



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Figueroa Gutarra, Edwin

Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores

Derecho PUCP, núm. 75, julio-diciembre, 2015, pp. 169-189

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656134008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores

Separation of powers and constitutional judges: an
approach of corrective roles

EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen: Un enfoque de roles correctores de los jueces en la interpretación constitucional demanda una serie de parámetros que necesariamente deben ser compatibilizados con los principios, valores y directrices que informan los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El presente estudio abarca las dimensiones de esos roles correctores en la pretensión de establecer líneas referenciales sobre la delicada labor de los jueces constitucionales en la defensa de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución. Indaga finalmente, si acaso existe un Estado jurisdiccional y en qué medida el neoconstitucionalismo resulta ser un elemento material relevante en la interpretación de la Carta Fundamental.

Palabras clave: Jueces constitucionales – roles correctores – separación de poderes – interpretación constitucional – Estado jurisdiccional – neoconstitucionalismo

Abstract: An approach of corrective roles of judges within the constitutional interpretation demands a number of parameters that must necessarily be made compatible with the principles, values and guidelines pursuant to contemporary legal systems. This study covers the dimensions of these corrective roles in the attempt to set reference lines on the delicate task of the constitutional judges in the defense of the effective exercise of the fundamental rights and the regulations' primacy of the Constitution. Finally, this study investigates if there is a jurisdictional government and to what extent the neoconstitutionalism turns out to be a relevant matter in the interpretation of the Constitution.

Key words: Constitutional judges – corrective roles – separation of powers – constitutional interpretation – jurisdictional government – neoconstitutionalism

* Doctor en Derecho. Juez superior titular (Lambayeque, Perú). Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente en el área constitucional de la Universidad San Martín de Porres (Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú). Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional: participación en los cursos Procesos de Tutela de Derechos Fundamentales (Montevideo, Uruguay, 2011); La Garantía Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Derecho Constitucional de los Estados (Montevideo, Uruguay, 2010); y La Constitucionalidad de las Leyes (Cádiz, España, 2009). Becario del curso de Derechos Humanos en la Washington College of Law de la American University (Washington D.C., Estados Unidos, 2009). Correo electrónico: estudiofg@yahoo.com. Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional «Desafíos constitucionales: locales y globales» (Oslo, Noruega, 16- 20 de junio de 2014. *Workshop: The mutations and transformation of division of powers: the constitutional organization*).

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. HAMILTON Y LOS ESBOZOS DE POLÉMICA SOBRE LOS PODERES.- III. CORRECCIÓN DE LOS ACTOS DE PODER.- IV. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ROL CORRECTOR DE LOS JUECES.- V. ¿ESTADO JURISDICCIONAL?.- VI. RASGOS DE UN ESTADO NEOCONSTITUCIONAL.- VII. PONDERACIÓN Y NORMAS.- VIII. A MODO DE IDEAS FINALES. .- IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto formal de separación de poderes, desde las primeras ideas de Montesquieu, ha supuesto tradicionalmente una idea de separación en sentido estricto y evitado, así, la peligrosa concentración de todo el poder en un solo estamento. De este modo, en la propuesta del pensador de la Brède, debemos tener poderes separados de acuerdo con las funciones asignadas por la ley y la Constitución: un Poder Ejecutivo que estrictamente gobierna; un Poder Legislativo cuyos deberes se circunscriben a la producción de leyes, su derogatoria o su modificación; y un Poder Judicial que juzga en conflictos específicos. Sin embargo, esto no implica una comprensión suficiente de lo que debería ser una concepción material de la separación de poderes. La separación de poderes, en el contexto del siglo XXI, exige necesariamente un redimensionamiento de su concepto desde la noción de «equilibrio», a partir de los roles asignados a cada uno de estos poderes desde el conjunto de valores, principios y directrices que informan nuestras Cartas Fundamentales.

En este trabajo, proponemos, a grandes rasgos, desarrollar las funciones del poder corrector de los jueces en relación, especialmente, con los actos formales del Poder Legislativo, pues es fundamentalmente entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo donde tiene lugar específicamente el escenario corrector de la justicia constitucional. Tal función de control no puede ser en exceso abierta: su racionalidad y razonabilidad se caracteriza por el empleo de premisas en la interpretación constitucional de las leyes. Asimismo, podemos identificar un conjunto de rasgos básicos que identifican la ponderación en el ámbito de un nuevo modelo de Estado, cuyo matiz neoconstitucional es, en suma, la identificación de postulados materiales que subyacen a todas las Cartas Fundamentales.

II. HAMILTON Y LOS ESBOZOS DE POLÉMICA SOBRE LOS PODERES

Es pertinente remitirnos aquí a la vieja polémica generada a partir de «El Federalista 78» de Hamilton (Hamilton, Madison & Jay, 1957, citado por Gargarella, 1997, p. 56)¹, ensayo desde el cual fue esbozada la

¹ Fueron 85 ensayos publicados entre octubre de 1787 y mayo de 1788 bajo el seudónimo de Publius, para motivar a los ciudadanos de Nueve York a ratificar la Constitución de Filadelfia de 1787.

171

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORESSEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

premisa de un necesario control de los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo desde la función judicial de control de los actos de poder, a cargo del Poder Judicial. La propuesta de Hamilton fue muy criticada debido a que un poder que reunía la condición de satisfacción del principio mayoritario, como el Legislativo, elegido a partir de un acto regular de depósito de la voluntad popular, era, a su vez, controlado, desde los roles de control jurisdiccional, por quienes precisamente no representaban sino un principio contramayoritario, en la medida en que los jueces eran en rigor designados, en los sistemas históricamente más remotos, por el Poder Ejecutivo y no resultaban elegidos por voluntad popular, como sí sucedía con los representantes del Congreso.

La contradicción acotada parecía ser legítima en la medida en que los jueces no eran realmente designados por medio de democracia directa, expresión de la voluntad de los ciudadanos, sino por un criterio ajeno al acto de elección que caracteriza al voto popular. En consecuencia, aseveraba la crítica, no se justificaba la legitimidad de ese control ajeno a una democracia material. La justificación de Hamilton a estas críticas en «El Federalista 78» superó los márgenes de las cuestiones observadas: no se trataba de poner a un poder por encima del otro, sino, apuntaba el pensador norteamericano, de que la legitimidad de las decisiones del Poder Legislativo, precisamente, obtenían validez, es decir, compatibilidad con la Constitución, a partir de ese control judicial que suponía un examen de constitucionalidad de las decisiones de poder del legislador.

Ahora bien, podemos proponer, siguiendo la idea crítica de función de los jueces, un esbozo de autorregulación de los propios poderes, es decir, que el Poder Legislativo enmiende sus propias decisiones y que se produzca una suerte de *self restraint* o ejercicio de autocontrol. Esta es una idea que, *prima facie*, puede lograr un rango de aceptabilidad: supongamos una norma expedida por el Poder Ejecutivo, en el legítimo ejercicio de las funciones de regulación que también lo asisten, o bien una norma expedida por el Poder Legislativo, dentro de las atribuciones que le otorgan la Constitución y las leyes, y que dicha norma no sea compatible con el ordenamiento constitucional. Podríamos asumir que, validada esa propia autoverificación, opten estos poderes por un cambio de posición y justifiquen un ámbito que implique la modificación de los aspectos incompatibles con ese orden material de valores que implica el efecto vinculante de las Normas Fundamentales. Sin embargo, no es estrictamente una situación que ocurra la mayoría de las veces, simple y llanamente porque no existe el necesario consenso en democracia para este efecto. Es usual que el Poder Legislativo, salvo excepciones de rigor, justifique una norma con rango de ley sobre la base de que se han cumplido los procedimientos formales para la adopción de la norma. Aunque no le faltaría razón al

legislador para esta justificación, y sin perjuicio de ello, advirtamos que no basta la justificación de un procedimiento formal, sino que también es necesario el escenario de la validación material de la norma con relación a la Carta Fundamental. Es decir, no basta que tomemos en cuenta solo un aspecto formal de la norma en cuanto a la vigencia de la misma, lo cual expresa solo un control de legalidad. Se requiere prestar atención, además, a un ámbito de legitimidad de la misma, entendida a partir de su compatibilidad con la Constitución, lo cual expresa una exigencia de validez, tarea que de suyo no es función regular del Poder Legislativo.

Nos vemos, entonces, ante un escenario contradictorio: quienes no satisfacen en apariencia la condición del principio mayoritario, enmiendan jurisdiccionalmente posiciones de quienes sí justifican esa exigencia del principio de la mayoría. Aquí admitimos el argumento de Hamilton en el sentido de que precisamente ese control judicial tiene como efecto la legitimación de las decisiones del Poder Legislativo, sea para aprobar la norma adoptada (perfeccionando su ámbito de legitimidad con respecto a la Constitución) o para efectuar los ajustes necesarios (unas veces inaplicándola, si optamos por el control difuso de constitucionalidad de la norma, a cargo de los jueces; otras veces expulsándola, desde la perspectiva kelseniana, del ordenamiento constitucional, sea por medio de un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional, dadas las imperfecciones de rigor con respecto al orden material que caracteriza nuestras Normas de Normas).

III. CORRECCIÓN DE LOS ACTOS DE PODER

En adición a lo señalado, valdría plantearse un interrogante de rigor: ¿abandonamos la teoría de separación de poderes de Montesquieu al afirmar que un poder puede corregir los actos formales de otro? Nuestra respuesta sería negativa, en la medida en que reafirmamos la dimensión del concepto de separación de poderes a través de una noción material más avanzada de equilibrio de poderes. Nuestra tesis reafirma que es exigible que ese equilibrio sea real (Gargarella, 1997, pp. 55-57), que no constituya solo una premisa formal sino una concepción material, con vocación de verdad, predictibilidad y universalidad. En efecto, los poderes no pueden ser reales si nos circunscribimos únicamente al enunciado lingüístico de la separación de poderes. Siguiendo a Guastini (2011, p. 136)², resulta indispensable rescatar el sentido interpretativo del concepto de equilibrio de poderes y ello tiene lugar a través de esta función de control de constitucionalidad reservada a jueces del Poder Judicial, en su rol constitucional, así como a las más

² Guastini llama «disposición» a cada enunciado que forme parte de un documento normativo y «norma» a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido.

altas cortes constitucionales, cuya tarea resulta omnicomprendiva del concepto de constitucionalidad en su dimensión más amplia.

¿Pueden darse acaso funciones en contrario, es decir, que el Poder Legislativo, dentro de esa percepción de equilibrio, corrija actuaciones del Poder Judicial? ¿O, más aun, que lo haga el Poder Ejecutivo? Consideramos que los ámbitos deben ser definidos a este respecto y que la pregunta que formulamos tiene espacios de respuesta en sentido afirmativo: el Poder Legislativo tiene potestad de corrección respecto a la carrera de los jueces y está en condiciones de perfilar los requerimientos del caso a fin de determinar las condiciones de ingreso, permanencia y fin de la función judicial. De la misma forma, al Poder Ejecutivo le asiste la facultad de iniciativa en las exigencias de perfilar la carrera judicial. Observemos que, en estos casos, se configura un ejercicio regulador y ante todo formalmente descriptivo de las condiciones que afectan la carrera de los jueces cuya función profesional los pone al servicio del Estado para funciones, también, de control constitucional.

La función judicial de corrección en el ámbito de la constitucionalidad de las leyes tiene un matiz descriptivo en todos sus aspectos. Sin embargo, es en el ámbito material de corrección en donde distinguimos un contexto mucho más amplio de análisis, en tanto entendemos por función material una perspectiva orientada a buscar las características de unidad con la Constitución y concordancia práctica, principalmente. Dicha perspectiva es propia de una interpretación judicial.

IV. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ROL CORRECTOR DE LOS JUECES

La exigencia de interpretación judicial de la Constitución y, por ende, de las normas que son expedidas en el ámbito del Estado constitucional de derecho, siguiendo las ideas de Konrad Hesse (1992, p. 45), plantea una serie de requerimientos mínimos respecto a las características de esta interpretación. En ese orden de ideas, una norma expedida por el Poder Legislativo debe encontrarse en concordancia con la Constitución, formando una sola estructura. Dicha concordancia es la expresión del principio de *unidad de la Constitución*. Vale decir, esa norma no puede admitir una interpretación particular y ajena a la Constitución, pues ella forma, en una idea bobbiana (Bobbio, 1960, citado por del Hierro, 1997, p. 95) de sus contenidos, una sola unidad con la Carta Fundamental. Bajo ese fundamento, no existen zonas exentas de control constitucional, sino exigencia frente a normas que son susceptibles de revisión y a las cuales se exige tanto una dimensión formal de unidad con la Constitución como una identificación material de adecuación a los preceptos que la *norma normarum* perfila.

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

De igual forma, la exigencia de *concordancia práctica* de una norma con la Constitución demanda compatibilidad y coherencia con la Norma Fundamental: compatibilidad, por cuanto no puede ser contradictoria con la Constitución misma, y coherencia, en razón de que se exige una adecuación con los principios más relevantes de todo Estado de Derecho, entre los cuales encontramos el principio de interdicción de la arbitrariedad, la defensa de la vida humana, la libertad de las personas, entre otras premisas fundamentales del ordenamiento constitucional. En este orden de ideas, si una norma a cargo del Poder Legislativo no satisface estas exigencias mínimas de rigor, no puede ser válida ni legítima y se requiere el poder corrector de los jueces sobre la misma.

A su turno, la idea de *corrección funcional* como principio de interpretación nos dice de suyo, en forma objetiva, que si esas funciones del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo no son cumplidas a cabalidad, en concordancia con la Carta Fundamental, pues se autoriza el ingreso de la función correctora de los jueces. Esto es muy puntual: no existe exigencia alguna de corrección si las tareas de estos Poderes son ejercidas a cabalidad, dentro de los rangos de racionalidad y razonabilidad de las normas jurídicas puestas en vigencia. En esto debemos ser mucho más restrictivos aun: si esas funciones son adecuadamente ejercidas, no debe existir función correctora de los jueces, pues lo contrario supondría la invasión de espacios y funciones de los otros poderes del Estado, y en tal caso se colocaría a los jueces en una situación de negativa preponderancia, o intento de la misma, sobre las funciones que ejercen tales otros poderes del Estado. Ello generaría una situación de hiperactivismo judicial y esa no es una situación deseable, premisa en mérito de la cual se demanda de los jueces un activismo judicial restringido. Activismo, por cuanto sí es necesario un rol activo de los jueces en la defensa activa de los derechos fundamentales de las personas; y acción restringida, en tanto esa actividad debe ser ejercida de un modo equilibrado, prudente y ponderado, escenario que es posible si es que los jueces están imbuidos de esta adecuada visión de corrección funcional.

En ese mismo horizonte de ideas, la premisa de *función integradora* que asigna Hesse a la interpretación constitucional nos conduce a la reafirmación del concepto anterior: las decisiones de los jueces deben buscar el equilibrio y la paz social, en la medida en que el producto de la interpretación debe crear condiciones adecuadas para alcanzar el necesario equilibrio que demanda todo Estado de Derecho. Finalmente, la idea de *supremacía de la Constitución*, como otro principio de la interpretación constitucional, principio que el Juez John Marshall en 1803 denominó «cláusula de supremacía de la Constitución» (Corte Suprema de Estados Unidos de América,

1803)³, no es sino la expresión de que no puede existir norma del Poder Legislativo por encima de la Constitución, en tanto esta es la norma vinculante, prevalente y última por sobre las demás normas.

De esa forma, los jueces adecuarán las normas sometidas a su control para validarlas, en el sentido más amplio del término, si su contenido formal y material tiende a este propósito de la interpretación constitucional. Más aun, los jueces habrán de presumir la constitucionalidad de las normas y solo si después de ese intento por salvar su constitucionalidad ese propósito es inviable de ejecutar, recién han de ejercer ese poder corrector, el cual ha de ser desarrollado como rezago último de un necesario control de constitucionalidad. A su turno, el juez podrá o bien reinterpretar la norma para encontrar su posible compatibilidad con la Constitución, o bien utilizar la figura de la mutación constitucional para que, a través de una reinterpretación de la norma, ella pueda alcanzar el fin social que le es asignado por la interpretación constitucional.

Conviene aquí hacer una aclaración de rigor: esa interpretación no implica, seamos enfáticos en eso, una modificación literal de la norma sometida a examen. En ese sentido, defendemos esa potestad primera del Poder Legislativo. Sin embargo, los jueces sí pueden reinterpretar esa norma, es decir, reasignarle, por encima de su contenido formal, un valor distinto, y ello no implica una modificación formal de la norma, pues esa es atribución exclusiva, insistimos, del Poder Legislativo.

Y he aquí una premisa compleja de asumir: el Poder Legislativo reclama funciones de autonomía en su ejercicio configurador de las normas. La premisa es de suyo aceptable y, sin embargo, insistimos en la tesis, la cual creemos válida, de que si esa función no respeta cuando menos los lineamientos centrales de los principios de la interpretación constitucional que los jueces deben observar en su tarea de corrección, entonces adquiere plena legitimidad ese rol de control que los juzgadores efectúan para estos casos de análisis de la norma.

V. ¿ESTADO JURISDICCIONAL?

Volviendo a un planteamiento anterior, el cual debemos seguir explorando, podemos preguntarnos: ese rol prevalente que se asigna

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

3 Rescatando el concepto de cláusula de supremacía normativa de la Constitución, la sentencia del Juez Marshall señalaba lo siguiente: «Si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a esta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y esta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican [...]» (Corte Suprema de Estados Unidos de América, 1803).

a la justicia constitucional, ¿podrá acaso implicar, a modo de esbozo schmittiano (Plazas Vega, 2003, p. 263), la propuesta de un Estado Jurisdiccional? Es decir, ¿podemos acaso concebir una incipiente forma de Estado en la cual los jueces, sin ser gobernantes, ejercen actos de gobierno cuando corrigen los actos formales del Poder Legislativo? No consideramos que esa sea la propuesta central de cuanto esbozamos a propósito de los lineamientos de interpretación del poder corrector que los jueces representan. Los jueces solo juzgan y resuelven de acuerdo al caso concreto comentado. No existe aquí esbozo alguno que suponga exceder el papel asignado a los mismos y llevar sus funciones más allá de la propuesta efectuada de un rol de poder corrector sobre las funciones de ejercicio de los otros poderes del Estado. En efecto, si ello sucediera, entonces sí se produciría un exceso de roles y, por tanto, se invadirían espacios de función regular de los otros poderes, desnaturalizándose de ese modo la teoría del barón de Montesquieu, quien en buena cuenta terminó por esbozar una propuesta de equilibrio de poderes que a su vez representa el *ethos* y *pathos* de la separación de poderes.

En este orden de ideas, conviene puntualizar el rol de la función legislativa. Una propuesta de amplio contenido del ejercicio formal del Poder Legislativo se expresa en la concepción de la interpretación auténtica de la norma. Esta posición se basa en la idea de que si es el legislador de la norma quien creó la propia norma, es el mismo quien asume, por derecho propio, la interpretación auténtica de la norma que creó. Esta tarea reviste toda la lógica formal de una proposición silogística: creada la norma, es su autor quien de suyo está habilitado para definir los alcances de la misma. El peso de esta proposición es fundamentalmente subsumible desde una interpretación circunscrita a la corriente literal de contenido que la norma desea expresar. Sin embargo, no es precisamente la corriente del literalismo la que defendemos en este breve estudio, sino la de una exigible contrastación material de las hipótesis formuladas. En este breve examen creemos importante afirmar que si el legislador crea la norma, entonces se produce un fenómeno de enajenación de la norma respecto a su creador. En efecto, incorporada la norma al ordenamiento jurídico, los efectos reguladores de la misma escapan a sus creadores y se ven en la necesidad de encontrar un posicionamiento necesario en los principios consensuados de interpretación constitucional que arriba hemos sostenido con amplitud. Consideramos que, afianzados estos caracteres, los jueces constitucionales se convierten en verdaderos guardianes de la Constitución⁴ y no en señores de la Constitución, en

4 La expresión *Hüter der Verfassung* es adoptada en la doctrina alemana bajo la idea de un *guardián de la Constitución*, en franca oposición a la noción de *Herr der Verfassung*, o *señor de la Constitución*. Esta última designación expresa, antes que una función de guarda de valores, una noción de propiedad, expresión de suyo incompatible con la calidad de protección de los postulados del ordenamiento constitucional. Véase Landa Arroyo (2007b, p. 20).

tanto esta no es patrimonio de un poder, sino que constituye un estatuto común respecto a todos los estamentos de la sociedad.

En conclusión, si el legislador ejerce correctamente esa función de legislar conforme a las leyes y a la Constitución, entonces no hay necesidad de control alguno por encima de esa función legislativa y los jueces se ven impedidos de intervenir, irrazonablemente, en ese espacio de desarrollo de funciones que le compete al Poder Legislativo. Al contrario, si esa función no es ejercida conforme al ordenamiento material de valores que el Estado constitucional informa, entonces sí es necesaria la tarea de control de los jueces. He aquí pues un rol de ejercicio supletorio, de vocación integradora y de excepcionalidad respecto al control constitucional por parte del Poder Judicial.

VI. RASGOS DE UN ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

Veamos ahora, siguiendo al maestro español Prieto Sanchís (2007, p. 123), cuáles son esos elementos centrales de la interpretación constitucional en ese Estado que asume rasgos de neoconstitucional. Ello no representa otra cosa sino la esencia misma del Estado constitucional más determinados caracteres de arraigo que complementan la función constitucional de control.

Un primer aspecto del carácter de ese Estado constitucional ha de ser la existencia de *más principios que reglas*. La idea se sustenta en que, si el Estado del siglo XIX fue un Estado prevalentemente legislativo, el siglo XX representa en realidad el rol de un Estado constitucional, y el siglo XXI el de la interpretación constitucional en su acepción más amplia, en el perfil de un neoconstitucionalismo como forma de entender el fenómeno de la conjunción entre Estado e interpretación constitucional. En efecto, el Estado legislativo identifica los mandatos definitivos, es decir, las reglas, como el elemento ancla en ese propósito de identificar la *ratio legis* de la norma y en ese rol de verificar el papel formal de los enunciados normativos.

Sin embargo, acusada la tesis de que las normas tienden muchas veces a pecar de insuficientes antes que de deficientes, el rol de razonabilidad de los principios, como mandatos de optimización, constituye el aspecto medular de una nueva forma de sustentar el contexto de justificación de las decisiones judiciales, aun con mayor énfasis si se trata de examinar la constitucionalidad de la norma. Ahora bien, reafirmemos un concepto central: si la regla es suficiente para definir el control constitucional de la norma sometida a examen, no hay función correctora que efectuar. En este aspecto, nuestra idea es que existe un positivismo solo de entrada en la función judicial, en tanto y en cuanto los conflictos sean definidos por el concurso de las reglas invocadas para el efecto.

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

La realidad, sin embargo, nos dice que este no es el curso común en el control constitucional y que, por lo tanto, los principios se convierten en los medios óptimos de solución de la controversia constitucional en examen. De la misma forma: ¿pueden los principios convertirse en nuevas reglas? Atienza (2010, p. 9) admite que, una vez que se produce la ponderación entre principios, la interpretación de casos futuros, similares al del objeto de examen, tenderá a prevalecer como regla de interpretación. Sin embargo, no olvidemos precisamente que la ponderación de principios, al asumir un carácter regulador, expresa una jerarquía axiológica o móvil (Prieto Sanchís, 2000, p. 180) que, en esencia, nos remite al fenómeno prevalentemente cambiante que representa la ponderación. De ese modo, no hay solución definitiva en la ponderación, la cual es esencialmente cambiante y con vocación de móvil, en cuanto el resultado de la interpretación de control ha de variar si las condiciones de cambio del problema se imponen. ¿Será entonces la ponderación una función camaleónica de la tarea del control judicial? Sí y no: sí, porque las opciones variables de las condiciones cambiantes de un problema jurídico pueden ser enormes, las variables fácticas del caso efectivamente pueden ser distintas. Sin embargo, también debemos brindar una respuesta negativa, en tanto la ponderación no asume la función perversa de acomodar el juicio de valor a expresar en las circunstancias que forzosamente puedan interpretar cualquiera de las partes en el conflicto. Es posible suponer que, si ello fuera cierto (es decir, que las partes puedan acomodar sus argumentos fácticos de la mejor forma para una solución irrazonable a su proposición), entonces quizá sí serían de suyo válidas las observaciones de García Amado (2006) respecto al carácter subjetivo de la ponderación.

Observemos, pues, que la ponderación aspira en esencia a un margen de racionalidad. Quisiera ella gozar de la racionalidad que caracteriza a la norma y, sin embargo, tal condición ocurre solo excepcionalmente, pues la ponderación es mucho más razonabilidad que racionalidad, entendidos estos elementos como los ámbitos de la razón débil y la razón fuerte del derecho, en el modo que García Figueroa (Gascón Abellán & García Figueroa, 2003, p. 68), siguiendo a Pattaro⁵, presenta los escenarios de creación y aplicación de la norma. A este respecto, es necesario advertir que la ponderación no es en sentido estricto una razón débil. Queremos sostener, así, que no es razón fuerte en su fase de creación, es decir, no parte de una regla o mandato definitivo, sino que se perfila en esencia

5 El esquema presentado por Enrico Pattaro, profesor de Bolonia, del cual se sirve García Figueroa para desarrollar su planteamiento, identifica 4 modelos: los de Kant, Tomás de Aquino, Viehweg y Perelman, y la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) estándar. El esquema distingue las fases de creación del derecho y aplicación del derecho. Los sentidos asignados son: Kant (modelo fuerte-fuerte), Santo Tomás de Aquino (fuerte-débil), Viehweg y Perelman (débil-débil) y TAJ estándar (débil-fuerte).

como un planteamiento que en apariencia nacería de una razón débil, faceta que es importante precisar, pues la ponderación aspira a ser razón fuerte en la interpretación constitucional.

Pongámonos en el caso de la dignidad de la persona humana. Podemos convenir en razonamientos próximos al respecto, es verdad. Sin embargo, la invocación de este principio puede variar según el ordenamiento jurídico del cual hablemos: las reglas de uso de prendas de vestir en Occidente pueden parecer incompatibles en términos de comparación con la usanza árabe. Cada sociedad construye el concepto de dignidad en sus modos de vida de acuerdo a los principios que construyen esas sociedades, y, en esto, el margen de variación de las concepciones sociales puede expresar diversas formas de manifestación. A pesar de lo señalado, notemos que el mero planteamiento de la dignidad como valor de la persona humana, a pesar de esa aparente debilidad en su modo de proposición por ser un enunciado que no parte de una esquema fuerte (como sí sucede en el caso de la regla), sí acusa una tesis de fuerza cuando se convierte en mandato jurisdiccional. Lo señalado es la manifestación más objetiva que podemos expresar en los esquemas de García Figueroa y Pattaro, en tanto la ponderación apenas acusaría una tesis de debilidad en su creación y no así en su fase de aplicación. En efecto, recogido ese mandato de razonabilidad por el juez constitucional, la razón que expresa la decisión final es fuerte, en tanto un mandato judicial no puede ser desacatado ni desobedecido, bajo los rigores que la función jurisdiccional representa.

Configuradas estas ideas, aparece ya sustentado entonces un segundo rasgo de la interpretación en el Estado neoconstitucional. Efectivamente, podemos señalar *más ponderación que subsunción* como un rasgo relevante de ese tipo de Estado. Empezamos por indicar *más principios que reglas*, pues ese es el rasgo distintivo más expresivo del Estado neoconstitucional. Este segundo carácter no es sino un correlato de lo afirmado en el primer carácter, pues en propiedad los principios recalcan naturalmente en la ponderación, así como las reglas lo hacen en la subsunción (Engisch, 1967, p. 63). Podemos, llegados a este punto, plantear el siguiente interrogante: ¿es valiosa y necesaria la subsunción en el derecho hoy en día? Insistamos en que, de suyo, la respuesta admite niveles de condicionamiento. La subsunción es definitiva en cuanto una controversia pueda solucionarse con el concurso de normas sustantivas y adjetivas de derecho. Este pudo ser un modo de expresión valedero del modelo kelseniano (García Belaunde, 2011, p. 9) y, sin embargo, advirtamos que el esquema del ilustre pensador austríaco, en su propósito de certeza en el derecho, determinó que los principios no eran el modelo de racionalidad que el ordenamiento formal en su más objetiva expresión demandaba. En ese orden de ideas, entonces, la ponderación asume un rol integrador necesario que otorga nuevas

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

fuerzas de interpretación al derecho en su conjunto y reafirma el carácter omnicompreensivo de la interpretación constitucional.

Por otro lado, al reafirmarnos en cuestionamientos a la subsunción, notemos, también, que ese carácter de discusión final que en su momento asumió el positivismo jurídico jamás fue absoluto. La misma posición positivista admitió la idea de lagunas en el derecho y fue necesario recurrir a la propuesta de la regla de reconocimiento para entender la posibilidad de una solución formal posible a los problemas de lagunas en el derecho. A su turno, podemos anotar otra cuestión de interés: si el legislador crea la norma, con lo cual plantea un derrotero para las cuestiones a subsumir dentro del rango de esa norma, ¿puede acaso ponderar? Manuel Atienza (2005, p 18) presenta la idea de un esbozo argumentativo en la fase prelegislativa, en el cual el legislador pueda acaso determinar la mejor forma de proyectar el sentido de la norma a crear. En realidad, es natural el ejercicio de una ponderación de estos caracteres, pero en rigor es fundamentalmente vinculante respecto al caso concreto la solución de control constitucional que prevea el juez en su función correctora.

Un tercer rasgo propuesto por Prieto Sanchís reside en la *no existencia de zonas exentas de control constitucional*. Convenimos en que la propuesta es de suyo polémica. Vayamos a un caso concreto: si la Corte Suprema pone fin a una discusión jurídica, convengamos en que esa decisión representa para los jueces un efecto de verticalidad interpretativa. La idea de un *stare decisis* pueda conducirnos a no sentirnos simplemente instados por esa interpretación, sino realmente obligados. No podemos poner en cuestión que las Cortes Supremas de nuestros países representan la instancia más alta de impartición de justicia y, sin embargo, siguiendo la tesis que exponemos respecto a la inexistencia de zonas exentas de control constitucional, debemos asumir, respetando el Estado de Derecho, que inclusive por encima de la Corte Suprema existe un rol corrector por parte de la justicia constitucional, sea esta función de un Tribunal o de una Corte Constitucional. Desde esta perspectiva, no existen zonas exentas de control constitucional y, por ende, la función correctora a cargo de los jueces es omnicompreensiva.

Desde otra perspectiva, en un cuarto orden encontramos, siempre con Prieto Sanchís, lo que puede denominarse una *prevalencia de la interpretación judicial por sobre aquella que desarrolla el legislador*. Esta noción ha sido delimitada líneas arriba, pero conviene una precisión que convalida lo sustentado: la expresión del legislador a través de la norma suele ser *histórica* o *ex ante*, es decir, tiene lugar antes de la interpretación de la norma sometida a control. En cambio, la interpretación de control judicial de los jueces es de *legitimación* o *ex post*, pues apunta a la consolidación de la interpretación desde una perspectiva de control del

mensaje formal del legislador, el cual apunta a convertirse en material tras la función de control. Antes de la norma, encontrarnos frente a la misma, recogiendo las ideas del maestro Guastini (2011), un ámbito que nos induce a considerar un enunciado que exige interpretación. Una vez que la norma ha sido legitimada vía interpretación judicial, podemos inferir que la norma constituye un enunciado interpretado.

Por último, la ponderación expresa, en ese Estado neoconstitucional, una *constelación plural de valores antes que un panorama de homogeneidad ideológica*. Veamos ello en su contexto real: la norma puede ser identificada, las más de las veces, como una regla, un mandato definitivo, un enunciado que solo nos concede una opción de interpretación, con lo cual se consolida como la única respuesta correcta dentro del derecho frente a una específica situación a definir. La Escuela Histórica de Savigny (2004, p. 258) afianzó esta idea, al colocar como uno de los primeros métodos de la interpretación la interpretación de orden literal. Solo podía ser buscada una respuesta a la norma desde la perspectiva de lo que la norma expresara dentro de su propio contenido y en modo alguno desde otra perspectiva. La opción interpretativa se reducía así a aquello que dijera la norma. El antecedente inmediato de esta afirmación puede encontrarse en el mismo Código Napoleónico de 1804, entendido como la maximización del derecho en su dimensión formal, al punto que los profesores de derecho del siglo XIX no solían afirmar que enseñaban derecho sino que enseñaban el Código de Napoleón.

La forma de pensar el derecho en términos absolutos influyó en todo el siglo XIX y, a su vez, representó una consumación del pensamiento político de los revolucionarios franceses: era necesario cambiar el poder arbitrario del *Ancien Régime* por un nuevo medio de control. Nos preguntamos, al respecto, ¿no se cambió acaso un tirano por otro? Ciertamente, los tribunales franceses del siglo XVIII adoptaron la línea de un voluntarismo en materia de expresar el derecho. No había un arraigo de la separación de poderes como hoy entendemos dicha figura y menos aun un atisbo de su sucedáneo: el equilibrio entre poderes. Expresiones como la de Luis XIV, «L'État c'est moi» («El Estado soy yo»)⁶, nos persuadieron de que no existía sino la consolidación de un poder que absorbía los tres poderes en uno solo. Si bien la figura del Rey constituía una especie de Poder Ejecutivo en ciernes, en realidad representaba el reduccionismo del manejo del Estado en manos de una sola persona. Similar situación ocurrió, un poco antes, en 1610, en el célebre caso Bonham, a cargo del juez Coke (Court of Common

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

6 Luis XIV, también llamado el Rey Sol. Aunque la cita es acusada de apócrifa, la frase pudo derivar de la idea según la cual «el bien del Estado constituye la Gloria del Rey», sacada de sus *Reflexiones*. El sentido de la frase se asocia al absolutismo político.

Pleas, 1610)⁷. Ante los intentos del rey Jacobo I por influir en el caso que el médico reclamante había puesto a cargo del juez Coke, debido a una sanción por el ejercicio aparentemente irregular como médico en Londres, el juez Coke optó por precisar en su histórica decisión que el juez debía prepararse en el ámbito de la razón artificial del derecho, ya que la respuesta jurídica que este debía ofrecer desde los principios del *Common Law* exigía un extenso estudio, en tanto que al rey le concernían las cuestiones de su reino. Evidentemente, esta respuesta no satisfizo al rey Jacobo I, quien luego de muchos años lograría la destitución del juez Coke, en aparente represalia por su interpretación en el caso Bonham. Sin perjuicio de ello, notemos lo valioso del caso Bonham, pues fue el primer intento sólido por separar la jurisdicción constitucional del ámbito de las decisiones del rey. El derecho tenía una naturaleza brumosa por entonces: la separación de poderes no podía asumirse en una dimensión de mayor amplitud, sino que estaba reducida ante las funciones del poder del rey. Ante los esbozos de una aparente contradicción frente al concepto del poder omnímodo del rey, la respuesta más congruente era la eliminación de esos atisbos de incipiente poder. Inclusive la Carta Magna de Juan sin Tierra en el siglo XIII⁸ constituye un antecedente válido para contextualizar otro intento legítimo por limitar el poder del rey, ante el reclamo de los súbditos del rey de entonces por un respeto mínimo por el derecho al debido proceso.

Los antecedentes presentados logran definir, en consecuencia, ese afianzamiento de la homogeneidad de las normas, entendida como un fundamento único de las mismas, y, si la ley era el elemento ancla de todo el sistema jurídico, en realidad nada debía amenazar su existencia. La norma expresaba un solo mandato y, como tal, no admitía una interpretación en contrario. Sócrates tuvo la oportunidad de salvar la vida frente a la injusta pena impuesta a su persona por el aparente delito de contaminar el pensamiento de la juventud⁹. Los partidarios del pensador griego, creador de la mayéutica, intentaron facilitar la fuga de este para salvar la vida de su mentor y, sin embargo, la respuesta del filósofo griego fue enfática: si la ley no era respetada, a pesar de lo injusto

7 Parte de la sentencia del juez Coke, ante la pretendida interferencia del rey Jacobo I en el fallo, señalaba lo siguiente: «es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia [...] no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos» (Court of Common Pleas, 1610).

8 La también llamada Carta Magna de las Libertades fue expedida el 15 de junio de 1215 en Londres, Inglaterra. El artículo 52 de la Carta Magna señalaba lo siguiente: «Si alguno sin previo juicio legal de sus pares, ha sido desposeído o privado por Nos de sus tierras, castillos, libertades o derechos, se los restituiremos inmediatamente».

9 Platón narra, en su *Apología de Sócrates*, que el condenado pudo evitar la sentencia de muerte impuesta, pero, en señal de acatamiento, Sócrates acepta la pena impuesta. Esta figura debe contextualizarse en el sentido esbozado por Sócrates, pues si las leyes de una ciudad-estado no son obedecidas y, por ende, no se acatan las decisiones de los jueces (360 jurados votaron por la pena de muerte y 141 por una multa), entonces no hay ciudad-estado.

de la decisión, no podía entenderse la subsistencia de las ciudades-estado, uno de cuyos fundamentos residía, precisamente, en el respeto por la ley. Podemos advertir una expresión de esta misma naturaleza en *Antígona*, tragedia de Sófocles¹⁰, pues en ella dos aparentes deberes se enfrentan: de un lado, la orden del rey Creonte de no sepultar el cuerpo de Polinices por considerarlo traidor a los principios de la ciudad (yacía muerto el invasor a las puertas de Tebas luego de intentar tomar la ciudad), y, de otro lado, el deber filial de Antígona de sepultar a su hermano. Ella lo sepulta desafiando la orden de Creonte y es condenada a la pena de muerte por desafiar la voluntad del rey. Si bien afirmamos aquí dos cuestiones en oposición, en realidad, para una situación como la descrita, solo tenía vigencia el aspecto imperativo de la orden del rey y su consiguiente desafío solo podía significar la muerte del agresor, en este caso Antígona.

En esta misma línea, la literatura francesa es inclusive expresiva: en *Los miserables* de Víctor Hugo¹¹, el inspector Javert no puede asimilar que su más acérrimo enemigo —el expresidiario Jean Valjean— le haya salvado la vida y, por tanto, decide suicidarse arrojándose a las aguas del río Sena. El esquema de Javert era muy puntual, si queremos encontrar un ángulo de interpretación a su mensaje: los enemigos eran enemigos y no admitían rangos distintos de entendimiento. La acción de su enemigo Jean Valjean, quien, por encima de toda cuestión, le salva la vida antes de que los revolucionarios franceses lo matasen, desconcierta a Javert. Bajo la conclusión de que no podía respetar el papel que la ley le asignaba (es decir, encarcelar nuevamente a su más acérrimo enemigo), no podía entonces salvar su propia vida.

Las cuestiones presentadas asumen una misma tónica de mensaje final: la ley es una sola y no admite situación en contrario; es homogénea, pues solo expresa un único mandato. Si el intérprete intenta descifrar el mensaje de la norma, ha de encontrar una única respuesta correcta. Ese era el contenido a establecer. La ponderación en el siglo XXI, entendida en su dimensión de constelación plural de valores, admite en su ámbito de interpretación que dos principios pueden oponerse: el derecho a la vida frente a la extinción de la misma, el derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la intimidad o el honor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (una persona podría fumar si esa es su decisión) frente al derecho a la salud regulado por el Estado bajo la línea de un

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

10 Tragedia de Sófocles, proyectada hacia el año 442 a.C. Al recoger Antígona el cuerpo de Polinices, cuyo cuerpo no podía ser enterrado por supuesta traición, desafía la autoridad del rey Creonte. La dicotomía de esta tragedia rescata, en mucho, la dualidad entre la orden del rey, aunque ciertamente ilegítima, y el deber moral nacido del vínculo familiar entre Antígona y Polinices. Antígona es finalmente condenada a muerte. Esta tragedia grafica la desobediencia a la ley, aunque bajo un imperativo moral.

11 La novela fue publicada en 1862 y el autor se inspiró en Vidocq, un criminal francés que se rehabilitó y terminó por inaugurar la Policía Nacional de Francia.

paternalismo jurídico que impone algunas restricciones en el ejercicio de ese derecho. Por lo tanto, los valores pueden manifiestamente subyacer a la ponderación, supuesto de naturaleza inviable en el caso de las reglas propiamente dichas, cuya esencia latente reside en la homogeneidad de sus contenidos ideológicos.

VII. PONDERACIÓN Y NORMAS

¿Desmerece la ponderación con estas afirmaciones el sentido prescriptivo de la norma? No lo creemos así. Por el contrario, la ponderación complementa la norma expresada por el legislador, asimilando su contenido a los mandatos materiales de la norma (y no solo respecto al enunciado formal de la misma), alejando así la posibilidad de la pesadilla que grafica Hart (1994, pp. 327-330, citado por Landa Arroyo, 2007a, p. 34), quien se inclinaba por el noble sueño que expresa la aplicación de la ley. Subyacen en la ponderación, entonces, fuertes conflictos de oposición trascendente, situaciones que no se advierten respecto a la idea de homogeneidad ideológica de la norma. Cabe preguntarnos, llegados a este punto, ¿no le conferimos al juez constitucional, al amparo de estas facultades, un poder excesivo y, consiguientemente, desnaturalizamos sus funciones de decisor jurídico? No creemos que la respuesta sea harto compleja: la ponderación manifiesta límites a su ejercicio de poder corrector de los actos del Poder Legislativo. En efecto, García Amado (2006) nos dice que, antes que la ponderación, procede una correcta determinación del contenido correcto de los derechos en pugna, con lo cual ya no es necesario ponderar. Entonces, siguiendo los mismos lineamientos de tendencia y sin abandonar nuestra afirmación, corresponde expresar que la ponderación también se reduce a expresar sus verdaderos contenidos. De esa forma, la ponderación no puede ser irracional ni irrazonable. No es irracional, por cuanto su expresión frente a la norma sometida a control busca en realidad una forma de complementar la norma en sí misma. En efecto, no es una afirmación valedera que la ponderación vaya en sentido contrario al enunciado de la ley misma. Esa no es la misión de la ponderación: su primera labor es respetar la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas jurídicas. En eso debemos ser taxativos. Sin embargo, si luego de ese esfuerzo por intentar salvar la compatibilidad de la norma con la Carta Fundamental no se produce ese resultado, estamos o frente a un necesario segundo escenario de la ponderación (la posible reinterpretación de la norma, vía mutación constitucional); o bien frente a un siguiente estadio más complejo (la inaplicación de la norma); o, a su turno, frente al escenario más complejo de todos (la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico por parte de un Tribunal o Corte Constitucional, cuyas funciones, reiterémoslo una vez más, no son de derogación, pues

esta tarea siempre quedará reservada solo al Poder Legislativo en modo exclusivo).

En la línea de esa afirmación, la ponderación tampoco es irrazonable, pues precisamente la razonabilidad es su ámbito de expresión principal. Coincidiremos en que la línea de la ponderación no puede partir regularmente, bajo ideas matrices, de la racionalidad de la norma y, sin embargo, es su tarea natural ganar espacios de legitimidad a partir de una adecuada enunciación de su razonabilidad. ¿Y cómo lograr adecuadamente esa expresión de razonabilidad? Consideramos que, para que ello sea afianzado, no podemos dejar de lado las características de primer orden que identifican a un argumento basado en la ponderación. El argumento ponderativo no puede ser contradictorio, es decir, debe ser *consistente*, y, por tanto, debe expresar una adecuada lógica de pensamiento. Constituiría un yerro de inicio que el juez constitucional afirme una manifiesta contradicción con la norma enunciada por el legislador. Antes de ello debe atender al necesario ejercicio de presunción de la constitucionalidad de la norma y verificar su compatibilidad con la Constitución. De la misma forma, como ya sostuvimos más arriba, la ponderación exige una tesis de *coherencia*, es decir, no puede desligarse de una íntima y estrecha vinculación con principios ancla del ordenamiento constitucional, como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Reafirmemos esta propuesta del modo siguiente: la teoría de separación de poderes y el equilibrio necesario entre los mismos exige, de primera intención, que no haya excesos de un poder respecto a otros. Así, se busca evitar la arbitrariedad de uno de estos poderes, a fin de que los demás puedan desarrollar sus tareas sin restricción de sus funciones. Esa es una de las propuestas matrices de la teoría de separación de poderes. Sin perjuicio de ello, debemos admitir que la arbitrariedad en la gestión de los actos de poder no es una variable extraña, sino, por el contrario, más usual de lo que pensamos. En ese orden de argumentos, se hace necesaria la ponderación y su exigencia de ser coherente.

Adicionalmente, el argumento ponderativo en el control de la norma debe satisfacer la condición de *prevalente*, es decir, el principio que cede (afectado en su ámbito de nivel medio o leve) frente al principio que es mayormente satisfecho (cuyo grado de satisfacción debiera ser elevado) efectivamente pesa menos, pues se impone un argumento contrario que justifica buenas y mejores razones. En relación con esta afirmación que antecede, debiéramos admitir una regla que Atienza (2006) menciona cuando enuncia el decálogo del buen argumentador: Atienza señala que a veces es necesario renunciar al argumento que sostenemos. Agregaríamos a ello que, si el argumento opuesto es mejor, pues nada impediría que acojamos al mismo. En esto se expresa la prevalencia del argumento ponderativo, pues no se trata de imponer una cuestión,

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

sino de optar por la mejor solución posible entre todas las situaciones posibles. Es esa la naturaleza intrínseca de un mandato de optimización desde el momento en que es definido como un enunciado que insta a hacer algo, del mejor modo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Entonces, no hay un carácter irracional en la ponderación y, por el contrario, esta velará por encontrar el mejor resultado posible. En esa prevalencia que identificamos como tercera expresión del argumento ponderativo, siguiendo ideas de MacCormick (citado por Hernando Nieto, 2011, p. 17), existen situaciones menores que no podemos dejar de observar: para que prevalezca nuestro argumento ponderativo, nuestra afirmación no debe enfrentar problemas de *ambigüedad* (por exceso de significados) ni de *vaguedad* (por ausencia de los mismos). De igual forma, el argumento debe ser *universalizable*, es decir, la idea de ponderación a proponer debe aspirar a poder ser aplicada siempre que las condiciones del caso sean las mismas. En ese mismo rango, este argumento debe ser *consecuencialista*, en tanto exige una respuesta que brinde una adecuada solución al problema en cuestión y no exceda, así, las dimensiones del problema a efectos de imponer una solución quizá de suyo más que onerosa.

Por lo tanto, podemos afirmar en respuesta a Commanducci (1998), no existe en esta forma de concebir la ponderación la indeterminación *in genere* de los principios al aplicar la ponderación. Dicha indeterminación existiría solo si el argumento ponderativo no cumpliera cabalmente los roles de consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo que le asignamos. En el mismo sentido de negación, la aplicación del principio de proporcionalidad —el medio sucedáneo procedimental de la ponderación— no expresa una degradación de la legislación, como lo preveía Fortshoff (1975), fundamentalmente porque no es tarea de la ponderación reducir los roles del legislador, sino validarlos con legitimidad a partir de las premisas base de la interpretación constitucional.

VIII. A MODO DE IDEAS FINALES

El concepto de separación de poderes ha superado la tesis inicial presentada por Montesquieu en su obra clásica *El espíritu de las leyes*, conjunto de ideas que desde 1748, año de su publicación, propone que el poder no se encuentre concentrado en las mismas manos. Hoy la separación de poderes expresa una dimensión de suyo distinta, en donde el elemento primordial es la tesis del equilibrio de poderes. Apuntar al logro de ese equilibrio exige no una redefinición de funciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino una nueva idea de complementariedad entre los mismos, fijando entre ellos verdaderos pesos y contrapesos. En ese orden de conceptos, consideramos necesario

el poder corrector de los jueces constitucionales respecto a las normas que emanen de los otros poderes, si estas contravienen mandatos materiales de la Constitución. Esta afirmación no supone poner un poder sobre otro, sino precisamente consolidar esas necesarias funciones de los poderes en sus contenidos formales y materiales.

La consecución de esa alta misión de los jueces constitucionales no puede estar exenta de ciertos ámbitos y parámetros: resulta necesaria la interpretación del poder corrector a través de los principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y primacía de la Constitución). La aplicación de estos principios se condice con los ámbitos de un modelo de Estado neoconstitucional, en el cual los rasgos sustantivos son los siguientes: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, zonas no exentas de control constitucional, prevalencia de la interpretación judicial sobre aquella que desarrolla el legislador y existencia de una constelación plural de valores (en lugar de homogeneidad ideológica). Al usar estas herramientas no nos encontramos frente a un desarraigo de las funciones que caracterizan a los poderes, sino frente a una nueva forma de equilibrio entre los mismos. Aproximándonos a las ideas de Hamilton, la función correctora de los jueces en el juicio de constitucionalidad de las leyes no impone a un poder sobre otro. Por el contrario, legitima las funciones de los mismos e identifica plenamente los postulados de un modelo de Estado constitucional, con rasgos de neoconstitucionalismo en el siglo XXI, en el cual el ejercicio del poder ha de distar, con énfasis, de ser arbitrario. Esto constituye un mandato axiológico del cual no nos podemos sustraer.

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

IX. BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho* (segunda edición). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Atienza, Manuel (2006). Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. *Doxa*, 29, 473-475.

Atienza, Manuel (2010). A vueltas con la ponderación. *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 1, 1-15.

Bobbio, Norberto (1960). *Teoría del ordenamiento jurídico*. Turín: Giapichelli.

Commanduci, Paolo (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, 21 (II), 89-104.

Corte Suprema de Estados Unidos (1803). *Marbury v. Madison*. 24 de febrero de 1803. *United States Reports*, 5, 137-180. 5. U.S. 137.

Court of Common Pleas (1610). Thomas Bonham v. College of Physicians. Sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke.

Del Hierro, José Luis (1997). *Introducción al derecho*. Madrid: Síntesis.

Engisch, Karl (1967). El problema de la subsunción. En *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama.

Forsthoff, Ernst (1975). *El Estado en la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García Amado, José (2006). El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia. En Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo* (119-163). Bogotá: Legis.

García Belaunde, Domingo. Kelsen en París: una ronda en torno al «modelo concentrado» (2011). En Peter Häberle & Domingo García Belaunde (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II.

Gargarella, Roberto (1997). La dificultad de defender el control de constitucionalidad de las leyes. *Isonomía*, 6, 55-70.

Gascón Abellán, Marina & Alfonso García Figueroa (2003). La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra.

Guastini, Riccardo (2011). Disposición vs. norma. En Susanna Pozzollo & Rafael Escudero (eds.), *Disposición vs. norma* (133-156). Lima: Palestra.

Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (1957). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957.

Hart, Herbert (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño. En Casanovas, Pompeu & Josep Joan Moreso (coord.), *El ámbito de lo jurídico* (327-352). Barcelona: Crítica, 1994.

Hernando Nieto, Eduardo (2011). Módulo razonamiento jurídico. XV PROFA. Lima: Academia de la Magistratura (Perú).

Hesse, Konrad (1992). *Escritos de derecho constitucional* (segunda edición). Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Landa Arroyo, César (2007a). Los precedentes constitucionales. *Justicia Constitucional*, III (5).

Landa Arroyo, César (2007b). *Tribunal Constitucional y Estado democrático* (tercera edición). Lima: Palestra.

Plazas Vega, Mauricio (2003). *Ideas políticas y teoría del derecho*. Bogotá: Temis/Universidad del Rosario.

Prieto Sanchís, Luis (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, 23, 161-195.

Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

Savigny, Federico Carlos (2004). *Sistema de derecho romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Analecta.

Recibido: 14/09/2015
Aprobado: 02/10/2015

189

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES