación idóneas. (p. 15).

Entonces, todos los operadores jurídicos y, en especial, aquellos que se encargan de la producción normativa no pueden eludir ni prescindir de los contenidos almacenados en la Constitución. Además, no hay que olvidar que esto da pie a que los tribunales o cortes constitucionales actúen como órganos que estén al servicio de la protección de los intereses que están recogidos en la Constitución.

VI. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN: PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONTENIDO RECOGIDO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Todas las características mencionadas acerca de la Constitución llevan a defender la dimensión estática del texto constitucional, ya que buscan fortalecer y mantener el contenido de la misma, es decir, persiguen que no sea modificada o cambiada en cualquier momento o circunstancia por los poderes constituidos. En cambio, la garantía jurisdiccional es una característica que permite la adaptación y el amoldamiento de las disposiciones constitucionales a diversas situaciones, además, es el refuerzo dinámico necesario que requiere la Constitución, por eso en los sistemas jurídicos contemporáneos se introducen mecanismos o sistemas de control de constitucionalidad de las normas, ya que “no está asegurada [el texto constitucional] a falta de

algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución (tanto es así que se podría sostener que sin garantía de la Constitución no se tiene una verdadera rigidez)” (Guastini, 2019, p. 397). Este tipo de garantía refuerza al texto constitucional para que se proyecte como una realidad jurídica superior dentro del sistema jurídico.

Entonces, defender el valor normativo, la rigidez y la supremacía de la Constitución necesariamente está asociado con la garantía jurisdiccional, esto es, son los medios o herramientas que hacen posible mantener dichas características o atributos del texto constitucional. Con relación a esto, podemos indicar que existen diferentes modelos de control de constitucionalidad que se encargan de brindar protección y afirmar la Constitución, entre los que más destacan son: i) el modelo de la *judicial review* (Estado Unidos) que reconoce “competencias jurisdiccionales” a todos los jueces para proteger la Constitución; ii) el modelo de control concentrado *a priori* (vía de acción) y *abstracto*, esto consiste en que existe un órgano o, específicamente, tribunal que se hace cargo de controlar la entrada en vigencia de normas incompatibles con la Constitución: si es que constata que la norma que ingresará al sistema jurídico es inconstitucional procede a expulsarla (control previo); y, (iii) el modelo de control concentrado *a posteriori* y *concreto*, donde el Tribunal o Corte Constitucional evalúa la constitucionalidad de la norma con posterioridad a que la misma ha entrado en vigencia, es decir, no puede oponerse a una norma que todavía no tiene vigencia o ha ingresado formalmente al sistema jurídico (no opera de modo preventivo).

De otro lado, mediante la garantía jurisdiccional la Constitución va afirmando su contenido progresivamente (con el transcurso del tiempo); esto es así por dos razones: (i) a través de la jurisdicción se defiende las posibles invasiones o infracciones a la Constitución; y, (ii) la jurisdicción sirve como herramienta para modular o acomodar el contenido de la Constitución frente a las diversas circunstancias que se producen en la realidad (interpretación de la Constitución atendiendo a la realidad social vigente). Lo mencionado implica que actúa como defensor y como limitador del poder. Sin la existencia de un órgano que se aboque a la protección de la Constitución, resulta incomprensible e implausible la realización y efectivización de los mandatos recogidos en el texto constitucional, es así que los tribunales cumplen un rol notable en la progresiva explicitación de los alcances de la Constitución, sea a través de la tutela de derechos o simple anulación de una norma inconstitucional, ya que todos estos actos requieren, necesariamente, de la interpretación (mejor comprensión de la Constitución)¹⁷.

VII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA CUESTIÓN ABIERTA A LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Los derechos fundamentales “jamás caen de lo alto, sino que se consagran solo cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible” (Ferrajoli, 2009, p. 445). Significan una reacción de la sociedad frente al oprobio y la agresión que ha sufrido el ser humano en el pasado, sea por obra del poder político o el abuso de los particulares que gozan de mejor

17 Considerando la especial importancia que tiene la Constitución, es posible sostener que “los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad” (Pérez, 2010, p. 294). Esta situación particular, habitualmente, se logra con la intervención y participación de la jurisdicción constitu-

posición social y económica. Una condición común que puede constatarse es que la sociedad predecesora de los siglos XVIII y XIX no fue simpatizante de la protección y respeto de los derechos humanos, inclusive, justificó como válido diversos modos de maltrato, discriminación y abuso de los más débiles (personas que no gozan de buen estatus social o económico). Más tarde, a pesar de que se había reconocido importancia de los derechos fundamentales, continuaban las situaciones de desventaja y socavamiento del ser humano, por ende, podemos indicar que fue intrincado poner en práctica toda la filosofía que de ella emanaba.

Es así que, por un lado, se reconocieron derechos, pero, por otro lado, los mismos no estuvieron garantizados (sea a través de herramientas jurídicas o políticas) frente a la vulneración o agresión proveniente del poder público o privado. En ese sentido, la experiencia de los siglos predecesores ha demostrado momentos donde hubo debilitamiento del sistema de derechos así como su escasa práctica y reconocimiento en los ordenamientos constitucionales, por esta razón, en los últimos años, con especial énfasis luego de la segunda Guerra Mundial, la filosofía que inspira a las sociedades es el respeto y garantía de los derechos porque sirve para mejorar las condiciones o situaciones reales de las personas, a su vez cubre de cierta inmunidad y privilegio al individuo¹⁸. Con esto se refuerza la capa individual así como colectiva o social del ser humano, porque empiezan a crearse instrumentos especiales para

dar protección a los derechos fundamentales y de este modo lograr su satisfacción.

Con relación a la definición o conceptualización de los derechos fundamentales, existen diversos modos de enfocarlos; sin embargo, aquí lo que nos interesa es reconocer la especial posición que ocupa dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos. Para tal fin podemos observar que habitualmente dichos derechos son reconocidos como aquellos derechos de carácter subjetivo que son “atribuidos, reconocidos, instituidos, garantizados, etc. por normas fundamentales o por normas a las que se les reconoce, en la cultura jurídica de referencia, carácter fundamental” (Pino, 2014, p. 31). Este aspecto es importante porque más allá de la justificación histórica, política o jurídica de los derechos fundamentales, lo que importa es que dichos derechos gozan de reconocimiento constitucional, inclusive, tienen respaldo a nivel de normas supranacionales (tratados en materia de derechos humanos). Es de destacar que el modo de interpretar y razones por parte de los operadores jurídicos cambia, ya que los derechos fundamentales no solo requieren de una justificación legal, sino que buscan un sustento constitucional así como que guarde coherencia con las normas internacionales sobre derechos humanos, a su vez, exige una apreciación moral y axiológica en coherencia con los principios y valores superiores.

En suma, sin ser muy exhaustivos, podemos mencionar que los derechos fundamentales tienen una tradición histórica, política y cultural, ello es innegable, sin embargo,

cional; es posible que el poder legislativo u otros órganos pueden lograr dicho propósito, sin embargo, su actuación, en muchas ocasiones, se ve afectado por las circunstancias políticas.

18 En aquí también cabe mencionar que luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial se ingresó a un escenario de la “reconstrucción de un mundo moralmente devastado por el totalitarismo y por el genocidio, la dignidad humana fue incorporada al discurso político de los victoriosos como una de las bases para una largamente aguardada era de paz, democracia y protección de los derechos humanos” (Barroso, 2014, p. 28). De este modo las sociedades apuntan a ser más justas y equilibradas, dejando de lado los vestigios producidos por la acción bélica de los gobiernos.

también, a nivel interno de los sistemas jurídicos hay que fijarse que dichos derechos son soportes materiales para la interpretación y argumentación. En la actualidad es difícil pensar que el juez constitucional o cualquier operador jurídico elabore sus razones y argumentos fuera del marco de las posibilidades delimitadas por la Constitución y los derechos fundamentales, ya que estos últimos, en muchos casos constituyen verdaderas fuentes de legitimación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales. En ese sentido, Tribunales Constitucionales emiten sus decisiones considerando la importancia que tienen los derechos fundamentales y la Constitución, en algunos casos las reglas o normas jurídicas se oponen o son muy rígidas, en estos casos los derechos tienen que sobreponerse y extender la capacidad interpretativa de dichos órganos. El fin último es lograr que los jueces constitucionales no solo se restrinjan a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, sino que deben estar facultados para encontrar una solución que sea coherente con los derechos fundamentales, los valores y principios constitucionales, ya que a fin de cuentas estos son los aspectos que dan sustento y legitimidad a la actuación de los Tribunales Constitucionales¹⁹.

VIII. LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO AGENTE DE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Es sabido que el Tribunal Constitucional lee las disposiciones constitucionales para

atribuirles significado concreto, esto es, evalúa cómo es que debe ser interpretada una determinada parte de la Constitución. Esto sucede en aquellos casos que tratan de la protección de un derecho fundamental o el examen de compatibilidad de una ley con la Constitución. En este último supuesto, sucede que la norma debe ser coherente y estar en armonía con la Constitución, al efectuar esta acción el Tribunal Constitucional “evita la invalidación de la ley, pero no evita el examen de la cuestión constitucional” (Ferrerres, 2004, p. 16). Lo peculiar o característico de esta situación es que este tipo de evaluaciones estaba prohibido en el esquema kelseniano porque es posible que llegue a invadir competencias propias del legislativo, además, según Kelsen la justicia constitucional no tenía oportunidad para conocer aquellos casos vinculados con la protección o interpretación de los derechos fundamentales. Estas facultades o competencias se suman luego de la puesta en marcha de las bases filosóficas del Estado Constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales, entre otros.

En este punto debemos ser claros al señalar que la interpretación de las disposiciones constitucionales es distinta al de las disposiciones legales, es así porque en el “Estado Constitucional, el legislador redacta sus proposiciones sea previendo exactamente los casos que quiere regular, particularizando al máximo los términos, las conductas y las consecuencias legales (técnica casuística), sea empleando términos indeterminados, con o sin previsión de consecuencias jurídicas en la propia proposición (técnica abierta)” (Mitidiero, 2016, p. 189). Esto trae como

¹⁹ Incrementar la capacidad interpretativa y argumentativa de los Tribunales Constitucionales tomando en cuenta las razones materiales (morales) que emanan de los derechos fundamentales, es un paso más para sostener que dichos órganos se han vuelto en legisladores positivos, ya que se distancia de la función clásica que se remitía a la mera comparación lógica entre la Constitución y las leyes.

correlato que los jueces constitucionales usen todas las herramientas de interpretación y argumentación jurídica que sean necesarias, ya que la finalidad es ofrecer una salida interpretativa que busque la protección y defensa de los derechos fundamentales, no solo ello, también, busca situar a la Constitución como una norma jurídica vinculante. Entonces, cualquier forma de interpretación y argumentación que se lleve a cabo debe responder a la optimización de la dignidad humana y la defensa de las libertades²⁰.

Esta situación ha evidenciado que la preocupación de los tribunales constitucionales no se limita solo a la expulsión de normas jurídicas que sean inconstitucionales, sino que también deben actuar y constituirse como agentes que cooperen a la democracia y sean vehículos efectivos para la protección de los derechos constitucionales. En efecto, hoy en día no resulta novedoso que el Tribunal Constitucional use diversos mecanismos para interpretar y entender mejor las disposiciones constitucionales, es así que de la revisión de su jurisprudencia se puede advertir que se usan métodos como la ponderación de derechos o herramientas de la argumentación jurídica, además, no tienen como único referente a la ley, sino fundamentalmente a la Constitución. Esta situación, en cierta medida ha conducido a que la efectividad de la

Esta situación ha evidenciado que la preocupación de los tribunales constitucionales no se limita solo a la expulsión de normas jurídicas que sean inconstitucionales, sino que también deben actuar y constituirse como agentes que cooperen a la democracia y sean vehículos efectivos para la protección de los derechos constitucionales.

interpretación de la Constitución se traduce en la capacidad que tiene la justicia constitucional para dar cobijo y protección a los derechos individuales, por ende, queda claro que el “intérprete de la Constitución actúa como mediador entre su texto normativo promulgado en el pasado y las exigencias de una situación presente” (Pérez, 2010, p. 270).

Finalmente, los Tribunales Constitucionales mediante la interpretación de la Constitución van ingre-

sando a la mayor cantidad de espacios posibles de los sistemas jurídicos contemporáneos, es decir, solucionan, resuelven y dan respuesta a diversos problemas que tengan relevancia constitucional. Es así que hay un distanciamiento del modelo kelseniano de justicia constitucional porque al momento de interpretar la Constitución extienden su campo de acción, esto es, no solo se remiten a evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas, sino que examinan si determinada actuación del poder público o privado es justa o injusta, ello sucede a menudo al momento de analizar cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales; también, modulan los alcances de una norma donde se cuestiona su constitucionalidad (añadir o eliminar partes de la norma objetada para que encaje en el marco de la Constitución).

20 En este punto, es menester dejar en claro que la *ambigüedad, interminación o vaguedad* de las disposiciones constitucionales no debe dar paso a la restricción o limitación en el ejercicio de los derechos, es así porque toda interpretación que se efectúe siempre dar pie a que se presuma que es para favorecer u optimizar su contenido.

IX. INCIDENCIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN (SUPREMACÍA Y GARANTÍA JURISDICCIONAL) Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Toda la alfombra teórica que hemos detallado párrafos atrás demuestra que el Tribunal Constitucional actúa como un órgano que guarda distancia del modelo propuesto por Kelsen, esto es, abandonan la tesis de ser *legisladores negativos* con exclusividad para dar paso a la tesis de ser *legisladores positivos*. Ello es posible porque el Tribunal Constitucional actúa como un órgano libre y se desenvuelve con mayor margen de discrecionalidad al momento de interpretar y asignar sentidos a la Constitución (sus disposiciones y prescripciones), ya que a mayor grado de amplitud, ambigüedad y, en muchos casos, indeterminación del contenido del texto constitucional, existe más posibilidades para atribuir diversos significados a las disposiciones constitucionales. Es más, la Constitución también acoge principios, los mismos que requieren una necesaria concreción de su abstracta formulación, debiendo ser obtenida del texto vía interpretación, “en la fase de aplicación de la constitución, a fin de juzgar la legitimidad constitucional de una ley específica” (Comanducci, 2010, p. 137).

El conjunto de posibilidades y nuevos marcos teóricos que imperan en la actualidad, necesariamente, dio paso a que el Tribunal Constitucional asuma nuevo derroteros y, en algunos casos, funciones o competencias. En la actualidad el esquema de razonamiento de los jueces constitucionales está nítidamente demarcado por los derechos fundamentales y el valor normativo de la Constitución. Frente a ello cualquier norma, acto o interpretación que fuese contraria al plexo normativo de la Constitución es sancionada con la anulación porque es más importante sobreponer y proteger el contenido del texto constitucional.

Por esta razón, los jueces constitucionales ya no se desempeñan como máquinas automáticas de reproducción del sentido literal de las normas constitucionales o solamente evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, sino que se empeñan en darles nuevo contenido a las disposiciones constitucionales y ordinarias para que respondan a los fines de los derechos fundamentales y los valores constitucionales.

Ingresa un nuevo escenario jurídico con el Estado Constitucional porque antes los derechos eran risibles, es decir, en muchas ocasiones estaban sometidos a la expectativa o voluntad del poder político, al menos, en su cumplimiento. Ahora, dicha situación resulta improbable e inaceptable en el Estado Constitucional porque la maquinaria del poder está sometida absolutamente a la Constitución y luego a las leyes.

En síntesis, es un hecho que los jueces constitucionales razonan bajo el esquema del Estado Constitucional, sea explícita o implícitamente, porque son las vigas maestras de todo sistema jurídico. También la Constitución (supremacía, fuerza normativa y garantía jurisdiccional) representa un valor y significado importante al momento de solucionar problemas de carácter iusconstitucional e iusfundamental. No hay que olvidar que en el esquema de Kelsen la justicia constitucional es incapaz de tocar los principios, los valores y el aspecto moral porque podría cometer excesos y equivocaciones; sin embargo, ahora deviene en una necesidad y obligación que el Tribunal Constitucional use dichos presupuestos para brindar una solución legítima y capaz de satisfacer las expectativas de las personas. Es así que la justicia constitucional mueve las palancas sustantivas o material de la Constitución (derechos fundamentales, valores y principios). Entonces, el *background* teórico que explicamos es usado e influye en las decisiones de los jueces constitucionales, allí también radica la razón por la cual los Tribunales Constitucionales no pueden

actuar como meros legisladores negativos, sino que amplían sus competencias y capacidades interpretativas de las disposiciones constitucionales²¹.

CONCLUSIONES

- Es innegable que el Tribunal Constitucional no cumple con las mismas funciones previstas según Hans Kelsen, es decir, han dejado de ser *legisladores negativos* con exclusividad (mantienen dicha competencia pero es restringida), convirtiéndose en *legisladores positivos* por la aparición de nuevo contexto histórico y la consolidación de novedoso marco teórico.
- En este trabajo queda explicado que el nuevo marco teórico que acompaña el desarrollo del Tribunal Constitucional ha influido en su diseño y redimensionó sus competencias. Asuntos como el Estado Constitucional, fuerza normativa de la Constitución, la máxima importancia de los derechos fundamentales, el rol de los principios y valores constitucionales, entre otros aspectos, brindaron el piso necesario para transformar a dicha institución en legislador positivo, ya que no solo se encarga de expulsar normas inconstitucionales, sino que también evalúa si las mismas pueden ser modificadas para que resulten constitucionales o si es posible lograr una interpretación conforme a la Constitución (en estos casos hay una severa modificación o manipulación de la norma cuestionada en su constitucionalidad). También emiten decisiones vinculantes (obligatorios para todos los

operadores jurídicos) y su diseño institucional se adaptó para proteger derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Almagro Castro, D. (2013). El modelo español de justicia constitucional: notas para una aproximación. En *IUSRISPRUDENTIA: Revista da Faculdade de Direito da Ajes*, Año 2, pp. 183-207.
- Barroso, L. (2014). *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brewer-Carías, A. (2010). La justicia constitucional como garantía de la Constitución. En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer y Mariela Morales (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y otros, pp. 25-62.
- Comanducci, P. (2010). Modelos e interpretación de la Constitución. En *Isabel Lifante* (Editora), *Interpretación Jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, pp. 93-145.
- De Otto, I. (2010). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Díaz Revorio, F. (2018). *Fundamentos actuales para una Teoría de la Constitución*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

21 Esta afirmación tendrá mayor consistencia cuando, en una segunda parte del trabajo, presentemos la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales que vienen utilizando diversos recursos interpretativos, figuras y procedimientos que toman distancia del modelo kelseniano de justicia constitucional. Se podrá, también, observar que dichas decisiones tienen legitimidad porque están apoyados fundamentos teóricos que aquí se exponen de forma sucinta y detallada.

- Fernández Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. En *Pensamiento constitucional*, año XI, número 11, pp. 19-75.
- Ferrajoli, L. (2009). La democracia constitucional”. En Christian Courtis (Compilador), *Desde otra mirada. Textos de teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 431-447.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitución y jurisdicción. En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Años 4-5, números 6 y 7, pp. 339-356.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitutionalismo más allá del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo Europeo de control constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferres Comella, V. (2004). Las consecuencias de centraliza el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. En *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers número 40*. Encontrado en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40
- Figuerelo, A. (1993). Incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. En *Revista de Estudios Políticos*, (81).
- García, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Gascon Abellan, M. (1994). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, número 41, pp. 63-87.
- Gascón, A. y García, A. (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Groppi, T. (2005). “¿Existe un modelo Europeo de justicia constitucional?”. En *Revista de derecho político*, (62) pp. 33-54.
- Guastini, R. (2019). *Lecciones de teoría del derecho y del estado*. Puno: Zela.
- Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*. Lima: Palestra Editores.
- Pérez Luño, A. (2010). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchis, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson.
- Prieto, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 23.
- Prieto, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell (Edit.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 123-158.
- Romboli, R. (2017). *Justicia Constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Sánchez Agesta, L. (1982). La justicia constitucional. En *Revista de Derecho Político*, (16) pp. 7-26.
- Starck, C. (2003). La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (7), pp. 479-493.