

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y *POLITICAL QUESTIONS* *

Por CÉSAR LANDA **

A Pedro de Vega García

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.—2. TENSIÓN ENTRE POLÍTICA Y DERECHO: A) Jurisprudencia comparada. B) Jurisprudencia peruana.—3. TEST Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL: A) Ponderación judicial. B) Derechos fundamentales. C) Libre configuración de la ley por el legislador.—4. CONCLUSIÓN.

1. PRESENTACIÓN

La doctrina de las *political questions* se origina en los Estados Unidos a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva o *prudente* impuso en las resoluciones de casos difíciles¹, al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables; sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial *clásico*, para el cual partiendo del caso *Marbury vs. Madison*, no había

* El presente artículo es una versión reformada y actualizada de un acápite del libro del autor *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP, Fondo Editorial-Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Lima, 1999, pp. 499-519.

** Profesor y Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es Profesor Visitante en la Universidad de León.

¹ RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 146 y ss.; asimismo, MANUEL ATIENZA, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre casos trágicos», en *La vinculación del juez a la ley*, anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), UAM-BOE, Madrid, 1997, pp. 256 y ss.

disposiciones de la Constitución que pudieran exceptuarse del control constitucional; pero, como no podía ser de otra manera, pronto apareció una tercera corriente judicial denominada *funcional* que trataba de balancear ambos extremos, estableciendo razones prácticas para la intervención judicial².

Esta doctrina, en sus diferentes modalidades, no sólo causó impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobretodo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional³; sino que, también ha sido asumida, por vez primera, por la jurisprudencia constitucional peruana en la sentencia sobre el recurso de amparo de los ex-magistrados del Tribunal Constitucional⁴, demandando su reposición ante los vestigios del actual Tribunal Constitucional del Perú⁵.

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

Es que, en una democracia mínima, las instancias de control sólo son admitidas por el gobernante, en la medida que le sea funcional a sus propósitos⁶. Por eso, el Presidente Fujimori en su lógica re-reeleccionista y de poder absoluto ha dicho que: «en Perú se requiere un símbolo que repre-

² LAWRENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, p. 96. En Inglaterra el proceso fue similar, ver a MICHAEL ZANDER, *The Law-Making Process*, Butterworths, London, 1994, pp. 312 ss.

³ PETER HÄBERLE, *Kommentierte Vefassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 433-434 y p. 449; COTTA/BENDA/ SCHAMBECK/MALINVERNI, *Richter und Politik. Giudice e Politica*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, pp. 71 y ss; asimismo, MAURO CAPPELETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pp. 19 y ss.; ENRIQUE ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos», en *REDC*, vol. 1, núm. 1, CEC, 1981, pp. 287-288; asimismo, JONATHAN MILLER, «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia», en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, pp. 919-929.

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

⁵ CÉSAR LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, *op. cit.*, pp. 183 ss.; asimismo, MANUEL AGUIRRE ROCA, «Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú», en *LTC*, núm. 13, 1997, pp. 115-145.

⁶ JULIÁN SANTAMARÍA, «La funcionalidad de la libre disidencia», en *BICP*, núm. 2, Madrid, 1969, pp. 138 y ss.; asimismo, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La reforma del Estado en el Perú», en *LTC*, núm. 12, Lima, 1996, p. 31.

sente a este sistema, y que sea el motor, el conductor... Yo no voy a estar al margen de ese proceso, obviamente, porque a mí me interesa que haya continuidad»⁷.

Pero, cabe recordar que en un régimen democrático son los poderes públicos quienes tienen la tarea de establecer y ejecutar la agenda política y, no un líder mesiánico; en ese entendido, no es menos cierto que al Tribunal Constitucional le cabe controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas hechas ley, a través del método jurídico, pero no mediante el agotado método tradicional⁸. Pero, en la conducción gubernamental del proceso político falto de consenso, que se expresa en la inconstitucional tercera elección consecutiva de Fujimori, lo cierto es que, el activismo judicial clásico utilizado por unos magistrados y la autolimitación judicial de los otros, puso de manifiesto en el caso de la sentencia sobre la ley de la reelección presidencial, no sólo la crisis prematura de la propia justicia constitucional peruana, sino también el profundo desencuentro entre el sistema político representativo y la opinión pública, a la cual también estuvo ajena la mayoría del Tribunal Constitucional⁹.

En esa medida, la ley reeleccionista planteó en el Tribunal Constitucional una cuestión política —*political questions*—, que convulsionó el delicado equilibrio judicial logrado con la elección de los magistrados constitucionales, a través: por un lado, de la conflictiva relación entre el derecho y la política¹⁰, y; por otro lado, mediante el debate de la cuestión de las fuentes o criterios de decisión, ante la insuficiencia del texto constitucional, para lograr la *minimizzazione del potere*¹¹.

⁷ ALBERTO FUJIMORI, «En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema», en DIEGO ACHARD y MANUEL FLORES (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina*, PNUD-FCEU, México, p. 192.

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

⁹ JOHN HART ELY, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981, pp. 16 y ss.; asimismo, ROBERTO GARGARELLA, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 48 y ss.

¹⁰ CARL SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, tomo I, Walter der Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, pp. 108 y ss.; HANS KELSEN, «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», *RDP*, 1928, reedición de Topos Verlag, Vaduz, 1982, pp. 250-257; PETER HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Peter Häberle, editor), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, 1-45; asimismo, PHILIPPA STRUM, *The supreme court and «political questions» a study in judicial evasion*, The University of Alabama Press, Alabama, 1974, pp. 1-10.

¹¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma, 1996, p. 975; RAOUL BERGER,

Sin embargo, es a partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles, que se puede perfilar la posición del Tribunal Constitucional con relación al Congreso y al gobierno. Para lo cual, cabe plantearse la pregunta: no qué es una *political question*, sino cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*; sobre todo, si se ve que la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre cuestiones políticas, en relación al recurso de amparo interpuesto por los tres magistrados constitucionales destituidos por el Congreso, confirmó la destitución de sus ex-colegas, fundamentándose expresamente en el uso autorestrictivo discrecional de la *political question*¹².

Al respecto, «la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas»¹³.

En consecuencia, para perfilar el alcance de las *political questions*, se hace necesario apelar no sólo a la dogmática, sino también, al quinto método de interpretación del Derecho Constitucional Comparado en su forma jurisprudencial¹⁴. Así, es importante identificar el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1962, para establecer criterios que identificasen las llamadas *political questions*. En el caso Baker versus Carr¹⁵, el Tribunal Supremo sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions* se trataba: «a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de *standars* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial;

Government by judiciary, Liberty Found, Indianapolis, 1997, pp. 332 y ss.; JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 11-41; asimismo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 158.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC*, y *Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, viernes 25 de setiembre de 1998.

¹³ PHILIPPA STRUM, *The supreme court and «political questions» a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ PETER HÄBERLE, «Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtvergleichenden Verfassungslehre in "weltbürgerlich Absicht" -die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang», en *JÖR*, 45 (1997), pp. 561 y ss.; asimismo, del mismo autor, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat -Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode», en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 36 y ss.

¹⁵ 369 U.S. 186, 217, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only?)

d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales»¹⁶. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, sobre todo si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren, fue más bien una excepción, como quedó establecido a partir del Tribunal Burger¹⁷.

En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas¹⁸, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos; así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

2. TENSIÓN ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Más allá de las demoledoras interrogantes respecto a los límites de la justicia y su método para racionalizar la política planteadas por Schmitt en polémica con Kelsen¹⁹, es del caso señalar algunas características con-

¹⁶ SEGUNDO LINARES QUINTANA, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, editorial Alfa, Buenos Aires, 1958, pp. 299-315. Para conocer el debate en Argentina, ver RICARDO HARO, «Las cuestiones políticas: Prudencia o evasión judicial?», en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, *Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1988, pp. 333-362.

¹⁷ ENRIQUE ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos...», *op. cit.*, pp. 290 y ss. Los conflictos entre la judicatura y el gobierno son universales, ver TORSTEIN ECKHOFF, «The relationship between judicial and political branches of government», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo IV, LAWRENCE FRIEDMAN y MANFRED REHBINDER (editores), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens (Sociology of the judicial process)*, Westdeutscher Verlag, 1976, pp. 18-22.

¹⁸ CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1932, pp. 7 y ss.; del mismo autor, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, pp. 25 y ss.; asimismo, KOSTAS CHRYSOGONOS, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, pp. 29 y ss.

¹⁹ CARL SCHMITT, «Der Hüter der Verfassung», en *AÖR*, tomo 55 (1931), Verlag D. Auvermann, Taunus, 1975, pp. 162-237; asimismo, HANS KELSEN, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz*, Band VI (1930/31), pp. 575-628, en particular 590 y ss.; asimismo, PEDRO DE VEGA, *Prólogo*, al libro de CARL SCHMITT, *La defensa de la constitu-*

temporáneas que han modificado los clásicos supuestos de la polémica del control constitucional sobre la actividad legislativa del gobierno; pero, que mantienen en esencia el problema fundamental de la justicia constitucional: *summum ius summa iniuria*, es decir, en el ejercicio del control sobre el abuso formalista de las leyes del Congreso²⁰, ¿acaso no pueden producirse injusticias que infrinjan el plexo de los principios constitucionales?

En esa lógica argumental, la respuesta es posible también desde la normalidad constitucional y no sólo desde la normatividad constitucional²¹, en la medida que, se entiende que la realidad política y económica sobre la cual actúan y se interrelacionan los poderes y organismos constitucionales actualmente, requiere de la integración y cooperación entre los poderes. Lo cual, por otro lado, ha producido que sus fronteras competenciales sean porosas; por ello, no es menos cierto, que aparezcan fundadas críticas sobre el rol que los jueces asumen en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos. Así, por un lado, se critica a la judicatura por su alejamiento de las demandas de la realidad social, o, de otro lado, por su obsecuencia judicial a los cambios políticos del gobierno de turno²². Lo cual se ha puesto en evidencia en momentos de graves crisis nacionales²³, cuando la justicia constitucional se ha convertido en una defensora del *status quo* constitucional o, cuando ha asumido el programa político del poder en sus decisiones judiciales.

En efecto, la experiencia histórica constitucional comparada y nacional enseña que frente a las decisiones políticas económicas en épocas de crisis política o económica, el control de la justicia constitucional, por un lado, ha salido debilitado cuando se ha enfrentado con el poder unas veces apegados al texto literal de la norma suprema —*selfrestraint*— u otras interpretándole más allá de lo previsible —*judicial activism*—, como, también, por otro lado, ha sabido adoptar un criterio jurisprudencial funcional frente a las cuestiones políticas —*judicial activism moderated*—²⁴.

ción, Tecnos, Madrid, 1983, donde realiza una sustantiva síntesis del debate entre Schmitt y Kelsen sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, pp. 11-24.

²⁰ OTTO BACHOF, «El juez constitucional entre derecho y política», cit., p. 125; asimismo, GERHARD LEIBHOLZ, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, IEP, Madrid, 1971, pp. 150-151.

²¹ HERMANN HELLER, *Staatslehre*, Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, Leiden, 1934, pp. 184-198; hay versión castellana, *Teoría del estado*, FCE, México, 1985, pp. 199-216.

²² JOEL GROSSMAN y RICHAR WELLS (editores), *Constitutional law and judicial policy making*, Wily & Sons, New York, 1972, pp. 14 y ss.

²³ Para conocer el rol del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la Guerra Civil de Secesión, revisar STANLEY KUTLER, *Judicial power and reconstruction politics*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1968, pp. 7 y ss. y 143 ss.

²⁴ BRUCE ACKERMANN, *We the people. Transformations*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1998, pp. 99-119 y 345-382; asimismo, MARTIN SHAPIRO, *Law and politics and the Supreme Court*, Press of Glencoe-MacMillan, London, pp. 1964, pp. 180 y ss.

A) Jurisprudencia comparada

En los Estados Unidos, no obstante la tradición judicial, según la cual las *political questions* no eran justiciables, hubo decisiones del Tribunal Supremo, en que por cinco votos contra cuatro, se pronunció en contra del programa económico del *New Deal* del Presidente Roosevelt, que buscaba resolver el gravísimo problema de la gran depresión económica de 1929, mediante un conjunto de leyes de reformas sociales y tuteladas con un fuerte liderazgo democrático²⁵.

En ese escenario, de treinta casos de leyes federales el Tribunal Supremo entre 1934 y 1937 anuló trece, entre ellas las leyes de salario mínimo, de sindicación, de agricultura, de impuestos, de bancarrota municipal, de la industria de la construcción, entre otras. Por ello, se llegó a afirmar que, «después de ese proceso político y legislativo, se ha añadido otra y más extrema e inflexible oposición, en la forma del control judicial de la política social, afirmando el *status quo*, que hace imposible llevar a cabo las tareas de orientación liberal»²⁶.

Esta posición, ciertamente, motivó que el gobierno de Roosevelt —re-electo en 1936— respondiera políticamente con el *court-packing plan*, delimitando las competencias del Tribunal, cambiando el número de los jueces de nueve a quince magistrados —para nominar a los faltantes, cosa que finalmente no hizo— y estableciendo la jubilación forzosa a los setenta años²⁷. El gobierno así logró su objetivo, hasta el punto que en 1941 en el Tribunal Supremo sólo quedaba un juez de la época anterior a Roosevelt. De esta manera, se dió ingreso a una serie de jueces liberales, sensibles a las reformas económico-sociales del gobierno y al mandato popular, que acompañaron a la hasta entonces prominente minoría liderada por los jueces Brandeis, Cardozo, Stone y Hughes²⁸.

²⁵ GLENDON SCHUBERT, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make*, Rinehart and Winston, New York, 1960, pp. 159 ss.; asimismo, BRUCE ACKERMANN, *We the people. Transformations...*, op. cit., pp. 255 y ss.

²⁶ ROBERT JAKSON, *The struggle for judicial supremacy. A study of a crisis in american power politics*, Vintage Books, New York, 1941, p. 320; asimismo, DAVID O'BRIEN, *Constitutional law and politics*, volumen I, *Struggles for power and governmental accountability*, Norton & Co., New York, 1991, pp. 475-482.

²⁷ SAMUEL KRISLOV, *The supreme court in the political process*, MacMillan, New York, pp. 85 y ss.; JOHN SCHMIDHAUSER, LARRY BERG, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968*, The Free Press, New York, 1972, pp. 12 y ss.

²⁸ BENJAMIN CARDOZO, *The nature of the judicial process* (1921), reeditado en Yale University Press, New Haven-London, 1991, pp. 142 y ss.; MAX LERNER, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court*, Arcade Publishing, New York, 1994, p. 61; MARTIN SHAPIRO, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, The

La crítica fundamental en torno a la posición del Tribunal Supremo frente al *New Deal* es divergente: para unos, primero, que el Tribunal Supremo controló discrecionalmente y anti-democráticamente las medidas gubernamentales que respondían a una decisión política, violando la no justiciabilidad de las *political questions*, autolimitación judicial que venía desde antes²⁹; y, para otros, posteriormente, que el Tribunal aplicó un activismo judicial político —*judicial political activism*— perdiendo su independencia judicial al terminar siendo controlado por el gobierno³⁰. Sin embargo, se podría señalar que, el Tribunal Supremo demostró que su rol judicial en una época de crisis y cambios estuvo más bien en función de la historia que del gobierno transitorio³¹, aunque posteriormente en etapas de estabilidad no siempre fuese así, como lo demostraría el Tribunal Burger³².

Otro caso significativo en el Derecho Constitucional Comparado fue el papel de control que tuvo el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando se plantearon cuestiones políticas, «*politischen Fragen*», en relación a algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica, después de la segunda guerra mundial³³. En este proceso, caracterizado por el milagro económico alemán y el celoso restablecimiento de las instituciones democrático-constitucionales, se presentó el caso de las «*politischen Fragen*» en la demanda constitucional de nulidad del artículo 2º de la Ley de Formación e Incremento de Precios —*Preisgesetz*— de 1948, que fue resuelta diez años más tarde por el Tribunal Constitucional³⁴, en una discutida resolución³⁵.

University of Georgia Press, Athen and London, 1988, pp. 73 y ss.; asimismo, EUGENE ROSTOW, «The democratic character of judicial review», en *HLR*, volume 66, 1952-1953, pp. 202 y ss.

²⁹ FELIX FRANKFURTER y JAMES LANDIS, *The business of the Supreme Court. A study of federal judicial system*, MacMillan, New York, 1928, pp. 310 y ss.; LOREN PETH, *Politics the Constitution and the Supreme Court. An introduction to the study of Constitutional Law*, Peterson & Co., New York, 1962, pp. 142 y ss. No obstante, para MERLO PUSEY, *The supreme court crisis*, Da Capo Press, New York, 1973, pp. 40 y ss., no existió en ese entonces realmente un mayor control judicial al gobierno que en otras épocas.

³⁰ MARTIN SHAPIRO, *Law and politics and the Supreme Court*, Press of Glencoe-MacMillan, London, pp. 1964, pp. 261 y ss.; asimismo, FRANK STRONG, *Judicial function in constitutional limitation of governmental power*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1997, pp. 151 y ss.

³¹ EDWARD CORWIN, *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*, P. Smith, New York, pp. 1950, pp. 168 ss. y 181 y ss.

³² ENRIQUE ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos», en *REDC*, vol. 1, núm. 1, pp. 287-299.

³³ FRIEDRICH KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und richtliche beurteilung politischen Fragen*, Verlag Aschendorff, Münster, 1966, pp. 5-36.

³⁴ BVerfGE, 8, 274 (Ley de Precios).

³⁵ WERNER WEBER, «Zur Gültigkeit des Preisgesetzes», en *DÖV*, 1957, pp. 33 y ss.; FRITZ GRÄBER, «Zur Frage der Zustimmungsgesetze», en *DÖV*, 1959, pp. 893 y ss.; asimismo, HELMUT RIDDER, «Preisrecht ohne Boden», en *AöR*, t. 87, 1962, pp. 311 y ss.

Lo delicado del caso era que, encontrando inconstitucional dicho artículo de la ley, de conformidad con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los magistrados les correspondía anularla por inconstitucional, con efectos *ex-tunc*³⁶; pero, que en base a dicha ley, el gobierno había llevado a cabo exitosamente parte de su programa de reconstrucción económica: controlando los precios, alquileres, arriendos, tasas y remuneraciones, para asegurar el consumo de bienes y servicios de toda la población; en virtud de lo cual, se habían celebrado y perfeccionado innumerables actos jurídicos contractuales. Es decir que se había generado una práctica continua y uniforme de aceptar dicha norma como legítima hasta su impugnación, que es cuando se puso en evidencia que era incompatible con la Constitución, a juicio de los magistrados constitucionales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe logró hacer armonizar los preceptos constitucionales con la continuidad y seguridad jurídicas, gracias a una interpretación máxima y subjetiva de la norma legal pero conforme a la Constitución³⁷. El fallo expresó que la ley todavía era constitucional, interpretada restrictivamente en un solo sentido y como regulación transitoria en una difícil situación económica y política, en vez de declarar nulo el artículo 2º de la Ley de Precios que hubiera sido la tarea más sencilla y quizás lo correcto formalmente. Pero, no fue así. Por el contrario el Tribunal se abrió a la doctrina de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, en virtud de la cual, de diversas posibilidades de interpretación de la ley, sólo mereció adoptar aquella que era conciliable con la Ley Fundamental de Bonn.

En efecto, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe señaló que: cuando una norma legal da lugar a ser interpretada de varias maneras, una inconstitucional y otra constitucional, deberá preferirse la interpretación que esté totalmente acorde con la Constitución, doctrina jurisprudencial que desde entonces subordinó a los fallos de la justicia ordinaria³⁸. En ese sentido, la ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada conforme a la Constitución; en razón a que se parte de la presunción a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de duda. De modo que, una ley sería nula

³⁶ MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag C.H. Beck. München, 1995 § 76 y ss.

³⁷ HORST EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *Problem der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse* (editores RALF DREIER y FRIEDRICH SCHWEGMANN), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976, pp. 182 y ss.; asimismo, OTTO BACHOF, «El juez constitucional entre derecho y política...», *op. cit.*, pp. 132 y ss.; DONALD KOMMERS, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*, Sage Publications, USA, 1976, pp. 69 y ss.

³⁸ NIKLAUS MÜLLER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Berr, 1980, pp. 89 y ss; RAMÓN PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 130 y ss.

sólo cuando materialmente fuese imposible interpretarla conforme a las normas constitucionales³⁹.

Es del caso señalar que, esta fórmula de interpretar la ley conforme a la Constitución estuvo inspirada precisamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el *New Deal* norteamericano, expresada por el juez Brandeis en su *dissenting opinion* en el caso *Ashwander versus Tennessee Valley Authority*, bajo la fórmula de la presunción de la constitucionalidad de la leyes, como un principio jurídico fundamental que condicionaba la interpretación jurídica tradicional⁴⁰. Pero, las cuestiones políticas han ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*politische Justiz*—, en la cual se ha visto compulsada para resolver casos políticos, como: la condena a los actos trroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo⁴¹

En cuanto, a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, ésta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social⁴², como en la lucha del Estado contra el terrorismo, en los cuales, se ha presentado el tema de las cuestiones políticas no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana, sino en clave de control material de la Constitución. Así, en la Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo planteado por la Mesa Nacional de Herri Batasuna (HB) contra el fallo de la Segunda Sala del Tribunal Supremo, que los había condenado por el delito de colaboración con la banda armada de ETA, al difundir durante la campaña a las elecciones generales del 3 de marzo de 1996 propaganda violentista de ETA. Con ese fallo, los veintitrés integrantes de la Mesa Nacional de HB obtuvieron su libertad, en la medida que el amparo fue concedido por el TC en base a que el principio de proporcionalidad de la pena fue violado por el legislador, en conexión con el derecho a la legalidad penal⁴³.

³⁹ KLAUS SCHLAICH, «El tribunal constitucional federal alemán», en FAVOREU, LUCHAIRE, SCHLAICH, PIZZORUSSO, ERMACORA, GOGUEL, RUPP, ZAGREBELSKY, ELÍA, OEHLINGER, RIDEAU, DUBOIS, CAPPELETTI y RIVERO, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 202 y ss.

⁴⁰ 297 U.S. 288, 56 S.Ct 466,80 L Ed. 688 (1936), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/\[t16795\]/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/[t16795]/pageitems=[body]).

⁴¹ BverfGE, 4, S. 24 ff., Urteil vom 1. August 1978; asimismo, AXEL GÖRLITZ (editor), *Politische Justiz*, Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1996, pp. 115 y ss.

⁴² ROBERTO BLANCO VALDÉS, «La política y el derecho: Veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2.º semestre, 1999, monográfico *El Tribunal Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 254 y ss.

⁴³ STC 136/1999 del 20 de julio de 1999, el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, en *La Ley*, núm. 5, 1999, pp. 1548-1560.

Hay que recordar que el contexto político de la expedición de esta sentencia estuvo inscrito en la tregua indefinida que anunció la ETA en setiembre de 1998; lo cual ha inducido a pensar que la sentencia del Tribunal fue políticamente correcta al dejar en libertad a los miembros de la Mesa Nacional de HB⁴⁴, pero que jurídicamente y socialmente resultó altamente discutible⁴⁵. En particular, por cuanto si bien los magistrados del TC dejaron a salvo la hermeneútica jurisdiccional del Tribunal Supremo, en tanto leales intérpretes del mandato legal que ordena condenar por el delito de colaboración con una banda armada, sostuvieron la inconstitucionalidad del fallo del mismo Tribunal Supremo, no por la falta de tipicidad del delito, sino por la falta de proporcionalidad de la sanción penal, dada por el legislador para el mencionado delito⁴⁶.

En efecto, el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo realiza un salto cualitativo en su tradicional argumentación jurisprudencial⁴⁷, al expedir una sentencia en la que realiza un enjuiciamiento de la ley en una suerte de advertencia de la inconstitucionalidad⁴⁸, al descalificar constitucionalmente la técnica legislativa del legislador de haber establecido una sanción penal desproporcionada con el bien jurídico protegido.

En ese entendido, el TC consideró que «la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación de desvalor que entrañan las conductas sancionadas... En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de pena desproporcionada, como directa consecuencia de la aplicación del Art. 174º bis a) Código Penal 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no in-

⁴⁴ JUAN MARÍA BILBAO UBILLO, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador», en *REDC*, año 20, núm. 58, enero-abril 2000, pp. 277-342; asimismo, J. M. PERRIS y P. J. CUESTA, «Comentario a la STC 136/1999, de 20 de julio (Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)», en *Revista La Ley*, núm. 4970, 14 de enero de 2000.

⁴⁵ JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», en *La Ley*, núm. 5, 1999, pp. 2053-2059.

⁴⁶ STC 136/1999..., *op. cit.*, pp. 1555-1556.

⁴⁷ En términos generales ver: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *REDC*, año 4, núm. 10, enero-abril, 1984, pp. 34-41.

⁴⁸ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 144 y ss.; asimismo, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», *REDC*, año 8, núm. 22, enero-abril, 1988, pp. 37-38.

corpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes»⁴⁹.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional de Madrid formuló un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de carácter sustantivo de la función legislativa, en aras de proteger los derechos fundamentales invocados por los recurrentes, en una suerte de activismo judicial *clásico* de la doctrina de las *political questions*. Esta misma corriente jurisprudencial aunque mucho más atemperada, se puede apreciar en los fallos del Tribunal Supremo sobre los secretos de estado, al convertir la desclasificación de los papeles del servicio secreto español —CESID—, en una cuestión de examen de constitucionalidad, aplicando en base a un activismo judicial *funcional* el test de los «conceptos judicialmente asequibles», entendidos como los límites previos que sirven para controlar los actos políticos del gobierno⁵⁰.

B) Jurisprudencia peruana

En cuanto al caso peruano, se puede señalar que dada la crisis económica de finales de la década de los ochenta, caracterizada por la hiperinflación, la vertiginosa pérdida de valor de los salarios y el rapaz incremento del costo de vida, el entonces recién electo Presidente Fujimori inició en 1990 un programa de reformas económicas neoliberales, mediante un *shock* económico, en base a las facultades legislativas derivadas, como a las competencias legislativas de urgencia del Presidente de la República que le reconocía la Constitución de 1979⁵¹.

Es del caso recordar que la Constitución de 1979 estableció en el Capítulo V Del Trabajo del Título I Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, un conjunto de principios y normas constitucionales que consagraron al trabajo como la fuente principal de la riqueza, además de considerar al trabajo como un derecho y un deber⁵². Asimismo, en el marco propio

⁴⁹ STC 136/1999..., *op. cit.*, p. 1558.

⁵⁰ JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES, «Los secretos de Estado en España; Jurisprudencia y teoría constitucional (I y II)», en *La Ley*, año XX, núms. 4762 y 4763, jueves 25 y viernes 26 de marzo de 1999, pp. 1-6 y 1-6, respectivamente.

⁵¹ ALBERTO BUSTAMANTE, «Perú: ¿Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?», en *LTC*, 12, CAJ-Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1996, pp. 213-215. En sentido crítico, MARION HÖRMANN, «Neoliberalismus a la Fujimori. Zum Verhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik in Peru», en *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, núm. 29, Institut für Iberoamerika-Kunde, Hamburg, 1995, pp. 36 y ss.

⁵² JAVIER NEVES (director), *Trabajo y constitución*, editorial Cuzco, Lima, 1989, pp. 56 y ss.

del Estado social de Derecho, la Constitución de 1979 definió al Perú como una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.

En tal sentido, correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para asegurar la eliminación de la pobreza y la igualdad de oportunidades en el empleo útil, así como también proteger al trabajador contra el desempleo y el subempleo⁵³. Más aún, la Constitución prohibía que en toda relación laboral existiese cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociesen o rebajasen su dignidad. El trabajo según la Constitución era objeto de protección del Estado, de modo que se consagró la estabilidad laboral en el empleo, la remuneración mínima vital, la jornada máxima de ocho horas diarias, los derechos de sindicación, huelga, negociación colectiva, entre otros.

No obstante lo establecido en la Constitución de 1979, en la primera etapa del gobierno de Fujimori a partir de 1990, se expedieron: el decreto de urgencia económica DS N° 057-90-TR, que limitó el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo, para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas; así también, las leyes 25334 y 25303 que establecieron restricciones a la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores y empleados de la administración pública.

De otro lado, el Poder Ejecutivo en virtud a la facultad legislativa delegada del Congreso dictó un conjunto de decretos legislativos, como: el Decreto Legislativo N° 650 que modificó el régimen de pensiones de los trabajadores, permitiendo que el sistema bancario y financiero privado captase obligatoriamente esos depósitos⁵⁴. El Decreto Legislativo N° 651 que transfirió al Gobierno Central la competencia constitucional de regular el transporte público de las municipalidades y liberalizar el precio del transporte público urbano e interurbano, entre otros⁵⁵.

⁵³ MAGDIEL GONZÁLES, «Los derechos económicos, sociales y culturales como normas constitucionales», en *La excepcionalidad en la Constitución*, ediciones UNSA, Arequipa, 1988, pp. 83 y ss.

⁵⁴ CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE, «Comentario sobre la sentencia del TGC relativa al decreto Legislativo N° 650», en *Thenis*, núm. 22, Lima, 1980; asimismo, en la misma revista: PEDRO MORALES, «La compensación por tiempo de servicios y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales», y ANÍBAL QUIROGA, «La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650».

⁵⁵ El Decreto Legislativo núm. 674, que limitó la actividad empresarial del Estado, en particular las actividades económicas de las empresas públicas. El Decreto Legislativo núm. 677, que privó de la participación en la propiedad, utilidad y gestión a los trabajadores de las empresas públicas y la restringió en las empresas privadas, único decreto contra el cual cincuenta mil ciudadanos —miembros de las comunidades industriales— interpusieron una acción de inconstitucionalidad. Asimismo, se dictaron: el Decreto Legislativo núm. 688, que in-

Por último, el gobierno de Fujimori avanzó en la llamada flexibilización del mercado de trabajo, eliminando la estabilidad laboral y desprotegiendo el trabajo, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 727, que promovió la inversión privada en la construcción, excluyendo a las empresas constructoras de las obligaciones laborales señaladas en la Ley N° 25202; Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical, respecto de la cual el Tribunal de Garantías Constitucionales había desestimado una acción de inconstitucionalidad en 1989⁵⁶.

Con estas leyes, entre otras normas, se configuró el paquete legislativo dictado por el Poder Ejecutivo⁵⁷ que dio lugar a la interposición de quince nuevas acciones de inconstitucionalidad. La mayoría fueron planteadas por la oposición parlamentaria, siendo resueltas sólo cinco de ellas hasta antes de que fuera clausurado el Tribunal, por el autogolpe de Estado de Fujimori del 5 de Abril de 1992. Una, el decreto de urgencia económica antes mencionado fue declarado inadmisibile, porque a pesar de tener fuerza de ley, no era pasible del control constitucional abstracto al no estar en la relación de normas legales contra las que permitía taxativamente la Constitución de 1979 interponer una acción de inconstitucionalidad, según el voto de la

corporó a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas. El Decreto Legislativo núm. 718, que creó un sistema privado de pensiones, complementario del sistema público de pensiones, administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. El Decreto Legislativo núm. 727, que creó las administradoras privadas de fondos de pensiones. El Decreto Legislativo núm. 728, Ley de Fomento al Empleo, que igualmente aseguró la reducción de los costos del trabajador en favor del empresario. Y finalmente, dentro de ese paquete de decretos legislativos, el gobierno aprovechó para dar el Decreto Legislativo núm. 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, con artículos constitucionalmente controversiales contra los cuales se planteó una acción de inconstitucionalidad.

⁵⁶ TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202*, Arequipa, 13-9-90, fs. 16-17. En efecto, al amparo del principio del Estado social y al sistema de valores que contiene, la sentencia estipuló que «la ley veinticinco mil doscientos dos debe considerársele como uno de los elementos jurídicos del nuevo modelo de Estado que propugna la Constitución. No se le debe ver con criterios del liberalismo de fines del siglo XIX y comienzos del presente; porque, en todo caso, los derechos que se consignan en el Capítulo V del Título I de la Constitución del 79 se inspiran en el constitucionalismo social que nace con la Constitución Mejicana de Querétaro, se ensancha con los nuevos aportes constitucionales que aparecen después de la Primera Guerra Mundial para consagrarse definitivamente como derechos sociales elevados a la jerarquía constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que resulta irreverente apreciar a la norma legal cuestionada con criterios civilistas y privatistas, como si se tratara de un precepto de derecho civil, cuando en realidad, se trata de una norma jurídica de Derecho Social, donde la voluntariedad civil no tiene la misma trascendencia que la voluntad social».

⁵⁷ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La reforma del Estado en el Perú...», *op. cit.*, pp. 24 y ss.; asimismo, JOSÉ DEL CASTILLO (compilador), *Los decretos del nuevo Perú*, dos tomos, ADEX, Lima, 1992.

mayoría de los magistrados del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales; esto, en desmedro de la opinión de la doctrina nacional y comparada que había planteado la necesidad del control constitucional de los decretos de urgencia mediante la acción de inconstitucionalidad⁵⁸.

Sin perjuicio del caso señalado, de las quince sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad que expidió el Tribunal de Garantías Constitucionales entre 1982 y 1992, sobresale en el primer período (1982 a 1990) el caso de la Ley de la Bolsa de Trabajo y, en el segundo período el caso de la liberalización de las tarifas de transporte público; debido a que en ambos casos, se puso en tensión la política y el derecho, a través del conflicto de dos modelos jurídicamente distintos de ordenación social: uno, del Tribunal de Garantías Constitucionales caracterizado por priorizar la cuestión social y la redistribución del poder, y; otro, del gobierno basado en la subordinación de lo social al capital y, en la concentración del poder. En otras palabras en estas sentencias se puede apreciar con claridad, los fundamentos jurídicos encontrados que sostienen el modelo de Estado social y el modelo del Estado neoliberal. Cuestiones políticas implícitas que fueron resueltas en el marco de la Constitución y de las leyes, por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Pero, por otro lado, estos casos pusieron de manifiesto en un período de transición política, la falta de acuerdo político entre el gobierno y la oposición, entre otros temas, sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo y el Decreto Legislativo sobre la liberalización de las tarifas de transporte público. Apareciendo el TGC a partir del segundo período (1990 a 1992) como la válvula de escape a la falta de consenso político en el seno del poder⁵⁹. Así, ante el abuso del Poder Ejecutivo las minorías parlamentarias encontraron en el TGC una instancia de canalización de su oposición extra-parlamentaria llevada en términos jurídicos, mediante las acciones de inconstitucionalidad.

En este ambiente, algunos conflictos políticos irresueltos entre el gobierno y la oposición fueron transferidos al TGC como cuestiones políticas, como ha ocurrido en otras experiencias⁶⁰, convirtiéndose la tensión socio-económica del proceso político en una tensión constitucional en sede judicial del TGC, donde los magistrados actuaron unas veces como instru-

⁵⁸ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La Constitución en el péndulo*, UNSA, Arequipa, 1996, p. 104; asimismo, GERARDO ETO, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, ediciones Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992, p. 27.

⁵⁹ CÉSAR LANDA, «La sentencia del tribunal de garantías constitucionales sobre la constitucionalidad de la ley de la bolsa de trabajo y los principios de la igualdad y libertad», en *Derecho*, núm. 45, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, pp. 433 y ss.; asimismo, revisar CÉSAR LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, op. cit., pp. 111-127.

⁶⁰ JOSÉ LUIS CASCAJO, «Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional», en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Monografías, 4, Madrid, 1986, pp. 14 y ss.

mentos de control, otras menos como órgano de poder del Estado⁶¹ e incluso como órgano del gobierno; pero, en cualquiera de los casos, se pusieron en evidencia los álgidos conflictos de intereses, entre el modelo del Estado social de la Constitución de 1979 y el modelo inconstitucional del Estado neoliberal del gobierno de Fujimori. Esta tensión fue resuelta por el TGC en favor de la supremacía constitucional del primero y fue motivo de la confrontación del Poder Ejecutivo y de sus voceros, primero contra los magistrados del TGC y su interpretación constitucional; y, luego, contra la propia existencia de la justicia constitucional.

Es así que, el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, como ya se ha señalado ejerció su rol de defensa constitucional, en particular como defensor del modelo constitucional del Estado social⁶², declarando inconstitucionales tres decretos legislativos del Presidente: a) La ley de liberalización del precio del transporte público, b) La ley de restricción a la actividad de las empresas públicas, y empleados de la administración pública y limitación de las indemnizaciones de los trabajadores, y c) La ley que también anulaba la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores públicos⁶³.

En este caso, el Tribunal asumió la defensa objetiva y material del *status quo* constitucional, sin llegar a matizar sus decisiones a partir de concebir un rol no sólo de órgano judicial, sino también de órgano constitucional consciente de la incidencia directa de sus sentencias en el proceso económico y por ende político. En ese entendido, la crítica fundamental del gobierno al Tribunal de Garantías fue que éste al estar integrado por magistrados apristas controló discrecionalmente y anti-democráticamente las medidas económicas del Presidente que respondían a una decisión material de urgente saneamiento de la economía, poniendo en peligro el proceso de reformas; y, para otros, que el Tribunal aplicó un activismo judicial social —*judicial social activism*— que el gobierno y sus voceros la asumieron como una afrenta a su política neoliberal. Sin embargo, se podría señalar que, en una etapa de cambios radicales el Tribunal de Garantías Constitucionales demostró que su rol judicial estuvo más cerca de los postulados de la Constitución de 1979, que de la obsecuencia política al gobierno de Fujimori.

Es cierto que los magistrados constitucionales adoptaron una postura de defensa del *status quo* social que la Constitución consagraba, pero, aplicando, por un lado, estrechos criterios positivistas y, por otro lado, fundamen-

⁶¹ JORGE REINALDO VANOSI, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982, pp. 292-293.

⁶² CÉSAR LANDA, «El proceso de formación contemporánea del Estado peruano», en AA.VV., *La Constitución diez años después*, ICS, Lima, 1989, pp. 56 y ss.

⁶³ CÉSAR LANDA, «Del tribunal de garantías al tribunal constitucional», en *Pensamiento Constitucional*, 1995, pp. 80 y ss.

tándose en un decisionismo social, sin darle importancia a los argumentos o métodos jurídico-constitucionales. Pero, desde el punto de vista gubernamental, lo claro era que el TGC constituía un obstáculo y un freno al desarrollo de las reformas económicas y laborales de liberalización. Ello dio lugar a una respuesta política de Fujimori, que se plasmaría en la inconstitucional clausura del TGC, con el autogolpe de Estado de 1992⁶⁴.

Clausura del organismo jurisdiccional encargado del control concentrado de la Constitución, que se reproduciría parcialmente en 1996, con motivo de la destitución de tres magistrados constitucionales, pero esta vez por cuestionar una decisión política fundamental del gobierno, la ley de la reelección presidencial de Fujimori, en tanto que la declararon inconstitucional⁶⁵. Por eso, es del caso apuntar que, en esta oportunidad, el accionar del gobierno en contra de la jurisdicción constitucional, se debió a causas políticas, antes que económicas, sin perjuicio de que el TC declarase inconstitucionales también algunas leyes económicas —inembargabilidad de los bienes del Estado, restricciones a las pensiones de jubilación y a la previsión social—⁶⁶, lo cual, no fue óbice para que la mayoría parlamentaria dictase, la Ley N° 26756 que desconoció la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, en el caso de los bienes embargables del Estado⁶⁷.

Por ello, se puede decir que, en esta segunda oportunidad el accionar del TC, por un lado, agudizó su postura teleológica, pero, por otro lado, lo hizo bajo una concepción positivista de la norma constitucional. En tal sentido, la reflexión fundamental para proceder al control constitucional de la ley de la reelección, se justificó en que: como había mayoría pero no lle-

⁶⁴ ALBERTO FUJIMORI, «Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992», diario *La República*, edición de Lima, 5 de junio de 1992, p. 4; asimismo, AA.VV., *La democracia en cuestión*, Centro Norte Sur, Universidad de Miami, CPES, IEP, Lima, 1993, pp. 26-43; asimismo, CHARLES KENNEY, «¿Por qué el autogolpe?», en FERNANDO TUESTA (editor), *Los enigmas del poder*, Fundación F. Ebert, Lima, 1997, p. 97.

⁶⁵ MANUEL AGUIRRE ROCA, «Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...», *op. cit.*, pp. 115 y ss.; asimismo, CÉSAR LANDA, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, año IV, núm. 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 245 y ss.

⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, que modifica el Art. 648° del Código Procesal Civil», en el diario *El Peruano*, edición del viernes 7 de marzo de 1997, pp. 147446 y ss.; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D. L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS», en el diario *El Peruano*, edición del sábado 26 de abril de 1997, pp. 148807 y ss.; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado», en el diario *El Peruano*, edición del sábado 26 de abril de 1997, pp. 148813 y ss.

⁶⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Resolución Defensorial N° 62-98/DP*, Lima, 26 de octubre de 1998, pp. 9; publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de octubre de 1998.

gaban a reunir seis votos conformes de los siete magistrados para declarar dicha ley inconstitucional, se podía pasar a utilizar otro sistema de votación para realizar el control difuso de constitucionalidad, que demandaba solamente mayoría simple de votos. Poniendo en evidencia que, el *quid* fundamental para la resolución de este caso, se basó en el decisionismo judicial propio de la interpretación positivista y/o iusnaturalista, que son las dos caras de una misma moneda⁶⁸, en tanto que sustituye a la voluntad del legislador por la voluntad del juez; aunque, sea para defender la Constitución, como fue en el presente caso.

Pero, donde el Tribunal establece claramente su jurisprudencia sobre las *political questions* es en la sentencia que dicta sobre el recurso de amparo extraordinario interpuesto por los magistrados Revoredo, Rey y Aguirre contra la sentencia de la Corte Suprema que denegó la acción de amparo contra la decisión del Congreso, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos⁶⁹.

Pues bien, el Tribunal Constitucional actuando inconstitucionalmente con sólo cuatro de sus miembros de los siete que dispone el artículo 201° de la Constitución, debido a la expulsión de los tres magistrados mencionados, señaló en dicha sentencia que: «si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como «political questions» o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta trasgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado democrático de derecho o el debido proceso material, es un

⁶⁸ PETER HÄBERLE, «Verfassungstheorie ohne Naturrecht», en la obra del autor *Verfassung als öffentliche Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 93 y ss.

⁶⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, «Acusación del señor congresista Enrique Chirinos Soto, presidente de la subcomisión acusadora contra cuatro señores magistrados del Tribunal Constitucional, realizada en sesión plenaria del Congreso efectuada el día 28 de mayo de 1997», en *Pensamiento Constitucional*, año IV, núm. 4, anuario de la Maestría en Derecho Constitucional, PUCP-Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 421 y ss.; asimismo, *El Comercio*, «Magistrados del Tribunal Constitucional denuncian represalias, por haber declarado inaplicable ley sobre reelección presidencial. Rechazan pedido de acusación en su contra», edición del 7 de mayo de 1997, sección A, p. 1.

hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional»⁷⁰.

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

De la sentencia es importante remarcar el considerando en el que se sostiene que: es justiciable en sede constitucional un acto privado del Congreso que viole la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho, el debido proceso —material—, en la medida que, el fallo establece un parámetro incipiente pero importante de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, es igualmente criticable que dicho criterio de control constitucional no lo hayan aplicado para evaluar precisamente si la decisión del Congreso de destituir a sus tres colegas se ajustó o no a los principios de razonabilidad, Estado de Derecho o debido proceso. Por cuanto, la línea argumental de la sentencia trasluce una defensa retórica de la Constitución, para luego consagrar arteramente la prevalencia de la decisión política parlamentaria, sin posibilidad real de control constitucional razonable alguno⁷¹.

En conclusión, se puede señalar que la jurisdicción constitucional comparada —alemana, norteamericana y española— han sabido transitar o lo están haciendo con mayor creatividad y profundidad jurisprudencial los grandes desafíos del gobierno en épocas de crisis, aunque la tercera de manera más accidentada que la primera y la segunda. Pero, el éxito de esas transiciones judiciales democráticas, entre otras cosas, esta íntimamente vinculada a los criterios jurídicos razonables que han construido ante la insuficiencia normativa de la Constitución y la necesidad de solventar jurisprudencialmente situaciones políticas álgidas⁷². Este proceso aún no realizado por el Tribunal Constitucional del Perú, sin embargo, muestra las posibilidades jurisprudenciales para establecer un test para casos difíciles o decisiones judiciales límite, cuando se supere su actual funcionamiento inconstitucional.

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC*, y *Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, viernes 25 de septiembre de 1998, pp. 1221 y 1224-1225.

⁷¹ ÁNGEL CARRASCO PERERA, «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», en *REDC*, año 4, núm. 11, CEC, Madrid, 1984, pp. 39-105.

⁷² AHARON BARAK, *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven and London, 1989, pp. 222-233; asimismo, DONALD KOMMERS, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

3. TEST Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

En los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, los casos judiciales límite, por sus dificultades de resolución a base de una simple aplicación o interpretación tradicional de la Constitución, han dado lugar a la incorporación de nuevas reglas o test judiciales, que eran propios del Derecho Penal o del Derecho de Responsabilidad Civil, a fin de otorgar razonabilidad a las decisiones judiciales constitucionales límite⁷³. No obstante, en épocas de crisis y cambio social, también se ha escuchado radicales opiniones como la del juez Hughes (1907): «nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es»; como también se ha sostenido la posición contraria del juez Harlan, quien en 1970 señaló en su voto concurrente y discrepante que «cuando el Tribunal no considera la expresa intención y concepción de los constituyentes, se ha invadido el campo de la política que tiene asignado el poder reformador de la Constitución y, se ha violado los fundamentos constitucionales que es su más alto deber de protección»⁷⁴.

Estas posiciones extremas que se repiten en otras latitudes, sólo expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica usualmente con su adicción al poder político, y; por el otro, el positivismo judicial formalista que fosiliza al Derecho Constitucional alejándolo de la realidad⁷⁵. Frente a estas dos formas de mentalidad judicial contrarias en sus fundamentos, pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, hay que oponer una teoría del control judicial basada en un pensamiento constitucional *posible*⁷⁶, que no pretenda poseer la verdad de la justicia constitucional, ni que considere banal su búsqueda. En ese sentido,

⁷³ JAMES B. THAYER, «The origin and scope of the american doctrine of constitutional law», en *HLR*, vol. VII, núm. 3, 1893-1894, pp. 1129-156; asimismo, JONATHAN MILLER, «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia», en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, p. 922.

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

⁷⁵ RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio...*, op. cit., p. 209 y ss.; asimismo, NORBERTO BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Giappichelli Editore, Turin, 1993, pp. 237 y ss.

⁷⁶ PETER HÄBERLE, «Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens», en *AÖR*, 102 (1977), pp. 29 y ss.; asimismo, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Comunidad de Madrid, Madrid, 1995, pp. 16 y ss.

«no deben olvidarse ni por un momento las consecuencias generales que el extremismo, de un lado, y la moderación, de otro, tienen sobre la vida social... La cuestión, bien entendida, es saber si las ciencias sociales no deberían empeñarse en la búsqueda de soluciones sensatas a los problemas sociales y si la moderación no será más razonable que el extremismo»⁷⁷.

Corresponde, pues, recuperar el viejo concepto de la *juris prudentia*, frente a la *scientia juris*. En tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los valores y principios constitucionales; frente a la segunda que encuentra en la racionalidad formal normativista el único camino para la comprensión de la Constitución. Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio de verdadero/falso de manera excluyente, de acuerdo a la lógica maniquea del *entweder - oder* o «dentro o fuera»; la *juris prudentia* busca más bien acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que contemporáneamente se denomina juicio de razonabilidad⁷⁸.

Ello se hace imprescindible en el Perú, ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia constitucional de controlar los actos políticos del legislador o del gobierno, que unas veces son más sutiles y otras veces más inescrupulosos en su infracción constitucional. Por ello, se requiere partir de concebir no sólo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que dan validez a la misma⁷⁹. Esto nos lleva a postular parámetros constitucionales de interpretación para la norma legal impugnada, a partir de reconocer el marco valorativo que fundamenta a la Constitución, dado el carácter abierto del texto constitucional, en función del cual los magistrados deberían interpretar la Constitución, como una norma producto del proceso público y no como el resultado de la voluntad personal⁸⁰.

⁷⁷ LEO STRAUSS, *Naturrecht und Geschichte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1977 p. 73; asimismo, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 14-15.

⁷⁸ KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983, p. 49; PETER HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 108-129; LAWRENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law...*, op. cit., pp. 106-107; ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 203 y ss.; asimismo, ÁNGEL CARRASCO PERERA, «El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional», en *REDC*, año 4, núm. 11, CEC, Madrid, 1984, pp. 39 y ss.

⁷⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional (Su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, pp. 167 y ss.; CHROSTOPHE GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, L.G.D.J., Paris, 1982, pp. 49 y ss.; HELMUT SIMON, «Jurisdicción Constitucional», en *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, Madrid, 1996 pp. 850 y ss.; asimismo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 100 y ss.

⁸⁰ PETER HÄBERLE, *Verfassung als öffentliche Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft...*, op. cit., pp. 121-152.

En ese sentido, tanto el texto jurídico como el sistema de valores en que se basa la Constitución, constituyen la norma suprema en la medida que representan una manifestación de los institutos u órdenes concretos que anidan previamente en la sociedad civil⁸¹; en virtud de lo cual, tiene carácter vinculante para los poderes públicos, instituciones y ciudadanos y, en consecuencia, son inmunes a las normas legales y decisiones políticas del legislador o del Presidente que las infrinjan. Esta supremacía constitucional, sin embargo, tiene matizaciones y distinciones, dada la amplia textura normativa del propio texto constitucional, como de sus presupuestos materiales, que se encuentran en el preámbulo, las declaraciones finales, las normas de principios, derechos, garantías, así como, en las normas orgánicas y competenciales⁸².

Por ello, si bien el ámbito de control de la justicia constitucional es sobre toda la Constitución, éste se concreta en la forma de declaración de inconstitucionalidad de una ley. Para lo cual, la argumentación de la interpretación constitucional debe obedecer: por un lado, a la ponderación de la textura de todos los contenidos constitucionales, que operan desde el preámbulo, pasando por las normas de contenido, organización y procedimiento, hasta las declaraciones finales⁸³, y; por otro lado, a criterios y grados de intensidad del control constitucional más amplios, en función de la naturaleza de la ley —general o singular—, alcances de la ley —regulatoria, interpretativa, dispositiva, etc.—, así como al grado de confianza o desconfianza con que cuenta el legislador⁸⁴.

Sin embargo, esta forma de control constitucional tiene límites funcionales para no traspasar el principio de división y balance de poderes, en tanto que «la vinculación de los jueces a la ley es un punto angular en el sistema de división de poderes»⁸⁵. En ese sentido, los jueces cuentan con parámetros generales de control jurisdiccional que deben materializar, pro-

⁸¹ CARL SCHMITT, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanserscher Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, pp. 11-40.

⁸² OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, pp. 842 s.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 68 y ss.

⁸³ KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung*, Verlag C.H. Beck, München, 1977, pp. 61-78; IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, pp. 28 y ss.

⁸⁴ KURT EICHENBERGER, «Gesetzgebung im Rechtsstaat», en *VVRDSiRL*, 40, 1982, pp. 13 y ss.; asimismo, HELMUT SIMON, «Jurisdicción Constitucional...», op. cit., pp. 851 s.

⁸⁵ OTTO BACHOF, *Der Richter als Gesetzgeber?*, en el compendio de ensayos del mismo autor *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, 1979, p. 344.

tegiendo y promoviendo las siguientes finalidades y funciones constitucionales de toda Carta Magna: ordenar, estabilizar, judicializar, integrar, limitar y controlar al poder, así como, establecer los principios organizativos del Estado y promover los fines materiales del Estado mediante disposiciones jurídicas que permitan actuar a los ciudadanos en el marco del Estado; todo ello, claro esta, para proteger los derechos fundamentales y en particular las garantías jurídicas de la libertad y la autonomía de la persona⁸⁶.

En particular, los jueces constitucionales deben cumplir tres funciones esenciales en su actuación jurisdiccional constitucional: a) la función valorativa, en la medida que enjuician una ley declarándola constitucional o inconstitucional; b) la función pacificadora, en virtud de la cual clausura un proceso constitucional con calidad de cosa juzgada, y; c) la función ordenadora, en tanto su fallo adquiere plenos efectos frente a todos los poderes públicos y particulares⁸⁷.

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

A) Ponderación judicial

En las democracias estables tanto la autolimitación judicial —*self-restraint*— como el activismo judicial funcional y extraordinariamente el activismo judicial clásico han constituido la regla para asumir los procesos constitucionales con un abierto contenido político⁸⁸. Pero, este baremo no debe ser rígido, sino que los matices dependen de la naturaleza del proceso concreto; en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo no sólo jurisdiccional, sino también constitucional y político del Estado⁸⁹ que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo político, social y económico de la sociedad. En esta medida la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y social; por ello resulta impropio plantear la despolitización —*Entpolitisierung*— de las

⁸⁶ KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, op. cit., p. 62.

⁸⁷ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional...*, op. cit., pp. 114-121.

⁸⁸ ELISEO AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 ss. y 171 ss.; KONRAD HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en PETER HÄBERLE y ALEXANDER HOLLERBACH (editores), *Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften*, C. F. Müller, Tübingen, 1984, pp. 311-322; asimismo, HANS-PETER SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *REDC*, año 2, núm. 5, CEC, Madrid, 1982, pp. 42-54.

resoluciones de la justicia constitucional; ya que estas tendrán por sí solas legitimidad cuando hayan adquirido, no sólo autoridad legal —*ius imperium*—, sino también autoridad jurídica —*auctoritas*— y aprobación social —*potestas*—.

En este sentido, para resolver idóneamente un conflicto político expresado en una ley o en un acto de gobierno, no se necesita de una sentencia igualmente política, sino jurídica, porque en lugar de controlar la vigencia de la Constitución, los jueces constitucionales estarían convirtiéndose en dueños de la misma⁹⁰. Por eso, en principio, cuando no haya disposiciones constitucionales acerca de los alcances de la facultad discrecional de los jueces, ni límites de lo justiciable, que previamente establezcan normas concretas y vinculantes que limiten a la jurisdicción constitucional, cabe plantear en casos políticamente álgidos, la problemática de los alcances del control de la jurisdicción constitucional en un determinado proceso, a partir de la autolimitación judicial —*judicial self-restraint*— como regla⁹¹, siempre que el sistema ofrezca otros controles democráticos en sede política y administrativa.

Sin embargo, en gobiernos con democracias e instituciones débiles, «las normas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la interpretación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley»⁹². Lo cual si bien da pábulo para un activismo judicial clásico, no hay que olvidar que desde esta perspectiva, en la tensión entre la política y el derecho, el órgano judicial paradójicamente se estaría debilitando si no puede subordinar con legitimidad constitucional al poder político, a través de sus sentencias.

En ese entendido, la regla inicial no es fija sino variable, va desde la autorestricción judicial hasta el activismo judicial clásico y funcional, de acuerdo a la naturaleza del caso político y a las circunstancias políticas, sociales o económicas que rodeen al mismo; así, pues, la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, alemana y española, muestra que la jurisdic-

⁸⁹ CÉSAR LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, *op. cit.*, pp. 127-135 y pp. 222-237.

⁹⁰ OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...», *op. cit.*, p. 842; asimismo, PEDRO DE VEGA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución», en *REP*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 117 y ss.

⁹¹ KONRAD HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...», *op. cit.*, pp. 313 y ss.; asimismo, RAOUL BERGER, «Government by judiciary...», *op. cit.*, pp. 466 y ss.

⁹² OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...», *op. cit.*, p. 843; asimismo, RONALD DWORKIN, *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 265 y ss.

ción constitucional en esos países ha sabido mantener y asegurar su legitimidad, gracias al *self-restraint*⁹³, pero que ha podido avanzar y coadyuvar al desarrollo político y social de sus sociedades, gracias al *judicial activism*⁹⁴. Por eso, es importante establecer un balance entre ambos sistemas, tendiente al ejercicio de un activismo judicial *funcional*, que este de acuerdo con las etapas por las que atraviesen las democracias mínimas, como la que se ha instalado en el Perú, con la re-reelección presidencial de Fujimori en abril del 2000.

B) Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales constituyen límites materiales que no pueden ser sobrepasados por el Tribunal Constitucional en su apreciación de las causas políticas, ya sean entendidas como materia justiciable o no justiciable. En la medida que, son expresión de una estructura valorativa en la que se funda el pacto constitucional. Este *ethos político* democrático, se basa en los principios de la voluntad popular y del respeto a la libertad, como elementos constitutivos de la comunidad política⁹⁵. En la medida que estos valores fundamentales se transforman en principios constitucionales, adquieren contenidos jurídicos no menos vinculantes; así se convierten el valor libertad en los derechos de la libertad y la voluntad popular en una forma de gobierno democrática, los mismos que irán asumiendo atributos normativos, en función del desarrollo legislativo del legislador o de los actos políticos o de Gobierno y del control judicial que de ellos haga la justicia constitucional⁹⁶.

⁹³ ALEXANDER BICKEL, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven and London, 1986, pp. 133-144; asimismo, KURT HELLER, «Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes», en *ÖsterrZöJfR*, 39, 1988, pp. 89-136; asimismo, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional...*, op. cit., pp. 72 y ss.

⁹⁴ STEPHAN WASBY, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Nelson-Hall Publisher, Chicago, 1988, pp. 10 ss. y 299 ss.; ARTHUR GOLDBERG, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court*, Northwestern University Press, Illinois, 1971, pp. 67 y ss.; PHILIP KURLAND, *Politics the constitution and the Warren court*, The University of Chicago, Chicago and London, 1970 pp. 191 y ss.; JOHN SCHMIDHAUSER, LARRY BERG, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968*, The Free Press, New York, 1972, pp. 17 y ss.

⁹⁵ CARL FRIEDRICH, *La democracia como forma política y forma de vida...*, op. cit., Tecnos, Madrid, 1966, p. 104; asimismo, PEDRO DE VEGA, *En torno a la legitimidad constitucional*, en UNAM, México, 1988, pp. 807-811; asimismo, LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma, 1996, pp. 957 y ss.

⁹⁶ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden,

Como es de entender, la interpretación de los derechos fundamentales como igualdad, dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, Estado social, bien común, bienestar, economía social de mercado, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos, en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo que no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez, sino que tienen una validez funcional, en la medida que el juez constitucional debe asumir una interpretación como válida, entre todas las posibles constitucionalmente, la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos⁹⁷. Claro está que esa función pacificadora sólo se logrará, cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador, el Gobierno y la opinión pública acepte sus decisiones. Ello es factible, siempre que el Tribunal Constitucional ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable⁹⁸.

Es ilustrativo destacar que la justicia constitucional comparada ha desarrollado y también ha establecido límites al control constitucional, mediante la concretización de los valores constitucionales y la creación de ciertas técnicas, para la tutela de los derechos fundamentales —*Wertjurisprudenz*—⁹⁹, la preferencia de los derechos personales sobre los derechos patrimoniales —*preferred freedoms*—¹⁰⁰, o, la técnica de los conceptos judicialmente asequibles, entendido como aquellos límites previos que tienen por finalidad controlar los actos políticos del gobierno¹⁰¹. Lo que ha dado lugar a un gran desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, de la justicia constitucional, proceso en el cual, se han establecido como reglas básicas: la presunción de constitucionalidad de una ley, evitando declararlas nulas y previniendo las consecuencias de sus fallos, así como, el respeto a las valoraciones, pronósticos y fines políticos que establece el le-

1985, pp. 130 y ss.; asimismo, PETER HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

⁹⁷ KONRAD HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...», *op. cit.*, p. 314.

⁹⁸ KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 37; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 30 y ss.; asimismo, ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la constitución...*, *op. cit.*, pp. 277 ss. y 302 ss.

⁹⁹ BverfGE 6, 32; BverfGE, 7, 198; BverfGE 27, 1, 6.; BverfGE 35, 79, 114; 34, 269, 280, y; BverfGE 35, 57, 65; 21, 362, 372.

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

¹⁰¹ JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES, «Los secretos de Estado en España; Jurisprudencia y teoría constitucional (II)», en *La Ley*, año XX, núm. 4763, viernes 26 de marzo de 1999, pp. 2-5.

gislador en la ley¹⁰²; así como, también, el principio democrático, en virtud del cual en todo Estado de Derecho esta prohibida la arbitrariedad de los poderes públicos, poniendo fin a las llamadas «inmunidades del poder»¹⁰³. En este sentido, los actos del poder y quienes lo ejercen siempre están sujetos a responsabilidad no sólo judicial, sino política y administrativa¹⁰⁴.

C) Libre configuración de la ley por el legislador

Que el Tribunal Constitucional asuma una cuota de definición de los asuntos de interés público, mediante el control jurídico de las decisiones políticas del poder legislativo o de los actos políticos del gobierno, no significa que intervengan en la esfera reservada al gobierno de tomar decisiones políticas o al legislador de hacer de la ley un instrumento de dirección política —*politische Führungsinstrument*—¹⁰⁵, como tampoco, que asuma una posición subordinada sin posibilidad de reorientar su actividad legislativa o gubernamental. En la medida que el principio de la división clásica de poderes, propio de la época del otrora principio del Parlamento como primer poder del Estado, ha cedido paso al principio del gobierno mixto¹⁰⁶ de control y balance de poderes¹⁰⁷, ya no cabe pensar en compartimentos

¹⁰² HELMUT SIMON, «Jurisdicción Constitucional...», *op. cit.*, p. 854 y ss.; asimismo, OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...», *op. cit.*, pp. 845-849.

¹⁰³ PETER BADURA, «Verfassung und Verfassungsgesetz», en *Festschrift für Ulrich Scheuner, zum 70. Geburtstag* (H. EHMKE, J. KAISER, W. KEWENIG, K. MEESEN, W. RÜFER, editores), Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pp. 22 y ss.; KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁰⁴ PIERRE AVRIL, «Pouvoir et responsabilité», en *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*, L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 9-23; GIORGIO BERI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, CEDAM, 1994, pp. 49 ss. y, 337 ss.; FRANCESC PAU I VALL (coordinador), *Parlamento y control del gobierno*, Aranzadi, 1998, pp. 213 y ss.; C. ZOETHOUT, G. VAN DER TANG, P. AKKERMANS (editores), *Control in constitutional law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 222.

¹⁰⁵ THOMAS ELLWEIN, ALEX GÖRLITZ y ANDREAS SCHRÖDER, *Parlament und Verwaltung*, tomo I, *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967, pp. 24 ss. y 57 ss.; asimismo, FRIEDRICH SCHÄFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, Grote, 1980, pp. 10 y ss.

¹⁰⁶ KONRAD HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...», *op. cit.*, p. 315; M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967, pp. 71 y ss.; asimismo, MAURO CAPPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», en *REDC*, núm. 17, 1986, p. 33.

¹⁰⁷ HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», *RDJ*, 1928, Paris, p. 225; CARL FRIEDRICH, *Constitutional government and politics*, Harper & Brothers publishers, London, 1937, pp. 144 y ss.; asimismo, HERMAN FINER, *The theory and practice of modern government*, Methuen & Co., London, 1961, pp. 94 y ss.

públicos estancos; porque «tan sólo en un sistema equilibrado de controles recíprocos pueden equilibrarse, sin peligro de la libertad, un poder legislativo fuerte, un poder ejecutivo fuerte, y un poder judicial fuerte»¹⁰⁸.

La determinación del contenido de la ley es una competencia positiva que la decide el legislador bajo criterios constitucionales, materia propia de la reserva de la ley, como instrumento de la formación de la voluntad política¹⁰⁹; pero, el control constitucional de dicha ley, es materia de legislación negativa del juez constitucional, siempre que se hayan vulnerado los parámetros constitucionales justiciables¹¹⁰. Al respecto es del caso, también, dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, en la medida que entre ambas hay un baremos de posibilidades de actuación judicial, que son las que otorgan sentido real a la posición del Tribunal Constitucional frente a su rol de control constitucional de los actos legislativos, como también de los actos políticos del Gobierno. La Constitución sigue siendo una norma jurídica suprema que hace justiciable a la ley¹¹¹; más aún, en tiempos en que ley no es toda decisión política que adopta el Parlamento, como tampoco, sentencia no es toda resolución que adopta el Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, si la ley del Congreso ya no es —como regla—, una norma general, abstracta e intemporal, sino, por el contrario, una disposición particular, concreta y temporal; no es razonable que se excluya a la justicia constitucional de realizar el control de las mismas, en función de una peregrina concepción formal de la justicia —*justizförmig*—; por cuanto, muchas veces, esas leyes-medida presuponen una decisión específica ya adoptada por el legislador, cuando les corresponden a las jurisdicciones comunes o especializadas decidir judicialmente. Con ello, se plantea el problema según el cual los jueces del Tribunal Constitucional ya no pueden asumir un rol tradicional de jueces objetivos y dependientes exclusivamente de la ley general, sino, que deben convertirse en magistrados controladores precisamente de las leyes, en tanto portavoces o intérpretes supremos de la Constitución¹¹².

¹⁰⁸ MAURO CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 613.

¹⁰⁹ HANS-PETER SCHNEIDER y WOLFGANG ZEH (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, pp. 993 y ss.; FRIEDRICH SCHÄFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung...*, op. cit., pp. 21 y ss.; asimismo, ver SEGUNDO LINARES QUINTANA, *Teoría e historia constitucional*, tomo I..., op. cit., p. 319, para quien «el poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador».

¹¹⁰ HANS KELSEN, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz, Band VI (1930/31)...*, op. cit., pp. 587 y ss.

¹¹¹ PETER BADURA y JOSEPH KAISER, *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, Wirtschaftsverlag, Köln, 1987, pp. 12 y ss.

¹¹² CHARLES WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Brown, Boston, 1935, pp. 54 y ss.; asimismo, CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of the*

Ahora, los actos legislativos presentan características propias que el juez constitucional no puede soslayar o confundir; así, «el legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad —si una medida es «idónea» para alcanzar un fin determinado o qué medida, entre varias posibles, es la «necesaria» (el problema del pronóstico)— que para distinguirla de la libertad de configuración debería denominarse «prerrogativa de estimación» (*Einschätzungsprärogative*)»¹¹³. Por ello, si bien en principio, el acto de la configuración del contenido de la decisión normativo-constitucional de la ley, en tanto opción política, no es materia de control constitucional, sí lo sería en la medida que esa opción política obstruya los valores democráticos en que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como, los derechos fundamentales y el debido proceso legal; es decir, que la jurisdicción constitucional ante una *political question*, deberá procurar limpiar los canales de participación de las minorías en el cambio social, ante el constante peligro del poder omnímodo de las mayorías¹¹⁴.

Porque, si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y al libre arbitrio del poder mayoritario de turno, que podría estar soslayando actos ilícitos o contrarios a la Constitución; por ello, no sin cierto valor pragmático se ha señalado, que si bien es inadmisibles la elaboración judicial de las leyes —*judicial law-making*—¹¹⁵, esta es menos peligrosa que la legislativa; en la medida que los excesos de un activismo judicial *clásico* puede ser revertido, mediante la legislación o incluso la reforma constitucional, con efectos claro está *ex-nunc*. Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, en base a las imperfecciones de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la liber-

Unites States. Its foundation, method and achievements: an interpretation, Columbia University Press, New York, pp. 1937, p. 242.

¹¹³ HANS-PETER SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes...», *op. cit.*, p. 51, también p. 55; asimismo, HELMUT SIMON, «Jurisdicción Constitucional...», *op. cit.*, p. 851.

¹¹⁴ JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.; HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», *RDP*, 1928..., *op. cit.* pp. 252 y s.; PEDRO CRUZ VILLALÓN, «Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria», en *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional-Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra editora, 1995, p. 87; asimismo, JONATHAN MILLER, «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia», en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., *op. cit.*, p. 924.

¹¹⁵ LORD DEVLIN, «Judges and lawmakers», en *The Modern Law Review*, volume 39, núm. 1, 1976, pp. 5 y ss.; asimismo, JONATHAN MILLER, «Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia», en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., *op. cit.*, p. 927.

tad y la división del poder, que son valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo¹¹⁶.

4. CONCLUSIÓN

La judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso, en cuanto a su alcance o densidad de control judicial¹¹⁷; a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno, se instale el abuso judicial. Lo que no obsta, para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces*¹¹⁸ sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones ante ningún poder público. Esta situación ha levantado voces preguntando legítimamente *quo vadis?* y, *qui custodet custodes?*¹¹⁹.

No hay una única solución a ese real peligro. Sin embargo, una cuidadosa selección de los magistrados¹²⁰ y el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea por la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional, en causas políticas, reduci-

¹¹⁶ MAURO CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 627-629; LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 929 y ss.; ÁNGEL CARRASCO PERERA, «El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional», en *REDC*, año 4, núm. 11, 1984..., op. cit., pp. 79 y ss.; asimismo, JUAN CARLOS HITTERS, «Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad», en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., op. cit., pp. 908-909.

¹¹⁷ ALEXANDER BICKEL, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 86 ss. y 108 ss.; asimismo, MARTIN SHAPIRO, *Law and politics and the Supreme Court*, Press of Glencoe-MacMillan, London, pp. 1964, pp. 50 y ss.

¹¹⁸ EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard & C. Paris, 1921, pp. 220-236.

¹¹⁹ JOPSEF ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht - quo vadis?», en *JZ*, 22, 1996, pp. 1085 y ss.; MARTIN SHAPIRO, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, The University of Georgia Press, Athen and London, 1988, pp. 62 y ss.; asimismo, CHRISTOPHER WOLFE, *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*, Basic Books, Inc., Publishers, New York, 1986, pp. 1-11; asimismo, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la aplicación de la ley», en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 152 y ss.

¹²⁰ WERNER BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, pp. 82 y ss.; asimismo, OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...», op. cit., p. 844.

rán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales¹²¹. De más está decir, que la responsabilidad judicial también se va perfilando en los continuos y permanentes conflictos y relaciones de cooperación con los demás poderes públicos¹²².

¹²¹ ULRICH SCHEUNER, «Verantwortung und kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung», en *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts* (Th. RITTERSPACH y W. GEIGER), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 379 y ss.; asimismo del autor: *Die Kontrolle der Staatsmacht im demokratischen Staat*, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Hannover, 1977, p. 78; asimismo, OTTO KIMMINICH, «Estado de Derecho, democracia, Constitución», en *Universitas*, vol. XXVI, núm. 1, 1988, p. 1.

¹²² DEBORATH BARROW y THOMAS WALKER, *A court divided, The fifth courts of appeals and the politics of judicial reform*, Yale University Press, New Haven-London, 1988, pp. 248 y ss.

