UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales

ACTIVISMO JUDICIAL EN EL EJERCICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Tesis para optar al Título Profesional de Abogado

Presenta el bachiller

FRANCO GUILLERMO GONZALES MEJIA

Presidente: Eduardo Ernesto Vega Luna

Asesor: Cesar Augusto Torres Acuña

Lector: Nestor Daniel Loyola Ríos

Lima – Perú

Septiembre de 2026

UARM
Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

Anexo N.º 3 - Reglamento General de Grados y Títulos de Pregrado y Posgrado
Aprobado por Resolución Rectoral N° 150-2023-UARM-R

INFORME DE ORIGINALIDAD

Sres.
CONSEJEROS
Pte.

De nuestra consideración:

Por la presente nos dirigimos a Ustedes para saludarlos e informar al Consejo Universitario sobre el producto académico elaborado por GONZALES MEJIA, Franco Guillermo quien solicita la obtención de su título profesional de abogado a través de la sustentación de tesis.

El producto académico elaborado tiene como título: EL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL EJERCICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.

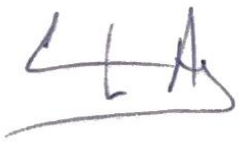
Por tanto, en nuestra condición de Asesor de producto académico y de integrante de la Comisión de Grados y Títulos de la Facultad de Ciencias Sociales, respectivamente, declaramos que el producto académico de Franco Guillermo Gonzales Mejía ha sido examinado con el programa antiplagio *Turnitin* para identificar su nivel de coincidencias.

El resultado que arroja el programa es de 18% de similitud, el cual proviene de fuentes de información que han sido debidamente citadas o reconocidas utilizando las normas del sistema APA.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Firmado en Lima, el 27 de agosto de 2026.

Atentamente,



Cesar Augusto Torres Acuña
Asesor



Gloria Maria Arméstar Bruno
Presidente de la Comisión

*Conforme a lo establecido en el documento de identidad

EPÍGRAFE

La nobleza intrínseca del ejercicio de la abogacía radica en la profunda convicción y la vocación por la justicia. Que la vorágine del poder no nos distraiga de nuestra labor fundamental: preservar la verdad, defenderla y establecer sus criterios, como vía para el perfeccionamiento de la condición humana. No hay libertad sin verdad, no hay justicia sin Derecho y no habrá orden constitucional sin ciudadanos dispuestos a defenderlo.

DEDICATORIA

A Dios todopoderoso, a quien dedico mi existencia y cada obra de mi vida. Gracias por hacerme instrumento de la verdad.

Al amor de mi vida, Deisy Gómez Reguera, por darme el aliento final para culminar esta tesis. Tu amor logró lo imposible.

A mi mamá Beatriz, por su apoyo moral y espiritual a lo largo de mi vida; por ser mi primer referente en el mundo del Derecho y ser prueba fehaciente de que la práctica de esta profesión puede ir de la mano con el ejercicio de la integridad.

A mi padre en el cielo, Guillermo Gonzales Arica, quien, con sus consejos y enseñanzas, alumbró para mí el derrotero hacia el éxito profesional. Esta tesis es el fruto de su permanente presencia, insistencia y fe en mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mi novia Deisy, a mi mamá Beatriz y a mi papá Willy, por representar el núcleo de amor que en mi vida mueve montañas.

A mi abuela Lidia, sin cuyas plegarias a Dios yo no hubiese tenido las mismas fuerzas.

A mi hermano Franco Pastor, por la hermandad más noble que he tenido, por ser mi ejemplo de lo que un hombre joven debe aspirar a ser: recto, valiente e innovador.

A mi tío Patrick Pastor, quien una mañana me enseñó que en la vida tenemos un solo dardo.

RESUMEN

La presente investigación analiza el fenómeno del activismo judicial en el ejercicio del Tribunal Constitucional del Perú y sus repercusiones en el orden constitucional y democrático. El objetivo principal consistió en determinar si determinadas prácticas interpretativas desarrolladas por algunas conformaciones del Tribunal Constitucional, en particular durante los periodos 2007–2013 y 2014–2026, excedieron los límites del control constitucional y configuraron manifestaciones de activismo judicial. Para ello, se desarrolló una investigación con enfoque cualitativo, empleando el método hermenéutico y un diseño de estudio de casos, complementada con análisis documental y jurisprudencial de sentencias relevantes del Tribunal Constitucional. Los resultados obtenidos permiten identificar líneas jurisprudenciales caracterizadas por interpretaciones expansivas y la creación de mecanismos procesales que suscitan cuestionamientos respecto de sus efectos institucionales y su incidencia sobre el equilibrio constitucional. Asimismo, se advirtió que, el actual mecanismo de selección de magistrados a cargo del Congreso de la República puede generar condiciones que favorezcan la politización en la conformación del Tribunal Constitucional. Sobre esa base, se propone una reforma constitucional orientada a sustituir el actual sistema de elección de magistrados mediante la creación de una Comisión Nacional de Selección y de una Asamblea Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades del Perú, incorporando mecanismos de control interno y externo dirigidos a fortalecer la independencia institucional y prevenir prácticas de activismo judicial irrazonable. Se concluye que la preservación del orden constitucional exige un modelo institucional que garantice el equilibrio entre el control constitucional, la independencia judicial y la legitimidad democrática.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, activismo judicial, control constitucional, legitimidad democrática, orden constitucional, selección de magistrados.

ABSTRACT

This research analyzes the phenomenon of judicial activism in the exercise of the Constitutional Court of Peru and its repercussions on the constitutional. The main objective was to determine whether certain interpretative practices developed by specific compositions of the Constitutional Court, particularly during the periods 2007–2013 and 2014–2026, exceeded the reasonable limits of constitutional review and constituted manifestations of judicial activism. To achieve this purpose, a basic research approach using a qualitative methodology was employed, employing a hermeneutic method and a case study design, complemented by documentary and jurisprudential analyses of relevant Constitutional Court decisions. The findings identified jurisprudential trends characterized by expansive interpretations and the creation of procedural mechanisms that raised concerns about their institutional effects and impact on the constitutional balance. Likewise, it was observed that the current system for appointing Constitutional Court judges through the Congress of the Republic may create conditions that encourage political influence over the Court's composition. Based on these findings, this research proposes a constitutional reform to replace the current appointment system by establishing a National Selection Commission and a National Assembly of Deans of Law Schools at Peruvian universities, incorporating internal and external oversight mechanisms to strengthen institutional independence and prevent unreasonable forms of judicial activism. The study concludes that preserving the constitutional order requires an institutional framework capable of ensuring a balance between constitutional review, judicial independence, and democratic legitimacy.

Keywords: Constitutional Court, judicial activism, constitutional review, democratic legitimacy, constitutional order, judicial selection.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN 12

CAPÍTULO I: DESARROLLO CONCEPTUAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL 18

1.1 Planteamiento general del activismo judicial 18

1.1.1. Concepto de activismo judicial 19

1.1.2. Criterios en favor del activismo judicial: 20

1.1.3. Criterios contrarios al activismo judicial 21

1.2. Antecedentes del activismo judicial 24

1.2.1. Origen doctrinario y jurisprudencial del activismo judicial 27

1.2.2. El activismo judicial en el marco de los derechos fundamentales 28

1.2.3. La Constitución como garantía del sistema democrático 30

1.3. Activismo jurídico como ejercicio jurisdiccional 31

1.3.1. El judicial restraint como contrapeso del judicial review 33

1.4. Tipos de activismo judicial según su manifestación 36

1.4.1. El riesgo de la desnaturalización del control constitucional 38

1.4.2. Supuestos para comprender la desnaturalización del control constitucional, devenido en activismo judicial 40

1.4.3. Definición de activismo judicial para la tesis 41

CAPÍTULO II: MANIFESTACIONES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 44

2.1. Análisis del control jurisprudencial 44

2.1.1. De los tipos de control constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional 45

2.2. Interferencia del Tribunal Constitucional con organismos constitucionalmente autónomos 48

2.2.1. Caso César Hinostroza Pariachi vs. Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) 48

2.2.2. Caso de Humala-Heredia: activismo judicial en la creación de la "firmeza sobrevenida" como figura procesal no reconocida por la legislación de procesos constitucionales 61

2.2.3. Sobre la inconsistencia de la firmeza sobrevenida como figura procesal a partir del caso Keiko Fujimori Higuchi: 69

2.3. La firmeza sobrevenida como evidente manifestación de activismo judicial 72

2.3.1. Motivación para creación de la firmeza sobrevenida 73

2.3.2. Manipulación de la figura procesal de la firmeza sobrevenida 73

2.3.3. Consecuencias de la creación de la firmeza sobrevenida 78

2.3.4. Riesgos de la firmeza sobrevenida para el Estado Constitucional de Derecho 80

2.4. Caso Keiko Fujimori y la expansión del control constitucional sobre la tipicidad penal . 82

2.4.1. Análisis del ejercicio del control ejercido por el Tribunal Constitucional 84

2.4.2. La reincidencia activista en el caso Ollanta Humala Tasso 93

2.4.3. La inconsistencia jurisprudencial en el caso Pedro Castillo Terrones 97

CAPÍTULO III: REPERCUSIONES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DEL PERÚ: LA NECESIDAD DE VIRAR HACIA UN CONSTITUCIONALISMO POPULAR 103

3.1. Repercusiones del activismo judicial en el orden constitucional y democrático del Perú 103

3.2. Selección de magistrados de Cortes Constitucionales en el Derecho Comparado 106

3.2.1. Caso de la República de Sudáfrica 106

3.2.2. Caso de la República de Guatemala 109

3.3. Propuesta de proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y mecanismos de control 112

3.3.1. Del proceso de participación ciudadana en la selección de magistrados del Tribunal Constitucional a cargo de la Asamblea Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Perú. 113

3.3.2. Características fundamentales del nuevo proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional. 114

3.3.3. De la Asamblea Nacional de Decanos y la Comisión Nacional de Selección 115

3.3.3.1. Justificación de la Comisión Nacional de Selección (CNS) 117

3.4. Mecanismos de control 120

3.5. Contraargumentos a la propuesta de reforma planteada 124

3.6. La propuesta de selección como vía para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho 129

Conclusiones 134

Recomendaciones 138

Referencias bibliográficas 140

IHS

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional del Perú ocupa una posición central dentro del Estado Constitucional de Derecho, en tanto ejerce la función de control de constitucionalidad y actúa como máximo intérprete de la Constitución. En el caso peruano, su intervención ha adquirido especial relevancia en la última década a causa de la creciente incidencia de sus decisiones en asuntos políticos, institucionales y sociales de alta trascendencia pública. Este fenómeno ha reabierto el debate sobre los límites de la interpretación constitucional y sobre el rol que corresponde desempeñar a la justicia constitucional dentro de un sistema democrático basado en la separación de poderes.

En ese contexto, la presente investigación aborda el fenómeno del activismo judicial en el ejercicio del Tribunal Constitucional del Perú. El problema de investigación surge a partir de la constatación de determinadas decisiones jurisdiccionales en las que el Tribunal Constitucional habría desarrollado interpretaciones expansivas de sus facultades, generando nuevas figuras procesales o modificando el alcance práctico de normas constitucionales y legales mediante su jurisprudencia. Ello plantea una cuestión fundamental para el derecho constitucional contemporáneo: determinar si el ejercicio del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional peruano se mantiene dentro de los márgenes propios de la función jurisdiccional o si, por el contrario, incurre en prácticas de activismo judicial capaces de alterar el equilibrio entre los poderes del Estado y afectar principios estructurales del orden democrático.

La relevancia jurídica de esta problemática radica en que el control constitucional constituye una herramienta indispensable para garantizar la supremacía normativa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, el ejercicio

expansivo del poder interpretativo de los jueces constitucionales puede generar tensiones respecto de la soberanía popular, la representación democrática y la delimitación funcional entre los poderes públicos. En esa línea, Cross y Lindquist (2012) sostienen que, el activismo judicial suele ser cuestionado porque puede traducirse en la imposición de preferencias políticas de los jueces sobre la sociedad, desplazando decisiones que deberían corresponder a órganos dotados de legitimidad democrática y representación popular. El debate adquiere particular importancia en sistemas políticos caracterizados por altos niveles de conflictividad institucional y desconfianza ciudadana hacia los órganos del Estado, como ocurre en el caso peruano.

La discusión sobre el activismo judicial ha sido ampliamente desarrollada en investigaciones y estudios vinculados a la teoría constitucional contemporánea, particularmente en torno a los límites del control jurisdiccional y su relación con el principio democrático. Desde una perspectiva crítica, las investigaciones de Waldron (2005, 2018) cuestionan la legitimidad democrática de las formas intensas de *judicial review*, sosteniendo que una intervención excesiva de las cortes constitucionales puede debilitar la deliberación democrática y desplazar hacia órganos no representativos decisiones que corresponden a la voluntad popular expresada mediante mecanismos representativos. En un sentido similar, Horn (2010), a partir del estudio de la autocontención judicial, advierte sobre los riesgos institucionales derivados de la expansión desproporcionada de la función jurisdiccional y de la judicialización de la política. Por otro lado, investigaciones como las desarrolladas por Gargarella (2009) defienden un rol más activo de la justicia constitucional cuando esta actúa como mecanismo de protección frente a fallas estructurales del sistema democrático o frente a escenarios de vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, resulta especialmente relevante el aporte de Maraniello (2012), quien desarrolla una aproximación conceptual del activismo judicial a partir del abandono de la autocontención por parte del juez constitucional y de la asunción de funciones creadoras del Derecho que exceden la mera interpretación normativa. Esta aproximación resulta particularmente útil para analizar aquellos supuestos en los que la jurisprudencia constitucional no solo interpreta el ordenamiento jurídico, sino que también modifica sustancialmente su contenido práctico mediante criterios de creación jurisdiccional.

En América Latina, el fenómeno ha sido analizado principalmente a partir del estudio de la expansión de la jurisdicción constitucional y de la creciente influencia política de las cortes constitucionales. Verdugo y García (2013) sostienen que el activismo judicial no constituye únicamente una práctica jurídica, sino también una manifestación de disputa política e ideológica dentro del Estado constitucional. En el caso peruano, si bien existen investigaciones sobre justicia constitucional, control de constitucionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se advierte un desarrollo académico insuficiente respecto del análisis sistemático de las prácticas de activismo judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y sus implicancias para el equilibrio democrático e institucional del Estado.

Precisamente, el vacío de conocimiento que busca abordar esta tesis radica en la ausencia de estudios que articulen de manera integral tres dimensiones específicas: el análisis doctrinario del activismo judicial, el estudio casuístico de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional peruano y la relación entre dichas prácticas interpretativas y los mecanismos de politización institucional derivados del actual sistema de selección de magistrados constitucionales. En consecuencia, la investigación no se limita a una crítica abstracta de la justicia constitucional, sino que busca examinar cómo determinadas decisiones jurisdiccionales pueden incidir directamente en la configuración del orden constitucional peruano.

La hipótesis central de la investigación sostiene que el Tribunal Constitucional del Perú, en determinados casos, ejerce un control constitucional expansivo que configura prácticas de activismo judicial irrazonable y nocivo, incompatibles con una interpretación restrictiva de sus competencias constitucionales y capaces de generar tensiones con los principios de separación de poderes, soberanía popular y legitimidad democrática propios del Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, la investigación parte de la premisa de que no toda actuación activa de la justicia constitucional resulta necesariamente ilegítima; sin embargo, determinadas manifestaciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano habrían excedido los márgenes razonables de interpretación constitucional, alterando el equilibrio funcional entre los poderes del Estado. Asimismo, se plantea que una de las causas estructurales que favorecen la aparición de estas prácticas es la politización de

origen presente en el actual mecanismo de selección de magistrados del Tribunal Constitucional.

En función de ello, el objetivo general de la investigación es analizar la manifestación del activismo judicial en el ejercicio del Tribunal Constitucional peruano y evaluar sus repercusiones en el orden constitucional y democrático del Perú. Como objetivos específicos, se busca: desarrollar el marco conceptual y doctrinario del activismo judicial; examinar determinadas decisiones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que evidencien posibles manifestaciones de activismo judicial; y, analizar la relación existente entre estas prácticas y el actual mecanismo de selección de magistrados constitucionales, proponiendo alternativas orientadas a fortalecer la independencia institucional del Tribunal Constitucional.

Nuestra investigación realiza un análisis de la literatura existente respecto a la labor de control de constitucionalidad, así como el análisis de sentencias del Tribunal Constitucional que hayan creado jurisprudencia cambiando, vía interpretación constitucional, el sentido expreso de la Constitución o el marco constitucional del cual el Perú es parte (convenios y/o tratados internacionales). El enfoque de investigación es cualitativo, por lo que el método es hermenéutico, de diseño de estudio de casos, dado que, se analiza e interpreta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al tema de investigación. Se aplican como técnica el análisis documental y el instrumento que se utiliza es la guía de análisis de fuentes documentales, con una muestra de tres sentencias del Tribunal Constitucional.

Siguiendo esa metodología de investigación, la tesis se presenta en tres capítulos. En el primer capítulo se desarrolla el marco conceptual del activismo judicial, revisando sus principales definiciones doctrinarias y el debate existente en la teoría constitucional sobre los límites del control jurisdiccional. El segundo capítulo se centra en el estudio del ejercicio del Tribunal Constitucional peruano mediante el análisis de determinadas decisiones jurisdiccionales que permiten observar posibles manifestaciones de activismo judicial en la práctica del control de constitucionalidad.

Finalmente, el tercer capítulo se orienta a examinar las implicancias institucionales de estos fenómenos jurídicos y a plantear una propuesta de solución a la problemática. En

ese sentido, se desarrolla una propuesta orientada a replantear el actual sistema de selección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, proponiendo un sistema transparente y efectivo que fortalezca la independencia de este órgano y reduzca los incentivos que pueden favorecer la politización de origen en su conformación. Desde esta perspectiva, la tesis busca contribuir al debate sobre las reformas institucionales necesarias para preservar el equilibrio entre el control constitucional y el funcionamiento del sistema democrático.

En conclusión, la presente tesis se desarrolla a partir de la identificación de una problemática estructural en el funcionamiento del Tribunal Constitucional del Perú, vinculada a la presencia de prácticas de activismo judicial en el ejercicio de su función interpretativa. A partir del análisis doctrinario y del estudio de casos concretos de su jurisprudencia, la tesis busca examinar si determinadas decisiones del Tribunal Constitucional exceden los márgenes del control constitucional, afectando principios fundamentales como la separación de poderes, la supremacía de la Constitución y la legitimidad del sistema democrático. En ese sentido, se parte de la necesidad de distinguir entre un ejercicio legítimo del control constitucional y aquellas manifestaciones que, por su carácter expansivo, casuístico y carente de criterios generalizables, pueden incidir de manera problemática en el ordenamiento jurídico.

Sobre esa base, la tesis se orienta a analizar las causas que permiten la aparición de estas prácticas, identificando como elemento central el diseño institucional del Tribunal Constitucional, en particular su mecanismo de selección de magistrados. En efecto, la evidencia examinada permite advertir que la intervención de actores políticos en dicho proceso genera condiciones que favorecen la politización de origen del órgano, debilitando su independencia y abriendo espacio a decisiones que responden no solo a criterios jurídicos, sino también a dinámicas de poder, intereses coyunturales y mecanismos de captura institucional. Este fenómeno se inserta en una problemática más amplia del sistema político peruano, en la que la instrumentalización de las instituciones públicas erosiona progresivamente la legitimidad del Estado Constitucional de Derecho y debilita la confianza ciudadana en sus órganos de control.

En ese contexto, la tesis plantea la necesidad de evaluar alternativas de reforma orientadas a despolitizar el proceso de designación de magistrados, incorporando criterios

técnicos y académicos, así como mecanismos de participación ciudadana que fortalezcan la independencia del Tribunal Constitucional. De esta manera, la tesis se inscribe en el debate sobre los límites del control constitucional y busca aportar, desde una perspectiva jurídica y política, a la construcción de un modelo institucional que garantice que el Tribunal actúe como verdadero órgano de defensa de la constitucionalidad en última instancia y no como un espacio de resolución de conflictos políticos coyunturales, contribuyendo así a la preservación del equilibrio democrático y a la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho.

CAPÍTULO I: DESARROLLO CONCEPTUAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL

"Considerar a los jueces como los últimos árbitros en cuestiones constitucionales es de hecho una peligrosa doctrina, una que podría colocarnos bajo el despotismo de una oligarquía. Nuestros jueces son tan honestos como otros hombres y no más. Ellos tienen, como nosotros, la misma pasión por tomar partido por el poder y por el privilegio. Su poder es más peligroso, ya que están en el cargo de por vida y no son responsables, como lo son los otros funcionarios, ante el control electivo. La Constitución no ha erigido ningún Tribunal de ese tipo, sabiendo que, confiado este poder, con corrupciones de tiempo y de partido, sus miembros se convertirían en déspotas".

Jefferson (1820) - Principal redactor de la Constitución de los Estados Unidos y su tercer presidente.

1.1 Planteamiento general del activismo judicial

El estudio del activismo judicial como fenómeno jurídico intenta explicar la evolución de la labor jurisdiccional a la luz de nuevas formas de hacer justicia en las cortes, mediante la creación de Derecho e interpretaciones que no responderían a la manera tradicional de aplicar el texto de manera literal. Si bien esta es la concepción mayoritariamente aceptada por la doctrina, en ocasiones se recurre a un uso muy arbitrario del concepto y se emplea de manera ligera para criticar la labor hermenéutica de los jueces.

Ante esas formas divergentes de entender el activismo judicial, es necesario ofrecer una definición que nos permita identificar en qué casos estamos verdaderamente ante este fenómeno.

El desarrollo del presente capítulo busca analizar las teorías del activismo judicial que vienen ganando aceptación general, vinculándolas a la historia, la jurisprudencia y la doctrina. Nuestra intención es aclarar el significado de "activismo judicial" cuando se usa en diferentes contextos, lo cual nos permitirá acercarnos a la labor de control constitucional y la función hermenéutica que realiza el Tribunal Constitucional para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas dentro del marco constitucional.

1.1.1. Concepto de activismo judicial

Para acercarnos al concepto en cuestión, identificamos los supuestos que se asumen como fundamentales en un Estado de Derecho, a partir de las contribuciones de autores como Dicey (1885/2013) y Kelsen (1945/2007), quienes destacan la supremacía de la ley, la separación de poderes y la legitimidad jurídica como pilares esenciales del Estado de Derecho.

a. Supuestos del Estado de Derecho

- Legislar es una prerrogativa constitucional del Poder Legislativo: mientras que la función jurisdiccional consiste en aplicar las normas dictadas por este poder del Estado, que representa la voluntad popular. Se presume la constitucionalidad de estas normas y existe certeza sobre su contenido. En ocasiones, dicho contenido, según el caso, será relativo y no ofrecerá respuestas objetivas. En dicho momento, corresponderá a los jueces esforzarse por encontrar la respuesta adecuada y evitar resolver el problema mediante sentencias que alteren de forma sustancial el sistema jurídico-político.
- Respeto por la separación de poderes: existe un esquema de separación de funciones estatales respetuoso de la independencia judicial, que, a su vez, exige que los jueces sean igualmente respetuosos de la voluntad democrática. Por ello, una decisión contraria a la adoptada por el poder constituyente debe ser excepcional y jurídicamente justificada.

- Legitimidad de las sentencias judiciales: dicha legitimidad se basa en la fundamentación que exprese cada sentencia, la cual no puede brindar conclusiones contradictorias con las formuladas por los representantes del pueblo mediante el Derecho vigente.

b. Supuestos contrapuestos

- La creación de Derecho no es una labor exclusiva del Poder Legislativo: las cortes constitucionales pueden ser un espacio para legislar en positivo y configurar nuevas realidades normativas si concierne a la tutela de derechos enmarcados en la Constitución.
- La supremacía de la Constitución permite que, más allá de la independencia de poderes, los magistrados constitucionales puedan corregir los equívocos del Poder Legislativo, así como impulsar reformas en materias que los parlamentarios hayan decidido no abordar.
- La legitimidad de las sentencias judiciales no se somete a la mera aplicación taxativa de la norma.

1.1.2. Criterios en favor del activismo judicial:

Quienes justifican la existencia de un desempeño activista en la labor de un juez constitucional lo hacen, en primer lugar, sustentando la necesidad de una o varias reformas sociales basadas en la protección de derechos fundamentales y, en segundo lugar, en razones relacionadas con la estructura político-constitucional del sistema. Expondremos ambas por separado:

a. Argumentos basados en la protección de derechos fundamentales

En la primera línea argumentativa de defensa, que justifica el activismo para tutelar derechos fundamentales y lograr reformas, los argumentos se basan en la protección de las minorías relegadas por el Estado. Así, por ejemplo, Merritt Swygert (1982) ha sostenido que el activismo judicial es útil para alcanzar la "justicia social". Asimismo, se ha planteado que los jueces, a través del activismo, deberían "abrir la puerta de la justicia a los pobres" (Verma, 2001, p. 148).

En dicha línea destaca Roberto Gargarella (2007), quien ha sostenido que el derecho acostumbra a hacer lo que no debe: *"maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar"* (p. 19).

Para Gargarella (2009), el activismo judicial se fundamenta en una concepción deliberativa de democracia. Es por eso que los jueces *"se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el Poder Judicial es la institución que recibe las quejas de quienes son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones"* (p. 969). Desarrolla su postura desde una perspectiva analítica orientada a lo que los jueces deberían hacer, en la medida de lo posible, y no respecto de lo que el Derecho les ordena hacer. Por eso, esta visión aparece fuertemente comprometida con doctrinas de reforma social y de protección de valores superiores como el bien y la justicia.

b. Argumentos basados en la estructura del sistema político

La segunda línea argumentativa de defensa del activismo judicial se basa en cuestiones orgánicas del sistema político y de las fuentes del Derecho. Así, autores como Jones (2010), sostienen que, el activismo es funcional para proteger la "estructura de la Constitución" o para corregir sentencias precarias del pasado y frenar cualquier exceso de poder en el que podría caer el Congreso.

No obstante, estos comportamientos judiciales no tendrían por qué ser calificados de "activismo", dado que, si las respuestas jurídicas preestablecidas son claras dentro del sistema constitucional, y los jueces responden a ellas, nos encontramos ante el cumplimiento de su deber: ser guardianes de la Constitución. Sin embargo, en más de un caso veremos que se trata más de innovar que de mantener el orden normativo ya constituido, lo cual puede resultar insuficiente en ciertos casos límite.

1.1.3. Criterios contrarios al activismo judicial

Resumiremos las críticas al activismo judicial en dos grupos. Primero, distinguiremos una crítica asociada a la función judicial desde la perspectiva de la legitimidad que el sistema democrático brinda; luego, una crítica relativa a la probable ineficacia de las sentencias dictadas por un juez activista.

b. Crítica desde la legitimidad democrática

Se identifica un problema de legitimidad democrática que consiste en no respetar las decisiones de los entes institucionales que son representativos del poder popular y que están sujetos a control electivo; y, un problema con el marco constitucional con sentencias que vulneran el espíritu de las normas constitucionales: "Los jueces están simplemente imponiendo sus preferencias políticas sobre la sociedad, sin mayor responsabilidad electoral o fidelidad a la Constitución. Por esta razón, el activismo judicial es generalmente catalogado como un ejercicio inapropiado de poder jurisdiccional" (Cross y Lindquist, 2012, p. 3).

A priori, esta crítica al activismo judicial remarca la falta de respaldo popular, no solo porque carece de legitimidad electoral, sino también porque proviene de élites que influyen y capturan la judicatura a través del poder político y económico. Para Robert Bork (1991), las élites se ven representadas en grupos de poder que, incapaces de ganar una elección o de ganar en la deliberación parlamentaria sobre una materia de su interés, buscan capturar el poder jurisdiccional de las cortes para satisfacer sus demandas. Así, el activismo judicial se presenta como una alternativa más accesible y menos costosa que el lobby en el ámbito parlamentario. Nace entonces la peligrosa posibilidad de que se instaure, a través de las cortes, una suerte de dictadura de las minorías que pretende gobernar a espaldas de los resultados electorales y, si se tiene en cuenta que los tribunales constitucionales son la última instancia en materia de derechos fundamentales para toda una nación, la afectación a la democracia puede ser aún más grave.

El riesgo que se presenta con suma claridad es que los jueces se perciban a sí mismos como defensores de sus conceptos de justicia, enteramente subjetivos y personalísimos, y no de la voluntad democrática mayoritaria concertada por los constituyentes. Se estaría configurando una relación de paternalismo entre quienes ostentan el poder de interpretación de la Constitución y todos los miembros de una sociedad, relación claramente nociva y perjudicial para el fortalecimiento de la democracia, en tanto los jueces constitucionales obtienen un poder ilimitado, concentrado en una minoría.

Siguiendo esta línea de argumentación, cabe analizar una reflexión hecha por Rousseau (1985) en el Capítulo VII de El contrato social:

> Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; en fin, que, en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana, pudiera trabajar en, un siglo para gozar en otro. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres (p. 51).

Nuestro sistema político no se basa en la presunción de la existencia de un dios o dioses, ni somos un estado teocrático, razón por la cual la creación del Derecho, que en última instancia regula la vida de los hombres, debe surgir del acuerdo de ellos mismos. Es así como nace el Estado y, de la necesidad de establecer un orden, nace igualmente el Imperio de la Ley, que, a su vez, se subordina a la Constitución, expresión suprema de la manifestación de voluntad del poder constituyente: el pueblo. En resumen, cualquier ejercicio que nos aleje de este estado de cosas y le brinde a un grupo pequeño de individuos el poder para estar, jerárquicamente, por encima de este orden y con plena capacidad para alterarlo sin consultar con el soberano (poder constituyente), deviene en una práctica antidemocrática y riesgosa.

Vale remarcar que la crítica en el párrafo anterior no pretende ignorar los casos en los que podrían existir ejemplos contrarios donde los beneficiados por el activismo judicial son, en efecto, las mayorías. No obstante, considero que dichas mayorías tienen vías específicas para manifestarse mediante la elección de sus representantes en el Poder Legislativo. Ahora bien, ante la posibilidad de que el Poder Legislativo tenga un déficit representativo, lo cual es altamente plausible sobre todo en los sistemas parlamentarios de América Latina (Monsiváis, 2017). En dicho contexto, si el problema a corregir es la carencia de representatividad del Poder Legislativo y la falta de acciones políticas concretas para resolver las demandas de la población, sería pertinente motivar la realización de reformas políticas y sociales que fortalezcan los canales electorales y legislativos, no precarizarlos al usurpar sus funciones, haciéndolos menos responsables frente a los deberes constitucionales que tienen frente a sus representados.

c. Critica desde la eficacia de las sentencias

A la crítica sobre la legitimidad democrática se suma otra relativa a la eficacia de las sentencias activistas. Wallace Meldenson (1975) analiza este supuesto con base en la experiencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Mendelson concluye que la efectividad de lo resuelto por una sentencia dependerá del grado de aceptación o consentimiento de los gobernados respecto de dicha decisión. Dicho factor podría ser el causante de nuevos conflictos sociales o del agravamiento de una crisis ya existente, lo cual terminaría siendo totalmente contraproducente para la intención original de terminar con un estado de cosas injusto e inconstitucional. Y esto se deberá a la carencia de un espacio deliberativo en donde la propia población puede confrontarse, tanto a sí misma como a su relación con los valores e ideales que sostienen la relación de gobernantes y gobernados y luego los deberes y derechos que a todos comprometen.

Si la evidencia sugiere que el activismo judicial es necesario cuando el proceso político es demasiado frágil como para garantizar la correcta tutela de derechos fundamentales, quiere decir que lo contrario debiera regir cuando el proceso político en los canales de representación es efectivo. Pareciera, entonces, más lógico y consecuente buscar el fortalecimiento institucional de los respectivos poderes en un Estado, sin debilitar el sistema democrático.

1.2. Antecedentes del activismo judicial

"Donde Blackstone favoreció la legislación judicial como la más fuerte característica de la ley común, Bentham consideró esto como una usurpación de la función legislativa y de una farsa o 'sofisma miserable" (Kmiec, 2004, p. 1444). Aparentemente, la labor de impartir justicia entra en conflicto entre el apego irrestricto al texto normativo y la posibilidad de crear Derecho ante realidades que no necesariamente pueden abordarse mediante la interpretación literal de los textos jurídicos. Si bien la potestad de crear Derecho les está reconocida a los jueces en sus sentencias, existe una brecha entre sentar jurisprudencia e instrumentalizar esta para configurar nuevas realidades normativas que regulen esferas de la vida social, pasando por encima de las funciones del poder legislativo; y, por ende, desapareciendo el espíritu democrático de la tarea legislativa que constitucionalmente se diseña para representar la voluntad ciudadana y crear leyes para el bienestar general.

En efecto, el origen del activismo judicial se remonta a la antigua y hasta hoy vigente pugna de poderes en un Estado y a la cuestión de dónde debe residir la capacidad de legislar en favor de la población, cuyos derechos están consagrados en la Constitución Política. En el ámbito de la legislación judicial o positiva, como característica de la labor jurisdiccional, los jueces ejercen una labor interpretativa mediante la cual pueden aprobar lo más conveniente para hacer justicia y llenar los vacíos de la norma. Ese ejercicio no tendrá que estar restringido por la ley, sino que estará sujeto a la discrecionalidad del juez y a sus concepciones ideológicas y valoraciones morales.

Según Waldron (2006), en la doctrina norteamericana, este desarrollo jurisprudencial se conoce como *judicial review*, donde las acciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo del Gobierno están sujetas a revisión y posible invalidación por parte del poder judicial. La *judicial review* permite que la Corte o Tribunal Supremo asuma un papel activo para garantizar que las demás ramas del gobierno cumplan con la Constitución. Mientras que la contra parte de esta tendencia, son los que respetan la función legislativa únicamente legislando en negativo, es decir, inaplicado lo que está en contra de norma jurídica o la Constitución declarándolo ilegal. Esta posición se conoce como *judicial restraint* y es ampliamente tratada por el jurista Richard Posner. Ambos conceptos se desarrollarán más adelante con mayor detenimiento.

Como se podrá dilucidar a partir de la explicación de los conceptos, existen grandes diferencias entre conocer la ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma y empezar a crear nuevas realidades jurídicas y normativas para atender a una realidad social específica que el juez, según su discreción y sus ideas personales, haya decidido que es idónea para la sociedad. Hasta el siglo XX, el término activismo judicial aún no había sido empleado, y únicamente estaba en vigencia el debate entre los juristas ingleses, como Bentham y Blackstone, sobre la primacía o idoneidad del poder judicial o del parlamento nacional en el resguardo de la legalidad. Dicho desencuentro tiene una fuerte correlación con el posterior debate Kelsen vs Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la Constitución.

De acuerdo con Herrera (1995), Schmitt plantea una concepción histórica y social del Derecho, es decir, que la Constitución tiene su fuente en la historia del pueblo. Y en esa medida incorpora la importancia de la “voluntad popular", y reconoce la necesidad de

introducir mecanismos que aseguren la efectividad de esa “voluntad”. Por otro lado, según la reconstrucción realizada por Herrera (1995), Kelsen propone una visión estrictamente positivista del Derecho, es decir, que la Constitución tiene su fuente en lo que la ley dice a partir de concepciones puras del deber ser. En el modo de ver de Kelsen, las normas guían la conducta social y permiten la convivencia. En ese sentido, considera necesario un ente que controle la constitucionalidad para hacer cumplir los fines de dichas normas. Asimismo, Herrera (1995) señala que, para Schmitt, se debe garantizar la unidad y la existencia política de un pueblo que ha cristalizado su consenso y voluntad en la Constitución, por lo que plantea como marco todo lo que el pueblo configura, mientras que, para Kelsen, la positivización de los derechos fundamentales constituye dicho marco.

Muy por el contrario de lo que se pudiera pensar, de acuerdo con Kmiec (2004), el término “activismo judicial” no fue desarrollado en principio por un gran y reconocido jurista, sino que lo hizo público el reconocido historiador y crítico social estadounidense Arthur Schlesinger Jr. en un artículo publicado en la revista Fortune Magazine en 1947.

El artículo de Schlesinger describió a los nueve jueces de la Corte Suprema en ese momento y explicó las alianzas y divisiones entre ellos. El artículo describía a los jueces Black, Douglas, Murphy y Rutlege como los "activistas judiciales” y a los jueces Frankfurter, Jackson y Burton como los que ejercían el *judicial restraint*.

Este conflicto jurídico puede abordarse desde más de una perspectiva. Por un lado, el grupo Black-Douglas creía que la Corte Suprema podía desempeñar un papel revolucionario en la promoción del bienestar social. Por otro lado, el grupo Frankfurter-Jackson abogaba por una política de potestad judicial limitada. El primero estaba más preocupado por el empleo del poder judicial para su propia concepción del bien social; el otro con la ampliación de la gama de juicios permisibles para las legislaturas. El primer grupo veía a la Corte como un instrumento para lograr la transformación social, mientras que el segundo entendía que, para dichos fines, existían las demás ramas del Estado, dejando la agenda social para los espacios democráticos de deliberación política.

En resumen, el grupo de Black-Douglas se dedicaba a la resolución de casos particulares de acuerdo con sus propias concepciones sociales, mientras que el de

Frankfurter-Jackson se dedicaba a la preservación del poder judicial en su lugar establecido, aunque limitado, en el sistema estadounidense.

El punto de vista Frankfurter-Jackson se basa en la creencia de que no toda ley es política. Estos jueces podrían haber admitido que hay muchos casos, pero creían que el derecho común, las leyes y la Constitución no se entienden de manera arbitraria para favorecer de una u otra manera a un particular por motivaciones políticas, sino que se debe hacer una lectura integral de la constitucionalidad. Igual de importante es que las personas pueden tener nociones de justicia muy diferentes, por lo que resultaría injusto e injustificable imponer la opinión de uno sobre los demás. Cualquier intento de hacerlo llevaría *"hacia un estado de despotismo judicial que amenazaría al proceso democrático*" (Kmiec, 2004, p.1448).

1.2.1. Origen doctrinario y jurisprudencial del activismo judicial

Kmiec (2004), retomando el desarrollo que hace Schlesinger de los conceptos de *judicial restraint* y *judicial review* (activismo judicial) en 1947, expone, a través de un dialogo simulado como estos dos puntos de vista se contraponen:

> *Judicial restraint*: la legislatura dio la ley; deja que la legislatura se encargue.
>
> Activismo judicial: en la práctica real, la legislatura no se hará cargo, al menos hasta que se haga un daño, posiblemente irreparable, a personas indefensas; por lo tanto, el propio tribunal debe actuar.
>
> *Judicial restraint*: usted está haciendo lo que todos usamos para condenar al ver antiguo Tribunal; estas practicando una forma de usurpación judicial de facultades.
>
> Activismo judicial: no podemos confiar en un electorado cada vez más conservador para proteger a los desvalidos o para salvaguardar los derechos humanos básicos; Traicionamos el espíritu mismo y el propósito de la Constitución si nosotros no intervenimos. (Kmiec, 2004, p. 1449)

Kmiec (2004) destaca que el principal aporte de Schlesinger consistió en identificar las tensiones estructurales que caracterizan esta discusión. El fenómeno se expresa a través de diversos dilemas institucionales, entre ellos: la contraposición entre jueces no elegidos por la vía popular y la legitimidad de normas democráticamente promulgadas; la tensión entre

interpretaciones orientadas a resultados y aquellas sustentadas en principios jurídicos; así como entre una aplicación estricta y una más flexible del precedente judicial. Asimismo, el autor señala que estas tensiones se proyectan también sobre aspectos relacionados con la supremacía democrática, la protección de los derechos humanos y la relación permanente entre el Derecho y la política.

La problemática del activismo judicial planteada por Schlesinger luego pasaría a cobrar notoriedad marcadamente en los Estados Unidos a partir de la segunda mitad el siglo XX, donde se creía que la Corte Suprema estadounidense podía jugar un rol positivo promoviendo reformas sociales progresistas frente al poder conservador del Congreso americano. Se volvió, por ende, un espacio donde los jueces podían atender las necesidades de las minorías y de ideales mayoritariamente no aceptados. Sin embargo, en años posteriores, los conservadores volvieron a tener el control de la Corte Suprema, siendo entonces señalados por ejercer activismo judicial.

1.2.2. El activismo judicial en el marco de los derechos fundamentales

El activismo judicial se ha manifestado sobre todo en el ámbito de los derechos humanos o fundamentales. En este sentido, son emblemáticas algunas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como Brown v. Board of Education (1954), que ordena la desegregación racial en las escuelas de ese país, o Roe v. Wade (1973), que reconoció a las mujeres el derecho a interrumpir libremente su embarazo durante el primer trimestre, a partir de un "derecho constitucional a la primacía" construido jurisprudencialmente.

Esta última sentencia permaneció vigente durante casi medio siglo, a pesar de las críticas que cuestionaban la ausencia de un fundamento constitucional explícito que sustentara el derecho reconocido. Sin embargo, en 2022, una integración de orientación más conservadora de la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó el precedente, modificando sustancialmente la interpretación constitucional que había prevalecido durante décadas en materia de aborto.

Podría argumentarse, a partir de lo expuesto anteriormente, que la protección de las minorías constituye la antesala del activismo judicial. De acuerdo con Pérez Luño (1997), la Constitución la entendemos como un pacto en el que los intereses de todos los sectores de la

sociedad se ven representados. Eso incluye a las minorías dado que la Constitución brinda un marco de derechos fundamentales bajo el cual todos somos iguales y tenemos el mismo derecho a acceder a la justicia y a recibir tutela de nuestras garantías.

Entonces, siguiendo esa línea argumentativa, los jueces, que deben ser aplicadores de estos principios rígidos de la Constitución para resolver los conflictos de los sujetos de derecho que se dirigen a la administración de justicia, deben realizar una interpretación acorde con la realidad que enfrentan.

En esta labor hermenéutica existe la posibilidad de realizar un ejercicio tradicional por el que se busca la literalidad de la norma o interpretarla siguiendo el bloque de constitucionalidad y el sentido integral de la Constitución, mientras que la otra opción es que el juez aplique su discrecionalidad forzando la lectura constitucional en *pro* de llenar de contenido un vacío procesal o de fondo valorativo de la Constitución para atender las necesidades de cierto individuos o colectivos que presentan una condición social de desventaja frente al poder político o de las mayorías. El problema se presenta cuando dicha discrecionalidad no se ampara en un marco normativo interno o internacional, sino que obedece a motivaciones ideológicas y a aspectos coyunturales que distorsionan la labor interpretativa como garante de la Constitución.

Los jueces tienen el deber de garantizar el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales de todas las personas, adoptando una visión de largo plazo para consolidar la justicia constitucional del país y el fortalecimiento del Estado de Derecho. De esa manera, la función jurisdiccional complementa la labor legislativa y se sustenta en la separación de poderes del Estado. Su labor es la de ejercer un control sobre la arbitrariedad y el abuso, buscando la primacía de la Constitución y la protección de los derechos de todas las personas.

En ese marco, los jueces están habilitados, incluso obligados por la Constitución, a ejercer un control sobre todos los sectores, incluido el poder legislativo, que pueden abusar injustamente de sus facultades de confianza otorgadas para legislar. En ese sentido, el control de constitucionalidad efectuado por los jueces constitucionales se sustenta en el principio de frenos y contrapesos.

1.2.3. La Constitución como garantía del sistema democrático

Ferrajoli (1999) sostiene que uno de los fundamentos esenciales del Estado Constitucional de Derecho radica en que el ejercicio del poder y la producción normativa se encuentran sometidos a límites establecidos por los derechos fundamentales, los cuales no pueden quedar sujetos a la voluntad circunstancial de las mayorías. Esta premisa resulta relevante porque, en determinadas circunstancias, las decisiones respaldadas por mayorías pueden derivar en dinámicas que desconozcan los derechos de grupos minoritarios. En ese sentido, el gran historiador griego Polibio ya advertía los riesgos asociados a la degeneración del gobierno popular hacia el gobierno de la muchedumbre.

Padilla (2015), retomando la concepción clásica de Polibio, sostiene que la degradación del sistema democrático hacia una oclocracia se consolida mediante la convergencia de tres dinámicas críticas. En primer lugar, se activa una desmesura social descrita tradicionalmente como *hybris*, la cual introduce dinámicas de agresión y descontrol en el comportamiento de las multitudes. A esto se suma un quiebre del orden legal, denominado *paranomía*, en el que la transgresión constante y sistemática de las normas vigentes termina por anular la efectividad de los órganos de justicia. Finalmente, este escenario da paso al absolutismo de las masas, un fenómeno que desplaza los mecanismos de la democracia representativa al imponer un modelo plebiscitario, sometiendo las decisiones del Estado al dictado de mayorías.

La Constitución, en ese sentido, busca no solo proteger a todos los miembros de una nación, sino también ser el parámetro guía de toda actuación, tanto de la clase dirigente como de la población. Esto con la finalidad de que ni los gobernantes ni los gobernados puedan desarrollar conductas lesivas que pongan en riesgo el ordenamiento social. Estas conductas podrían originarse desde el seno popular con iniciativas de carácter populista que atentan contra más de un derecho fundamental y/o también la actuación de una elite de poder político que, controlando la actuación legislativa, genera leyes contrarias al interés de la población.

De acuerdo con Quispe (2012), conviene diferenciar entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. El primero es un sistema en el que la ley determina los parámetros de poder y constituye el marco de control de cualquier accionar. Pero dicha ley

puede caer en la arbitrariedad, tiene como centro una serie de intereses elitistas y no es representativa de la realidad social ni de la voluntad popular.

1.3. Activismo jurídico como ejercicio jurisdiccional

El activismo judicial se constituye como una práctica de ejercer justicia. Como señala Verdugo y García (2013) “las cortes alteran significativamente las preferencias de las mayorías parlamentarias o las concepciones del constituyente” (pp.69)."Ello demuestra que el activismo es, antes que nada, una lucha política y moral (y no solo jurídica)" (pp. 66).

Según Waldron (2006), caracteriza al activismo judicial la presencia de dos tipos de *judicial review:* el *strong judicial review* y el *weak judicial review*. El primero es un sistema de fuerte revisión judicial, donde los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular, aunque la ley, en sus propios términos, se aplique claramente en ese caso, o para modificar el efecto de una ley para hacer que su aplicación sea conforme con los derechos individuales.

Además, los tribunales de este sistema tienen la autoridad de establecer como cuestión de ley que no se aplicará a una disposición legislativa determinada, de modo que, como resultado de la crisis de la impugnación de una ley que se han negado a aplicar, se hace efectiva una letra muerta. Una forma de revisión judicial aún más fuerte permitiría a los tribunales eliminar efectivamente una ley del orden normativo por vulnerar derechos fundamentales.

Por el contrario, en un sistema de revisión judicial débil, los tribunales pueden analizar la legislación para verificar su conformidad con los derechos individuales, pero no pueden negarse a aplicarla ni moderar su aplicación simplemente porque los derechos serían vulnerados de otro modo.

Según Waldron (2005), en el Reino Unido los tribunales tienen la facultad de revisar una norma legal y emitir una declaración de incompatibilidad cuando consideran que dicha disposición contradice alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporado al ordenamiento británico mediante la Ley de Derechos Humanos. En adición a ello Waldron (2006) sostiene de igual forma:

> Argumentaré que, en relación con estos supuestos, la sociedad en cuestión debe resolver los desacuerdos sobre los derechos que sus miembros tienen al utilizar sus instituciones legislativas. Si estas suposiciones son válidas, el caso para remitir tales desacuerdos a los tribunales judiciales para el acuerdo final es débil y poco convincente, y no es necesario que las decisiones sobre los derechos hechos por las legislaturas sean evaluadas por los tribunales. Y argumentaré que permitir que las decisiones judiciales anulen las decisiones legislativas sobre estos asuntos no satisface criterios importantes de legitimidad política. Permítanme, primero, formular los cuatro supuestos. (p. 1360)

Waldron (2006) analiza cuatro situaciones jurídicas y políticas que de estar funcionado correctamente no necesitarían que se produzca el activismo judicial que corrija lo que los legisladores han hecho. Estas cuatro son:

1. Las instituciones democráticas: Si todas las instituciones y los poderes de un Estado respetan el sistema normativo y lo hacen respetar, hay menor probabilidad de que los jueces tengan que corregir lo que los legisladores han desarrollado debido a aparentes injusticias.
2. Las instituciones judiciales que hacen justicia siguiendo el rule of law: si las instituciones de justicia se ciñen al imperio de la ley, no tienen por qué existir comportamientos que desvirtúen la supremacía de quienes representan al poder constituyente en materia legislativa.
3. Un compromiso por parte de las mayorías para que se respeten los derechos fundamentales de las minorías: los jueces constitucionales no tendrán que volverse activistas políticos que protejan los derechos de las minorías sociales, sino que, para ello, ya estará el campo legislativo, donde sus intereses estarán representados.
4. Desacuerdos sustanciales y de buena fe sobre derechos concretos: la sociedad podrá discrepar sobre diversas cuestiones, pero precisamente de ello versa la democracia. La discrepancia, sin embargo, no debe limitarse a ello, sino que debe basarse en la necesidad de que todas las partes ostenten buena fe para llegar a soluciones concretas.

Waldron (2006) sostiene que las instituciones judiciales presentan determinadas características que delimitan la naturaleza de su actuación. En primer lugar, su intervención

no se produce de oficio ni en función de consideraciones abstractas, sino a partir de controversias concretas planteadas por quienes acuden a la jurisdicción en defensa de una pretensión determinada. Asimismo, los asuntos sometidos a su conocimiento se desarrollan dentro de una estructura adversa y binaria, en la que posiciones contrapuestas son expuestas y confrontadas mediante el debate jurídico. Finalmente, la actividad jurisdiccional mantiene una estrecha relación con sus propias decisiones anteriores, recurriendo a ellas como parámetros interpretativos para resolver casos que presentan circunstancias o elementos jurídicamente semejantes.

La postulación de Waldron, restrictiva para algunos, se basa en un criterio objetivo: la labor de ponderación de las cortes debe presumir la constitucionalidad a favor de las legislaturas. La idea no es que el *judicial review* sea o no sea eficiente; más bien, se trata de que las decisiones fundamentales de alta política han sido conferidas al Poder Legislativo, a quien la Constitución le ha atribuido, de modo determinante, esta facultad. Así las cosas, el acto esencial de la voluntad popular democrática fue confiado a un poder concreto y la revisión judicial permite la invalidación de estos actos, pero solamente cuando existe un error claro y evidente contra el espíritu de la Constitución, dependiendo del caso concreto.

1.3.1. El judicial restraint como contrapeso del judicial review

De acuerdo con Posner (1983) el *judicial restraint* exhorta a los jueces a abstenerse de decidir sobre cuestiones legales, y especialmente a cuestiones constitucionales, a menos que la decisión sea necesaria para resolver una disputa concreta donde exista una manifiesta vulneración. A nivel sustantivo, exhorta a los jueces que revisan materia constitucional a otorgar deferencia sustancial a los puntos de vista de los poderes legislativos elegidos por el pueblo e invalidar sus acciones solo cuando se hayan violado claramente los límites constitucionales. La palabra *restraint* en español quiere decir control o limitación, se entiende entonces como la limitación que se le pone a la potestas jurisdiccional.

Posner (1983) nos dice que el *judicial restraint* puede ser explicado en los siguientes cinco sentidos:

1. Un juez autocontenido no permite que sus propios puntos de vista de la política influyan en sus decisiones.
2. Es cauteloso, prudente, vacilante acerca de entrometer sus puntos de vista

3. Él es consciente de las restricciones políticas prácticas en el ejercicio del poder judicial.
4. Sus decisiones están influenciadas por una preocupación en la aplicación concreta de ley dada por el sistema constitucional, no buscando crear nuevo derecho que entorpezca el sistema que ya está en funcionamiento.
5. Busca reducir el poder de su sistema judicial en relación con el de otras ramas del Estado para facilitarle a estas la gestión del gobierno. (Posner, 1983, p.10)

Esto significa, tal como lo expone Posner (1983), que, en su conjunto, este tipo de juez renuncia a sobreponer su parecer ideológico o moral a lo ya establecido en la ley. No busca ser un precursor en la creación de nuevo derecho a través de la jurisprudencia, sino que busca fortalecer el sistema ya existente para volverlo predecible y confiable. Ello solo se podrá conseguir a través de la permanente y consecuente aplicación de la ley como fue diseñada por el legislador. Ello no significa que el juez no podrá interpretar la norma de acuerdo a cada caso, sino que no buscará salirse de los márgenes que la misma le provee para hacer justicia.

> *So, if he is a federal judge, he will want his court to pay greater deference to decisions of Congress, of the federal administrative agencies, of the executive branch, and of all branches and levels of state government (including state courts). It is not a liberal or conservative position as such, because it is independent of the policies that other governmental institutions happen to be following. It will produce liberal or conservative outcomes depending on whether the courts are at the moment more or less liberal than other institutions.* (Posner, 1983, p. 12)

Esta cita de Posner sobre la relación entre la labor del juez y el desarrollo estatal, en la que desarrollan los otros poderes del Estado, muestra un ejercicio integral del Derecho en el que los jueces actúan de acuerdo con una línea democrática institucional que les delimita la esfera de sus acciones. Estos responden a la realidad social que ha recogido el constituyente en el ejercicio de su representación política y los jueces deben respetar por ende la moral social y la manera en cómo se ha distribuido el poder. Ello, evidentemente, suscita cuestionamientos, dado que, como lo abordamos con anterioridad, no siempre lo que decide el poder constituyente se hará en defensa de las minorías. En ocasiones, las leyes serán

resultado de intereses políticos de algunos cuantos grupos de poder que responden al populismo o a agendas no consensuadas. Vale preguntarnos por ello qué clase de Estado queremos y, en función de eso, ver qué clase de justicia necesitamos.

Es en respuesta a dicha interrogante que resulta importante analizar la segunda propuesta de Estado desarrollada por Lijphart (2000), quien nos explica que, frente al modelo tradicional de Estado mayoritario, surge la concepción del Estado consensual. En este caso, es posible que exista fragmentación social, pero la idea es que todas las visiones puedan verse representadas y todas las voces escuchadas, aunque no necesariamente sean la mayoría dominante. Eso significa que puede darse una forma de democracia en la que no solo gobiernan las mayorías, sino que el poder también se distribuye entre quienes están en situación de desventaja. De esta manera, se puede configurar una democracia consensual, caracterizada por la pluralidad ideológica y de posiciones frente a las leyes y a la implementación de diversas políticas. Justamente, el reto de ello es lograr que se respeten las posiciones diversas y que se puedan negociar acuerdos para convivir en paz o acercarnos lo más posible a ello.

De acuerdo con Cover (1982), el *judicial review* estaría apareciendo como un modelo aceptable para resguardar los derechos de las minorías en un Estado que se ha olvidado de protegerlas. Pero eso al mismo tiempo crea un debate en relación con el sentido de la democracia y al respeto también de la voluntad mayoritaria. Si bien, como decía Dahl (1992) el camino hacia la idea de democracia, que es más un concepto teórico que real, sería el gobierno de los muchos o la poliarquía, que debía caracterizarse por ser un sistema donde todos los ciudadanos tienen que tener el derecho a manifestar sus preferencias y a que estas se puedan cristalizar. Pero para que ello ocurra mediante procesos institucionales y de participación popular, también deben existir debates sobre las mejores propuestas para una sociedad. Pero justamente ese debate es parte del terreno político y no del judicial, dado que en el fallo de un tribunal supremo o del Tribunal Constitucional solo dirimen un grupo mínimo de seres humanos que no representan en ningún extremo al gran conglomerado de individuos y ciudadanos que deberían dialogar para construir los cimientos de la nación.

El activismo judicial lo vimos florecer durante el mandato del presidente de la Corte Suprema Earl Warren (1953–69), cuando la corte comenzó a adoptar posiciones más liberales

que las de los estados y el gobierno federal, y la moderación se convirtió en un tema político conservador común. Los jueces que apoyaron la moderación durante este período incluyeron a John Marshall Harlan (1955–71) y Frankfurter, quienes continuaron respaldando el principio incluso cuando la política cambió a su alrededor.

En general, la moderación del *judicial restraint* se considera necesaria debido a que en una democracia los funcionarios electos deben desempeñar el papel principal en la formulación de políticas. Los tribunales que no son suficientemente respetuosos del orden constitucional que delimita las facultades de los legisladores y ejecutivos electos pueden usurpar ese papel y restringir indebidamente el autogobierno democrático. Por otro lado, la protección de los derechos constitucionales, en particular los de las minorías, exige cierto grado de asertividad judicial. Un tribunal restringido puede negarse a intervenir ante las infracciones graves de tales derechos y, de hecho, ello sucedió en más de una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, que hemos tomado como referencia en este primer capítulo. Entre estos fallos están Plessy v. Ferguson (1896), en el cual la Corte confirmó la segregación racial en los vagones de ferrocarril, y Korematsu v. Estados Unidos (1944), en la que dicha Corte confirmó la discriminación racial contra los estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial.

1.4. Tipos de activismo judicial según su manifestación

Maraniello (2012), en su libro *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, ha distinguido dos tipos de activismo judicial, a saber:

a. Activismo razonable o justo: que puede consistir, por ejemplo, en:

- *Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos*: sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes. El Tribunal Constitucional, a través de su doctrina jurisprudencial, ha creado la autonomía procesal constitucional, por la cual hace justamente lo que se menciona en este supuesto. Se puede encontrar su origen en la STC. 013-2002 AI/TC.
- *"Crear" derechos"*: garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de relevancia constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos, derivación del artículo 3 de la Constitución.

- Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
- Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.

b. Activismo irrazonable e injusto:

- Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias.
- Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
- Convalidar excesos del poder en general. Este punto tendría una función residual por la cual toda conducta que no tenga una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de excesos de poder general. (Maraniello, 2012, pp. 55-56)

Desde el punto de vista de Maraniello, el concepto de activismo judicial puede ser disgregado entre justo o injusto dependiendo de las acciones llevadas a cabo por el juez constitucional. Sin embargo, su definición y desarrollo del concepto nos llevan a cuestionar la necesidad de mantener una concepción positiva y negativa del mismo. En la presente investigación no se comparte la idea de un activismo judicial positivo, pues determinadas actuaciones, como la interpretación extensiva de derechos, la integración normativa o el desarrollo jurisprudencial orientado a garantizar una tutela efectiva de los derechos fundamentales, no constituyen manifestaciones extraordinarias de activismo judicial, sino facultades inherentes a la propia función constitucional que los jueces están llamados a ejercer. No existiría razón para calificar como activismo judicial aquellas actuaciones que forman parte del ejercicio legítimo de la jurisdicción constitucional. No obstante, la clasificación desarrollada por Maraniello resulta útil como punto de partida metodológico para delimitar una definición más precisa del activismo judicial y analizar posteriormente aquellos casos en los que la actuación jurisdiccional pueda exceder los límites constitucionalmente establecidos.

Con respecto a la ampliación de figuras procesales, esto ya se viene dando a través de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano, especialmente a partir de la STC Exp. N.° 0014-2002-AI/TC. No le llamamos activismo judicial, sino autonomía procesal constitucional. Esta constituye la facultad que tiene el Tribunal

Constitucional de desarrollar, mediante sus sentencias y con el objetivo de brindar una mayor tutela de los derechos constitucionales, una serie de figuras procesales para suplir los vacíos dejados por el Código Procesal Constitucional o adecuar la aplicación de algunas de sus disposiciones mediante una interpretación *pro persona* a través de los diversos tipos de sentencias explicadas.

La autonomía procesal del Tribunal Constitucional abre el camino para una necesaria ampliación de sus propias competencias. La capacidad de delimitar el ámbito de sus decisiones tiene como premisa perfeccionar el marco procesal ya existente para hacerlo más eficaz en la tarea de resguardar los derechos fundamentales de las partes en el proceso constitucional. Esta posición que respalda la creación de nuevas figuras procesales solo tiene sentido jurídico y moral por una única razón: la tutela de los derechos. Es por ello que toda practica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para crear figuras procesales que no sumen a la construcción de un marco normativo más fuerte en favor de la persona humana, sino que se instrumentalicen en favor de una determinada causa personal, ideológica o política o en favor de personajes políticos, se configura como una vulneración al principio de igualdad ante la ley y un atropello al deber ser de la función de la jurisdicción constitucional.

1.4.1. El riesgo de la desnaturalización del control constitucional

Respecto al extremo de crear derechos es donde voy a discrepar del desarrollo doctrinario realizado por Maraniello. Principalmente porque no considero la facultad constitucional de un juez el "ampliar la nómina de derechos protegidos". La Constitución Política de nuestro país no le reconoce tal función a nuestra corte constitucional. Maraniello forma parte de una tendencia académica que concibe las cortes constitucionales como un espacio en el que es necesario tutelar los derechos de los grupos vulnerables de la sociedad. Esto se debe a que, en el ámbito legislativo, la agenda de los derechos civiles de las minorías está relegada. Esto se traduce a un permanente estado de insatisfacción sociopolítica por parte de estos grupos minoritarios, quienes se encuentran en estados de indefensión. El problema con este postulado es que presupone que 1. el parlamento no resulta espacio suficiente para la deliberación sobre materias sociales y 2. si es que ese fuera el espacio idóneo, como manda la Constitución, tomará tiempo para que se pueda llegar a resultados que protejan a estas personas, por lo tanto, los jueces constitucionales deben actuar, ergo, constituirse en

activistas. Bajo ese supuesto, los magistrados pueden caer en el equívoco de considerarse más aptos para la tarea de proteger derechos constitucionales, irrogándose la facultad de legislar en positivo, que la Constitución no les reconoce, vulnerando así el Estado de Derecho.

Los derechos emanan de la Constitución, a partir de un desarrollo axiológico que realiza la propia sociedad, y luego pasamos al desarrollo de los principios o normas que forman parte del campo deontológico. La tarea de nuestros legisladores es definir qué es ley y qué no lo es. Esta diferencia entre valores y principios que desarrolla el profesor Robert Alexy (1993) en su libro "Teoría de los Derechos Fundamentales" es de suma importancia, dado que nos permite ver la transición de lo social y cultural que engloba las creencias, convicciones y valores políticos hacia la positivización de estos en textos jurídicos que norman la vida social.

Permitir que un Tribunal Supremo tenga la autoridad para resumir todo ese proceso básico para el desarrollo de una democracia a la interpretación de la realidad de siete magistrados, es un grave peligro para cualquier Estado de Derecho Constitucional. La razón de este peligro es que se suplanta la dinámica del poder constituyente y la relación de sujeción que tienen los poderes constituidos que forman parte del orden constitucional a la fuerza imperativa del orden constituyente.

Justamente uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados por García Toma (2003) en su artículo "Valores, principios, fines e interpretación constitucional", es el principio ideológico-doctrinario. El mismo consiste en la proyección de valores políticos que implican una concepción integradora de las creencias morales y cognitivas sobre el hombre, la sociedad y el Estado. Como tal, invita a la acción y praxis consecutoria de un determinado tipo o modelo de sociedad.

Si le reconocemos al Tribunal Constitucional el poder de crear o reconocer derechos no materializados en nuestra propia legislación ni en la Constitución, o si le permitimos legislar sobre materias que el Legislativo aún no ha debatido, lo que estamos haciendo es resquebrar el principio ideológico doctrinario del Derecho Constitucional y, posteriormente, el principio de fórmula política, que, dentro del mismo, desarrolla la regla de la independencia de poderes como forma de organización de un Estado democrático.

Estaríamos por lo tanto cayendo en los dos errores, primero, permitir que una corte de justicia constitucional resuma en sí misma la potestad del poder constituyente, usurpándolo y decidiendo por la vida de millones de personas cuyos puntos de vista y concepciones de la vida humana podrían diferir de la de los magistrados en cuestión; y, segundo, quebraríamos la independencia de poderes, en tanto el Tribunal Constitucional pasaría a desempeñar funciones constitucionalmente reconocidas al Poder Legislativo. Y, de esta forma, se estaría claramente transgrediendo la Constitución.

1.4.2. Supuestos para comprender la desnaturalización del control constitucional, devenido en activismo judicial

Tomando en consideración la lectura integral de Maraniello (2012) respecto al activismo judicial, es imperativo notar que la noción positiva del concepto no resulta compatible con el entendimiento del activismo judicial como el ejercicio hermenéutico del juez que, llevado hacia un extremo, nos da los siguientes escenarios:

a) Se trasciende la literalidad de la norma, contradiciendo lo taxativamente expuesto en los códigos y contraviniendo el fondo de lo legislado. De esta manera, dicha interpretación cambia el sentido de la norma estatuida. No sólo realizaría una interpretación que derivaría en una norma adscrita, sino que llevaría a una hiperadscripción. El activismo judicial se perpetra entonces cuando se rebasa lo que Hart (1994) denomina la textura abierta de las normas y se contraviene el espíritu de la ley o el sentido que el legislador le dio al promulgarla.

b) Cuando el juez, haciendo un uso exacerbado de su labor hermenéutica, crea o reconoce situaciones jurídicas no establecidas en la Constitución y legaliza de forma positiva determinados derechos, invadiendo así las atribuciones constitucionales del Poder Legislativo.

c) Cuando, haciendo abuso de la facultad de la autonomía procesal constitucional, se crean figuras procesales para beneficiar causas particulares con fines ideológicos y/o políticos, que no tienen como finalidad beneficiar a todos los justiciables por igual.

d) Cuando, utilizando su poder constitucional, los jueces deciden avasallar la independencia de otras instituciones mediante sentencias que invaden las competencias de otros organismos constitucionalmente autónomos.

A partir de la disgregación realizada se advierte que:

- Los cuatro escenarios expuestos no resultan positivos para el Estado constitucional.
- Los casos en donde alguna parte de la doctrina le reconoce al activismo judicial una razón de ser, justa o racional, como la creación de figuras procesales para llenar vacíos o la de interpretar la Constitución para favorecer a grupos sociales vulnerables, no son, en estricto, casos de activismo judicial.

Reconocemos que históricamente se han catalogado como activismo judicial las decisiones polémicas de algunas cortes. No obstante, tras analizar con detenimiento, se puede advertir que estos jueces constitucionales sólo estaban cumpliendo el encargo de su Constitución Política. Un juez constitucional, mal denominado activista, será aquel que no sólo será un mero aplicador de la ley sino un juez justo que sabrá explotar su labor hermenéutica para el mejor desarrollo de los derechos fundamentales.

Así las cosas, esta tesis no adopta una posición extrema, como quizá la tiene Waldron, contra el control constitucional. El control constitucional es necesario en la medida en que se ejerce dentro de los marcos establecidos por la Constitución. El señalamiento se centra en la malversación de dicho control para favorecer causas e intereses ajenos a los fines de la tutela jurisdiccional efectiva, poniendo en riesgo el Estado democrático y constitucional de Derecho. Por ello, para efectos de la presente tesis, vamos a considerar el activismo judicial como un fenómeno siempre negativo, dadas las consecuencias mencionadas anteriormente.

1.4.3. Definición de activismo judicial para la tesis

Resulta metodológicamente apropiado recoger lo planteado conceptualmente en este primer capítulo, a fin de concentrarlo en nuestra definición de activismo judicial, para abordar los casos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que abarca el Capítulo II de la presente tesis. No sería idóneo encasillar el término de activismo judicial en una sola definición, ya que la doctrina nos ofrece una concepción variada de este. En ese sentido, voy a delimitar de forma concisa qué entendemos por activismo judicial y cuáles son sus formas de manifestarse.

El activismo judicial, a la luz de lo elaborado en el presente capítulo, es el ejercicio de la labor jurisdiccional que tiene como característica esencial el resolver conflictos jurídicos de acuerdo con los intereses, las concepciones ideológicas y la interpretación discrecional del propio juez, la cual trasciende la literalidad de la norma y lo que se encuentra taxativamente expuesto en los códigos elaborados por los legisladores. El activismo entonces es, en sus cimientos, la regular facultad del juez de aplicar su discrecionalidad, pero llevada hacia un extremo. Ello tiene efectos prácticos. Dicho ejercicio, dependiendo de los casos concretos, puede suponer una amenaza para el orden constitucional. Ello dependerá, por un lado, de las razones que llevan a un juez a convertirse en un activista judicial y, por otro, de los efectos que dicha conducta genera en el ordenamiento jurídico del país.

Por un lado, podremos evidenciar que el argumento que se basa en la protección de los derechos fundamentales, se encuentra justificado en tanto se colabora con el marco de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, existen otros casos, como los que analizaremos de nuestro Tribunal Constitucional, en los que los jueces constitucionales se convierten en activistas judiciales, pero no para resguardar derechos fundamentales, sino para instrumentalizar el poder del control constitucional al servicio de determinadas causas o intereses particulares. En los casos que analizaremos en la presente tesis, presentaremos los siguientes dos escenarios de manifestación: por un lado, el activismo judicial que crea figuras normativas de carácter procesal o regula aquello respecto del cual el Parlamento no ha legislado.

Esta se produce cuando, mediante su jurisprudencia, las cortes o, en el caso de esta tesis, los jueces constitucionales, crean figuras procesales no reconocidas en la ley ni en la Constitución. De esta manera, los jueces no solo son intérpretes del texto normativo. Ya no solo expulsan del ordenamiento jurídico aquello que va contra la Constitución, sino que también, en virtud de la autonomía procesal constitucional, crean figuras jurídicas que en la práctica pueden utilizarse como un mecanismo procesal funcional para dar viabilidad a acciones constitucionales que, en otros escenarios, habrían devenido en improcedentes.

Por otro lado, el activismo judicial que se utiliza para irrogarse facultades constitucionales de otros poderes del Estado, abusando del control constitucional para intervenir en otras instituciones autónomas. A diferencia del primer caso, donde utilizar las

sentencias para legislar en positivo puede ser tanto beneficioso como perjudicial para el orden constitucional, dependiendo del caso concreto, en esta segunda manifestación del activismo judicial solo nos encontramos ante un supuesto de vulneración de la Constitución tanto por la forma como por el fondo.

El activismo judicial y el *judicial review* muestran un considerable grado de arbitrariedad y discrecionalidad que podrían afectar el orden constitucional y contravenir la soberanía popular, como también han demostrado ser un instrumento de control de los derechos fundamentales en la protección de grupos sociales desfavorecidos frente a los poderes de las grandes mayorías. Frente al *judicial review* se nos muestra una manera de limitar esa potestad del juez en la *judicial restraint* que, si bien busca respetar la voluntad de los legisladores, puede también significar no accionar una hermenéutica en pro del marco de los derechos humanos.

En el capítulo siguiente, analizaremos la jurisprudencia constitucional peruana en donde identificaremos si se ha producido este denominado activismo judicial para luego poder determinar su impacto en el orden constitucional.

CAPÍTULO II: MANIFESTACIONES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

El presente capítulo desarrolla el análisis jurisprudencial de decisiones emblemáticas del Tribunal Constitucional del Perú con el propósito de identificar las manifestaciones concretas del activismo judicial abordado teóricamente en el Capítulo I.

2.1. Análisis del control jurisprudencial

A través del estudio de los casos Hinostroza Pariachi vs. Consejo Nacional de la Magistratura, Ollanta Humala y Nadine Heredia vs. Poder Judicial —relativo a la creación de la figura procesal de la "firmeza sobrevenida"—, y el caso Keiko Fujimori Higuchi vs. Poder Judicial, se evidencia una tendencia del Tribunal Constitucional a expandir los alcances de su competencia mediante la reinterpretación de normas procesales y sustantivas con fines políticos.

Cada uno de estos precedentes permite observar cómo el Tribunal Constitucional ha ejercido un rol creador, correctivo y, en ocasiones, sustitutivo respecto de los poderes tradicionales del Estado, confirmando la tesis de que el activismo judicial en el Perú ha adquirido una forma particular, asociada a contextos de crisis institucional y a la politización de la justicia constitucional. De este modo, el capítulo busca aplicar las categorías conceptuales expuestas en el marco teórico —como las de Pérez Luño, Maraniello, Waldron, Posner y Gargarella— a la praxis jurisprudencial concreta, a fin de determinar si la

intervención del Tribunal en estos casos responde a un ejercicio jurisdiccional legítimo orientado a la tutela de derechos, o a un activismo judicial irrazonable y nocivo que afecta la seguridad jurídica y el principio de separación de poderes.

2.1.1. De los tipos de control constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional

De acuerdo con García Toma (2013), las normas jurídicas de la Constitución son el sustento de todas las normas infraconstitucionales que se sitúan sobre la base de estas. Se trata de verlo tal cual si fuera la pared de una pirámide. Cada bloque da soporte a lo que se posa sobre él, como cada norma dota de validez a la norma de menor jerarquía que sostiene. Dentro de este esquema se despliega lo que conocemos como el control de la constitucionalidad, es decir, el análisis que se hace sobre las normas, a fin de que ninguna vulnere las normas constitucionales. Gráficamente, el análisis se centra en verificar si hay bloques al aire que no se sustentan en ningún bloque que forme la base de la estructura y, si ocurre, estamos ante una norma inconstitucional.

La norma constitucional sirve de base para el sustento de todo el ordenamiento normativo, por lo tanto, la validez debemos entenderla como la ausencia de vicios de las normas jurídicas infraconstitucionales, conservando la armonía con la norma constitucional. Para ello, deberá realizarse un control de constitucionalidad. Todos los tipos de control constitucional pueden dividirse en tres clasificaciones, cada una de las cuales presenta dos maneras contrapuestas de control constitucional, lo cual no debe confundirse con los sistemas de control constitucional que abordaré más adelante.

a. Control constitucional según el tipo de análisis

Tenemos el control constitucional según el tipo de análisis, según el tipo de autoridad y según el tipo de infracción.

Pulido Ortiz (2011) nos habla de los diferentes tipos de control constitucional, recogiendo las prácticas de diferentes cortes constitucionales de América Latina, las cuales varían este ejercicio según la finalidad que buscan, dependiendo de cada proceso, por lo que existen diferentes tipos y alcances según el tipo de análisis, según la autoridad y según la infracción constitucional:

- **Al control abstracto:** Es abstracto porque el examen incide en un análisis estrictamente normativo, es decir, sólo observamos normas en abstracto, no aplicadas a un caso concreto. Por ejemplo, cuando analizamos una ley para saber si es constitucional o no, no vemos cómo se aplica; no importan los casos concretos; analizamos en abstracto solamente las normas. Por ende, si la norma es inconstitucional, los efectos son generales. Es decir, dicha norma se aparta del ordenamiento normativo y ya no se aplicará.
- **Al control concreto:** el control concreto consiste en un análisis de aplicación normativa; es decir, observamos las normas aplicadas a un caso concreto. Por ejemplo, cuando la aplicación de una ley vulnera los derechos fundamentales de una persona en particular, pero no vulnera los derechos de otras personas, no se puede eliminar dicha norma; la consecuencia jurídica sería la inaplicación de la norma sólo para el caso concreto.

b. Control constitucional según la autoridad

- **Control difuso:** poder distribuido entre varios órganos comunes. Todos los jueces del Poder Judicial tienen la potestad de inaplicar las normas al caso concreto cuando su aplicación vulnera la Constitución.
- **Control concentrado:** cuando el poder para ejercer el control constitucional se concentra en un solo órgano. Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional tiene el monopolio del control constitucional abstracto sobre las normas con rango legal, dicho control es concentrado.

c. Control constitucional según la infracción

- **Infracción directa:** cuando una norma de menor jerarquía que la Constitución vulnera una norma constitucional
- **Infracción indirecta:** cuando una norma infralegal de menor jerarquía que la ley vulnera una norma legal. La Constitución señala que debe respetarse la jerarquía normativa. Por ejemplo, a través de una acción popular, que es una garantía constitucional, se pretende que una Sala de la Corte Superior realice un control de constitucionalidad por infracción indirecta a la Constitución cuando una norma reglamentaria que tiene menor rango normativo que una ley está transgrediendo la ley.

El Tribunal Constitucional, al analizar si una ley es inconstitucional, ejerce un control abstracto, concentrado y directo, toda vez que realiza un examen de compatibilidad entre la norma cuestionada y la Constitución sin atender a un caso concreto (García Toma, 2013; Pulido Ortiz, 2011). Una Sala de la Corte Superior, al analizar si un reglamento es ilegal y, por ende, inconstitucional, ejerce un control abstracto, concentrado e indirecto. Si un juez advierte una vulneración de un derecho fundamental en un caso concreto, producto de la aplicación de una ley, ejerce un control concreto, difuso y directo. Si la vulneración proviene de un reglamento que contradice una ley, se aplica un control concreto, difuso e indirecto. Cuando el Tribunal Constitucional revisa un caso que ha llegado a su conocimiento mediante un recurso de agravio constitucional en el que se pretende inaplicar una norma legal, ejerce un control concreto y directo dentro de su función de tutela constitucional y de examen de validez normativa (Carpio, 2015). No obstante, la aplicación de estas modalidades de control dependerá de la acción que los justiciables interpongan.

Desde sus inicios, el Tribunal en nuestro país fue concebido como un organismo especializado en lo constitucional y en el resguardo de los derechos humanos y fundamentales (Landa, 1995). Si bien ha variado en sus formas a lo largo de los procesos históricos y políticos, siempre se lo ha comprendido como un espacio de protección de la Constitución y del sentido que esta tiene para normar la vida en sociedad.

La Constitución es la base del gran andamiaje que es nuestra República. La labor del Tribunal Constitucional es fortalecer esa base fundamental para que nada la resquebraje. Se trata, en la práctica, de expulsar del ordenamiento jurídico aquello que lesiona el espíritu de la Constitución y sus principios. No les ha sido entonces otorgada a los tribunales, como el Tribunal Constitucional, la facultad de escapar a la esfera del control de constitucionalidad ya planteado, para pasar a configurar nuevas realidades normativas, instrumentalizando el derecho constitucional con fines que no se relacionan con la protección de los derechos fundamentales, sino que entorpecen el desarrollo de dicha tarea y ponen en riesgo uno de los fines del derecho: la seguridad jurídica. Cuando la justicia constitucional empieza a ser un instrumento de activismo que no ve la Constitución como fin, sino como medio para adecuar el Derecho a nuestro modo de entender las cosas, es ahí donde la democracia puede estar en riesgo. Más aún si se quiebra la independencia de poderes y se empiezan a irrogar facultades de otras instituciones del Estado con un rango homólogo al del Tribunal Constitucional.

2.2. Interferencia del Tribunal Constitucional con organismos constitucionalmente autónomos

Es sustancialmente importante el análisis de los casos que vamos a realizar en el presente capítulo, dado que nos permitirá brindar claridad a los conceptos que hemos desarrollado en el capítulo anterior y cómo se manifiestan los fenómenos del activismo judicial en prácticas jurisdiccionales que pudieron en su momento haber pasado inadvertidas por la academia o la propia ciudadanía. Estos casos límite nos mostrarán que los patrones se repiten en más de un caso, consolidando un modus operandi para obrar de tal forma que la potestad de un juez constitucional puede extraviarse en la discrecionalidad que supera el estricto ejercicio de la función jurisdiccional.

En ese sentido, es esencial que se escudriñen los razonamientos presentes en estos casos y las motivaciones de su manifestación. Únicamente así podremos identificar si, en efecto, existe un problema y, de haberlo, cuál es la salida que proponemos para el mismo. Del recuento de los hechos, que son sucesos de comprobación material y formal, pasaremos a analizar su desarrollo con base en la doctrina ya expuesta y brindaremos conclusiones preliminares sobre la problemática de la presente tesis.

2.2.1. Caso César Hinostroza Pariachi vs. Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)

a. De los hechos

El caso materia de análisis se inicia en septiembre del año 2010, cuando el otrora Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) convocó a concurso público para cubrir tres plazas de fiscales supremos (Convocatoria Nº002-2010-SN/CNM). Los finalistas, por orden de mérito, fueron César Hinostroza Pariachi, Carlos Ramos Heredia, Mateo Castañeda, Pedro Angulo y Pedro Chavarry (Andina, 2010). Eran épocas en las que el exjuez supremo Hinostroza aún no había sido expuesto mediáticamente como el "hermanito" de los múltiples favores y delitos por los que enfrenta un proceso de extradición. Pero existían elementos para cuestionar su labor profesional, razón por la cual, a pesar de obtener el mejor puntaje del concurso, Hinostroza Pariachi no fue nombrado fiscal supremo por el CNM, por lo que decidió interponer una acción de amparo ante el

Poder Judicial por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones administrativas.

Aquí la cronología del caso:

- **16 de mayo de 2011.** El demandante, César José Hinostroza Pariachi, interpone demanda de amparo contra el CNM. Solicita que se declare la nulidad del Acuerdo N. º 176-2011, del CNM, y que se emita un nuevo acuerdo, previa votación, respetando estrictamente el orden de méritos ya establecido.
- **19 de mayo de 2011.** El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, rechazó liminarmente la demanda, declarándola improcedente en aplicación del artículo 5.7° del entonces vigente Código Procesal Constitucional (2004), que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del CNM en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado.
- **16 de agosto de 2011.** La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó el fallo apelado de primera instancia, declarando la improcedencia liminar de la demanda.
- **8 de setiembre de 2011**. El demandante interpone recurso de agravio constitucional, alegando, entre otros fundamentos, la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas.
- **16 de enero de 2012**. El Tribunal Constitucional mediante STC Exp. N.º 03891-2011-PA/TC resuelve lo siguiente:
    - Declaran fundada la demanda por haber acreditado la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el recurrente.
    - Declaran nulo el Acuerdo N.º 176-2011 que decidió no nombrarlo fiscal supremo.
    - ORDENAN al CNM que emita un nuevo acuerdo que esté debidamente motivado.

- **29 de noviembre de 2012.** El CNM, en sesión plenaria convocada a fin de dar cumplimiento a la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, adoptó el Acuerdo Nº 1614-2012, resolviendo NO nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, al no haberse alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.
- **21 de enero de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, mediante Resolución N.º 34, declaró, entre otros puntos: i) improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por el CNM y ii) que el CNM emita un nuevo pronunciamiento.
- **28 de enero de 2013.** El demandante Hinostroza Pariachi, interpone recurso de apelación por salto al Tribunal Constitucional contra la Resolución N.º 34, alegando que estaba de más otorgarle una tercera oportunidad al CNM para que se pronuncie de nuevo, dado que ello implicaría seguir vulnerando sus derechos fundamentales.
- **9 de setiembre de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional, en mayoría (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), y con votos singulares (magistrados Urviola Hani y Calle Hayen), a través de la STC Exp. N.º 01034-2013-PA/TC, declara fundado el recurso de apelación por salto presentado por Mateo Castañeda, quien seguía el mismo proceso ante el TC que Hinostroza, y ordena al CNM que proceda a nombrar "entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo".
- **14 de abril de 2014.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda) declara fundado el recurso de apelación por salto planteado por el demandante y ordena que el CNM nombre a Hinostroza como Fiscal Supremo, entre otros extremos.
- **12 de mayo de 2014**. El Procurador Público Adjunto del CNM plantea ante el Tribunal Constitucional el pedido de nulidad de la decisión del TC de fecha 14 de abril de 2014.

b. Del CNM dentro del marco de la Constitución Política de 1993

En estricto ceñimiento a la Constitución Política del Perú (1993), vayamos al artículo 150, 154 inciso 1 y 142 respectivamente:

> ***Artículo 150°. -****El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.*
>
> *El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.*
>
> ***Artículo 154°. - Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:***
>
> 1. *Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.*
>
> (Constitución Política del Perú, 1993, arts. 150, 154, inc. 1)

El CNM es, al igual que el Tribunal Constitucional, un organismo constitucionalmente autónomo. En ese sentido, no interfiere en sus funciones ningún otro organismo del Estado. Sus integrantes no están sujetos a mandato imperativo. Y en lo que respecta a los fallos sobre la evaluación y ratificación de jueces y fiscales, la última palabra la tienen ellos. Esa no es palabra de quien escribe esta tesis, sino de la Constitución Política del Perú que en su artículo 142 estipula que:

> ***"****No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces."*

Ahora bien, el artículo 5 inicio 7 del Código Procesal Constitucional (2004) hace una precisión sobre cómo podemos interpretar el artículo 142, al establecer que:

> *"Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado."*

Si la opción de Hinostroza Pariachi era acogerse al precedente Lizana Puelles, podemos concluir que, con base en la interpretación constitucional realizada por los magistrados que dieron ese precedente vinculante, la viabilidad de su acción de amparo estaba respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, esto no guarda ninguna relación con lo siguiente:

- Que el Tribunal Constitucional, conformado por Ernesto Álvarez Miranda, Juan Vergara Gotelli, Carlo Mesía y Gerardo Eto Cruz, utilizara la potestad conferida por la Constitución para interpretar la misma más allá de su contenido y que, alejados de toda coherencia y en un aparente intento de beneficiar a Hinostroza Pariachi, se volvieran activistas judiciales que no respetaron el orden constitucional.
- Que el ejercicio de ese activismo judicial los llevara a interferir en las facultades constitucionales del CNM, ordenándole a este organismo que nombrara fiscales supremos conforme al parecer inconstitucional del TC.

c. De los fundamentos de los magistrados cuestionados

César Hinostroza Pariachi vio cuestionada su legitimidad e idoneidad para el cargo al que postuló cuando diversos medios de comunicación peruanos divulgaron información respecto a bienes que el juez superior no había declarado, a la par de haber ejercido la defensa de un ciudadano chino imputado por el delito de tráfico ilícito de drogas. Los miembros del CNM que votaron en contra de su nombramiento lo fundamentaron en lo siguiente:

> El voto de los señores Consejeros Peláez Bardales, Guzmán Díaz, Mansilla Gardella, Maezono Yamashita y García Núñez, se fundamenta en los cuestionamientos públicos que diversos medios de prensa han dado a conocer en los últimos días respecto de su intervención como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china que fue imputado de presunto Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, como asimismo respecto de la adquisición de un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, situación que ha generado que el señor Presidente del Poder Judicial solicite al jefe de la OCMA una indagación concerniente a esclarecer dichas aclaraciones: a ello se agrega igualmente tenerse en cuenta que la señora Fiscal de la Nación mediante Oficio W 044-20 11-MP-FN comunica que con fecha 24 de enero

del presente año ha dispuesto promover investigación preliminar de oficio contra el citado postulante por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado, por haber adquirido un inmueble ubicado en la Residencial Milon Venture, Miami Beach, Estados Unidos; de otro lado al tenerse conocimiento que también el Poder Judicial a través de la OCMA habría puesto en marcha un procedimiento de investigación, razones todas estas que sin desmerecer de modo alguno el derecho constitucional a la presunción de inocencia de la cual goza dicho postulante no es menos cierto que al menos por el momento no satisface en su totalidad de modo razonable las exigencias para acceder a tan alto cargo *(*Acuerdo N.º 0 176-2011 recogido en la STC 03891-2011-PA/TC).

En la **Sentencia N.º 03891-2011-PA/TC**, el Tribunal Constitucional desestimó estas observaciones en el marco de su facultad interpretativa y de control constitucional. Sobre las objeciones recaídas en César Hinostroza, el Colegiado expuso los siguientes argumentos:

- **Principio de mérito**. Que, con el puntaje de 90 puntos, el recurrente alcanza el primer lugar en el cuadro de méritos, lo cual es fehaciente demostración de sus capacidades intelectuales y académicas, aparte de su experiencia profesional para desempeñarse de forma destacada en las labores que ejercería como fiscal supremo.
- **Idoneidad moral.** Que, con base en el examen psiquiátrico realizado al señor Hinostroza Pariachi, se le certifica como sujeto destacado en la sección de idoneidad moral y ética. El examen arrojó el siguiente resultado: *"Se rige por los principios legales y la dignidad del ser humano."*
- **Archivamiento de la investigación penal.** Que las investigaciones iniciadas contra el postulante fueron posteriormente archivadas, por lo que no existía acreditación objetiva de responsabilidad alguna que justificara afectar su trayectoria ni restringir sus derechos.
- **Del derecho al acceso a la función pública.** Que el Tribunal Constitucional estableció mediante STC Exp. N.° 02203-2023-PA/TC: el acceso a la función pública debe sustentarse en criterios objetivos y en el principio de mérito. En ese

sentido, al haber ocupado el primer lugar en el cuadro de méritos y no haber existido responsabilidad acreditada, se vulneró dicho derecho.

d. De los fundamentos del Tribunal Constitucional

Mediante dicha sentencia, de fecha 16 de enero de 2012, el Tribunal Constitucional, en su parte resolutiva, ordena que el CNM vuelva a votar la designación de César Hinostroza como fiscal supremo. Hasta este punto, puedo disentir de la lectura que hicieron los magistrados, pero no podría afirmar que se haya concretado el activismo judicial, dado que meramente han interpretado una cuestión constitucional. Ello se encuentra en sus facultades. A su modo de ver, existe vulneración de derechos fundamentales y, por ende, corresponde retrotraer el caso al momento anterior a dicha afectación. En ese sentido, el Tribunal le pide al CNM un nuevo pronunciamiento al respecto, que se ajuste a Derecho y esté debidamente motivado. Dicha sentencia se considera cosa juzgada. Al CNM le correspondía pronunciarse nuevamente, con los debidos argumentos, y dar por concluido el proceso. Sin embargo, eso en ningún extremo debía interpretarse como que el CNM debía nombrar a Hinostroza Pariachi. Esa podría ser una de las opciones, siendo la otra ratificar su posición anterior con una debida motivación.

El CNM, con fecha 29 de noviembre de 2012, emite el Acuerdo Nº 0 1614-2012, en el que se confirma el no nombramiento de César Hinostroza como fiscal supremo, dado que no se habían alcanzado los votos que establece la Constitución. Los Consejeros que mantuvieron su posición en contra la fundamentaron debidamente en los siguientes fundamentos:

La circulación en diversos medios de comunicación de reportajes que revelaron la compra, en diciembre de 2005, por parte de su cónyuge, doña Gloria Gutiérrez Chapa, de una segunda residencia en los Estados Unidos de Norteamérica por un valor de $323,800. Frente a este cuestionamiento público, el postulante César Hinostroza Pariachi alegó formalmente en su defensa que desconocía dicha transacción inmobiliaria, pues en la fecha de la adquisición se encontraba separado de hecho de su esposa. Para intentar acreditar este distanciamiento y eximirse de la obligación legal de declarar el bien, presentó como prueba un documento privado con firmas legalizadas titulado "Acuerdo Mutuo de Separación Convencional", fechado el 27 de septiembre de 2004.

De la revisión que hace el CNM del expediente de Hinostroza Pariachi, no se consigna información alguna del postulante respecto de la relación patrimonial con su cónyuge, pese a que tales hechos incidieron en el patrimonio de la familia Hinostroza Pariachi, por ser preexistentes a la postulación del referido Juez Superior a la plaza de Fiscal Supremo. En ese sentido, resulta evidente que el referido postulante no consignó toda su información patrimonial preexistente al momento de su postulación. Más aún, cuando luego se "reconcilió con su esposa", no teniendo la separación antes alegada ningún efecto jurídico-patrimonial.

La Ley N° 27482, establece la obligación que tiene todo funcionario público de presentar su declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas.

El recurrente Hinostroza Pariachi alega que él y su cónyuge firmaron el denominado "Acuerdo Mutuo de Separación Convencional"; no obstante, se puede corroborar que no fue inscrito en la forma establecida por la ley para su vigencia y, por lo tanto, carece de validez.

Al ser el señor Hinostroza Pariachi un funcionario público, se encuentra supeditado al Código de Ética del Poder Judicial del Perú en cuyo artículo 10° se establece: "el juez debe ser transparente en lo relativo a su patrimonio, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos".

El Código de Ética del Ministerio Público (institución a la cual el recurrente pretendía ingresar) establece dentro de la sección de "Principios y Valores", lo correspondiente a la Transparencia de los Fiscales:

> Debemos mostrarnos a los demás tal y como somos, manteniendo una vida pública y privada acorde con la dignidad del cargo. Debemos también ser transparentes hacia la sociedad respecto de nuestro patrimonio, de modo que su licitud esté en permanente disposición de ser demostrada (Ministerio Público–Fiscalía de la Nación, 2011, p. 3).

En la Tercera Consideración Final de este mismo cuerpo normativo encontramos que:

> *"los principios, valores y deberes del presente código de ética, conforman el perfil del fiscal y deben ser considerados en todo proceso de evaluación para las acciones correctivas o de estímulo correspondientes"* (Ministerio Público–Fiscalía de la Nación, 2011, p. 7).

A la luz de estas reglas, los miembros del CNM que votaron en contra concluyeron que el postulante no demostró una conducta que se ajustara estrictamente a lo requerido para ostentar un cargo tan importante de la magistratura.

e. Prevaricato y activismo judicial

> El Juez o el fiscal que dicta una resolución o emite un dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. (Decreto Legislativo N° 635, 2020, p. 101)

El Tribunal Constitucional, con fecha nueve de septiembre de 2013, expidió la STC N° 01034-2013-PA/TC en la cual declaró fundada la apelación por salto interpuesta por Hinostroza Pariachi.

> La apelación por salto consiste en el recurso que una persona interpone contra una resolución de un juez constitucional en ejecución de sentencia, para qué, saltando la siguiente instancia se recurra directamente al tribunal constitucional que resolverá el último infinitiva instancia. (Carrasco, 2015, p. 173)

Así las cosas, lo que hizo César Hinostroza fue eludir la instancia de ejecución ordinaria y evitar la espera de un nuevo pronunciamiento del CNM, yendo directamente al Tribunal Constitucional para que este garantice la efectividad concreta de las sentencias resueltas a su favor con anterioridad. Cabe resaltar que dicha figura de la apelación por salto está reconocida por la doctrina jurisprudencial del TC recaída en la STC Exp. N.º 004-2009-PA/TC.

La parte resolutiva de la sentencia mencionada a favor de Hinostroza Pariachi es donde podemos identificar el resquebrajamiento del orden constitucional y la descalificación de los magistrados del TC que firmaron dicha resolución, en la que, instrumentalizando el poder hermenéutico del TC, atentaron contra la propia Sentencia N°03891-20 11-PA/TC de fecha 16 de enero de 2012, que ya para ese momento era cosa juzgada y con la que el CNM había cumplido en su totalidad. Si nos retrotraemos a ese primer fallo, el TC ordenaba al CNM emitir una nueva votación y un acuerdo que estuviera debidamente motivado en razones lo suficientemente consistentes y coherentes para decidir sobre el nombramiento de

Hinostroza como fiscal supremo. La parte resolutiva de dicha sentencia no ordenaba al CNM nombrar al recurrente, y no lo hacía porque no le correspondía al TC hacerlo. Y no por los tiempos, sino por la imposibilidad jurídica y constitucional que representaba enviar una orden hacia otro organismo constitucionalmente autónomo para hacer la voluntad de los magistrados constitucionales. Y reincidieron en lo mismo el 14 de abril del año 2014 cuando emitieron la STC Exp. N.º 00776-2014-PA/TC en donde fueron mucho más flagrantes:

> Declarar FUNDADO el recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi; y, por consiguiente, ORDENAR al Consejo Nacional de la Magistratura, que NOMBRE al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, respetando estrictamente el orden de méritos alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.º 002-2010—SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33° de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.º 00776-2014-PA/TC, p. 20)

Quizá una de las mayores conquistas de la democracia y el sistema republicano fue la de haber pasado del gobierno de los hombres, al gobierno de las leyes, tal como señala Torres (2013) en su artículo "*El activismo judicial en la era neo constitucional"*.

Precisamente como lo explica Torres (2013), el tránsito al gobierno de las leyes trajo como consecuencia, junto con la división de poderes, que los jueces sean custodios de las leyes, y por esa razón es que aquel juez que, en lugar de custodiar la ley, invadía las competencias de quien dictaba la ley, en este caso del Poder Legislativo, se le consideraba activista judicial. Tal concepción respondía, como no podía ser de otra manera, a un vigente Estado legislativo de Derecho en el que la ley se erigía como la norma suprema cuyo cumplimiento tenía que hacerse de manera indiscutible por parte del juez. Esto, hasta tal punto que se creó el denominado delito de prevaricato, para sancionar penalmente a aquel juez que resuelva en contra del texto claro y expreso de la ley. No solamente pues evidenciamos activismo judicial cuando los jueces interfieren en las facultades propias del Poder Legislativo, sino también cuando malversan el Derecho para invadir las competencias constitucionales de otros organismos, como es el caso que estamos tratando en el presente capítulo.

Lo preocupante de este caso es que, dada la trayectoria profesional y destacada capacidad intelectual de los magistrados en cuestión, resulta inverosímil siquiera valorar que se tratara de un error. Los magistrados señalados debieron ser denunciados penalmente por contravenir claros y expresos artículos de la Constitución.

f. De la manifestación del activismo judicial irrazonable e injusto

El caso presentado sirve como muestra del concepto de activismo irrazonable e injusto desarrollado por Maraniello (2012), quien, dentro de los considerandos para identificar la existencia de esta clase de activismo, menciona que la convalidación de excesos del poder en general es un sinónimo de este fenómeno jurídico. El utilizar el poder otorgado por la propia Constitución de forma desproporcionada y excediendo las claras facultades que te delimita el contrato social a la par de buscar someter un organismo autónomo a tus designios es una clara muestra del Derecho corrompido y convertido en exceso irracional y muestra del ejercicio constitucional de los magistrados convertido en flagrante activismo judicial en busca de la protección de intereses desconocidos.

El accionar de los magistrados constitucionales no solo vulneró la autonomía constitucional del CNM, establecida en los artículos 150 y 154 de la Constitución Política del Perú, sino que instrumentalizó su poder para imponer una decisión que correspondía a otro órgano constitucionalmente autónomo. Aquí vemos la manifestación del activismo irrazonable, el cual se evidencia en la transgresión de la separación de poderes, pilar del Estado Constitucional de Derecho. Maraniello (2012) en su desarrollo conceptual del activismo judicial justo, explica que este debe operar dentro de los parámetros constitucionales para coadyuvar al fortalecimiento del orden público constitucional, pero las resoluciones del Tribunal Constitucional no atendieron una necesidad concreta de protección de derechos fundamentales, sino justamente lo contrario.

El CNM, en su Acuerdo Nº 01614-2012, justificó su decisión de no nombrar a Hinostroza por las irregularidades que constituían para el colegiado una carencia de idoneidad moral, requisito *sine qua non* para asumir el cargo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en lugar de evaluar si la motivación del CNM cumplía con los estándares que la propia Constitución delimita, asumió una postura de abuso del poder. Esta intervención constituye un activismo injusto, ya que no protege derechos fundamentales de manera

razonada, sino que subvierte la autonomía de un órgano constitucional, generando un desbalance institucional que pone en riesgo la estabilidad del sistema democrático.

Recogiendo igualmente los postulados de Waldron (2006), el caso Hinostroza es una clara demostración del peligro que supone que los jueces, que son funcionarios no sujetos a control electivo, terminen imponiendo decisiones que contravengan funciones constitucionales expresas de instituciones autónomas, como el extinto CNM. Los poderes constituidos le deben obediencia a la Constitución, esto incluye al TC, que, por desorientación, ha incurrido en el error de asumirse, en ocasiones, Poder Constituyente. Esta intervención equívoca y delictiva representó un abuso del *judicial review*, dado que el Tribunal Constitucional actuó deliberadamente por encima de los parámetros constitucionales y desoyendo los cuestionamientos éticos que fueron debidamente fundamentados, y que reflejaban una evaluación razonada de la idoneidad del postulante Hinostroza. La doctrina de Waldron comparte perspectivas con las preocupaciones de Maraniello respecto al activismo injusto. En este caso el Tribunal Constitucional no solo vulneró la división de poderes, sino que también comprometió la legitimidad del proceso de selección de fiscales supremos, al priorizar una interpretación expansiva sobre el texto claro y expreso de la Constitución Política.

Finalmente, recurrimos también al análisis de Richard Posner (1983), el cual sostiene que el activismo judicial se debe analizar de acuerdo a sus consecuencias prácticas, siendo únicamente justificable si produce beneficios sociales concretos; esto en la misma línea de lo expuesto por Waldron, que aborda el concepto de bien común como un factor para legitimar la toma de decisiones en una sociedad democrática. Ello quiere decir que el *judicial review* o el activismo judicial justo, en palabras de Maraniello, tendrá como objetivo la protección de derechos fundamentales en riesgo o la corrección de fallos legislativos que claramente contravienen la Constitución. En el caso de César Hinostroza, estos presupuestos pragmáticos claramente no se cumplen, sino que, por el contrario, la orden de nombrar fiscal supremo a Hinostroza, un postulante cuestionado, pudo tener consecuencias graves para el Ministerio Público del Perú, lo cual queda evidenciado en su posterior involucramiento en el caso “Cuellos Blancos del Puerto”, por el cual a la fecha se encuentra fugado en Bélgica.

Así las cosas, podemos concluir que en el caso del señor Cesar Hinostroza y ante las sentencias STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC del Tribunal Constitucional del Perú, estamos frente a un caso de activismo judicial nocivo y perjudicial, dado que la decisión de los magistrados vulneró el texto expreso de la Constitución, quebró el principio de separación de poderes, careció de una justificación social valida y terminó por generar desconfianza en el sistema de justicia constitucional. A todo esto, añadir el presunto delito de prevaricato, entendido como la emisión de resoluciones contrarias al Derecho con pleno conocimiento de su injusticia. El nuevo Tribunal Constitucional que asumió funciones en el año 2014 era plenamente consciente de lo anteriormente detallado. Es por ello que con fecha 7 de octubre de 2014, los nuevos miembros del Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narvaez y Espinosa-Saldaña Barrera, emitieron el Auto N° 0 00776-2014-PA/TC, en el cual se dispuso declarar la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal Constitucional desde la sentencia inconstitucional del 9 de septiembre de 2013, reconociendo la validez del Acuerdo N° 0 1614-2012 en donde el CNM decidió no nombrar fiscal supremo a Hinostroza Pariachi. En los fundamentos 32 y 33 de la resolución del nuevo Tribunal Constitucional expusieron lo siguiente:

> 32. "Por tanto, el Tribunal Constitucional, en las decisiones de fecha 9 de setiembre de 2013, mediante la cual ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; o en la de 14 de abril de 2014, que ha ordenado al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, ha ejercido una competencia exclusiva del CNM que no le corresponde, emitiendo pronunciamientos que no se fundan en algún tipo de cobertura normativa en el sistema constitucional peruano y que, por ende, no surten ningún tipo de efectos jurídicos."
>
> 33."La existencia de un sistema de equilibrio y de distribución de poderes en el sistema constitucional, con todos los matices y exigencias que impone la sociedad, sigue constituyendo, en su idea central, una obligación ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de las funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder

frente al absolutismo y la dictadura.” (Tribunal Constitucional del Perú, Auto N.º 00776-2014-PA/TC, ff. 32–33)

2.2.2. Caso de Humala-Heredia: activismo judicial en la creación de la "firmeza sobrevenida" como figura procesal no reconocida por la legislación de procesos constitucionales

a. La exigencia de firmeza como requisito de procedencia de los recursos constitucionales:

En el Perú el Poder Legislativo ha desarrollado la figura de procedencia del proceso constitucional contra resoluciones judiciales en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004). En este dispositivo se ha establecido la procedencia del amparo y del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, siempre y cuando se cumplan los dos siguientes requisitos:

- que la resolución judicial haya adquirido firmeza (requisito formal)
- y que la resolución judicial se haya dictado en vulneración de derechos fundamentales (requisito material).

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004) señala lo siguiente:

> El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.
>
> El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la

observancia del principio de legalidad procesal penal. (Código Procesal Constitucional del Perú, 2004, art. 4)

No es posible cuestionar la validez de una resolución judicial por violatoria de los derechos fundamentales, si es que antes esta no ha adquirido firmeza. De hecho, el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda por prematura cuando lo cuestionado no es una resolución firme. Así, lo expresa el TC en la STC Exp. N.º 4396-2005-PHC/TC: "la demanda de hábeas corpus resulta prematura, puesto que no se aprecia la existencia de resolución firme que pudiera ser impugnada."

Cabría la posibilidad de hacernos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la necesidad de que la resolución adquiera firmeza si de por medio está la vulneración de derechos fundamentales? Es decir, porque el recurrente no podría cuestionar la resolución judicial de primera instancia que vulnera sus derechos constitucionales. ¿Está el sistema limitando la capacidad del afectado para recurrir con mayor celeridad ante la justicia constitucional?

b. Justificación de la exigencia de firmeza

De acuerdo con Castillo (2006), existe una doble justificación para exigir la firmeza de la resolución judicial antes de interponer un recurso constitucional de protección de derechos fundamentales. La doble justificación consiste en lo siguiente:

- La primera justificación es que el proceso en el que ha ocurrido la vulneración de un derecho fundamental de naturaleza procesal se muestra especialmente idóneo –a través de la activación de los recursos correspondientes– para alcanzar el cese de la vulneración del contenido constitucional del derecho fundamental. El fundamento expuesto se sustenta en la idea del legislador de que la judicatura ordinaria (las instancias del Poder Judicial) es suficiente para garantizar la debida tutela a quien recurre a la justicia. La esfera de la justicia constitucional y la propia jurisdicción del Tribunal Constitucional fueron pensadas como instancias excepcionales para casos, valga la redundancia, igualmente excepcionales. Como lo veíamos al inicio del presente capítulo, cuando se plantea la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, se hace justamente ante las limitaciones que tiene el Poder Judicial de tutelar debidamente los derechos constitucionales de las personas. Sin embargo, dicha medida no debía entenderse como una manera

de sentenciar a la justicia ordinaria como inoperante e incapaz. Es como si tienes a una persona que está enferma y que ves que los medicamentos regulares no le hacen efecto, por lo que recurres a dosis más altas o un medicamento especial para buscar curarlo. Sin embargo, eso dependerá de la gravedad del paciente; no se aplicará a todos los casos. No a todos los pacientes que vienen con gripe les aplicarás quimioterapia. Lo que hará el médico es reservar dicho tratamiento para personas enfermas de gravedad con cáncer, no para cualquier dolencia común. Aquí el ordenamiento jurídico es el médico, el paciente es el recurrente, las medicinas convencionales son la judicatura ordinaria y la quimioterapia es un símil de lo excepcional que debe ser salir del Poder Judicial para que una instancia superior vea tu caso. Vale decir que, en el caso de los habeas corpus, recurso que es materia del presente caso de los Humala-Heredia que pasaremos a analizar, el Tribunal Constitucional ha declarado que en el propio proceso penal (del que proviene la resolución judicial cuestionada) "cabe la posibilidad de que se subsanen las presuntas irregularidades cometidas". Exp. Nº 1094-2005-PHC/TC.

- La segunda justificación es que, si una determinada resolución judicial es susceptible de ser cuestionada mediante los recursos que el proceso judicial mismo prevé, entonces, en estricto, el proceso no ha terminado y la agresión del derecho fundamental, al ser éste de naturaleza procesal, no está consumada, pues el proceso prevé la posibilidad de alterar el resultado si se continúa a través de los respectivos recursos impugnativos. Por lo tanto, la exigencia de firmeza en las resoluciones judiciales debe entenderse como la obligación del procesado de agotar los recursos previstos en el proceso judicial en el que se ha dictado la resolución cuestionada, de manera que la demanda constitucional procederá sólo si el agraviado no consiente la resolución que lo vulnera.

c. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre firmeza

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara al respecto. En la STC Exp. Nº 6712-2005-HC/TC se señala que:

> *"la firmeza de las resoluciones judiciales está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto, sólo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control*

constitucional" (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. Nº 6712-2005-HC/TC, fundamento 7).

De la misma forma en la STC Exp. Nº 2998-2016-PA/TC:

> *"[...] A criterio del Tribunal, una resolución judicial adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos, siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna."* (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. Nº 2998-2016-PA/TC, fundamento 2).

En proceso de hábeas corpus contra mandato de detención no apelado, en Resolución Exp. Nº 3063-2005-PHC/TC el Tribunal Constitucional expresa que:

> Que el artículo 4. ° del Código Procesal Constitucional establece que "(...) El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva (...)" (énfasis agregado). En consecuencia, a contrario sensu, el hábeas corpus no procede cuando dentro de un proceso penal no se han agotado los recursos que contempla la ley para impugnar una resolución. En el caso de autos, el demandante no ha cuestionado el mandato de detención dictado contra él dentro del mismo proceso; más aún, a fojas 30 y 37 de autos obran dos resoluciones emitidas por el juez ordinario competente por medio de las cuales deniegan los pedidos de variación de la medida cautelar de detención presentados por el propio demandante, las cuales no han sido impugnadas. (Tribunal Constitucional del Perú, Resolución Exp. Nº 3063-2005-PHC/TC, numeral 3)

De acuerdo también con Castillo Córdoba (2006), existe una doble finalidad de la exigencia de la firmeza de la resolución judicial, provocada por la doble justificación explicada en párrafos anteriores:

- La primera consiste en evitar un problemático y caótico aumento de la carga procesal de la vía procesal constitucional (en la que se han de tramitar todas las demandas de amparo y hábeas corpus).

- Y la segunda consiste en que se otorga al órgano judicial (aunque a una instancia distinta de la supuestamente agresora del derecho fundamental), la posibilidad de que haga cesar la agresión que se ha producido en su interior, sin necesidad de acudir a un órgano constitucional distinto. Por tanto, la previsión legislativa de que la resolución judicial requiere haber adquirido firmeza antes de ser cuestionada a través de una demanda de amparo o de hábeas corpus, produce una modulación constitucionalmente válida en el contenido constitucional del derecho (fundamental) de acceso a los procesos constitucionales para la defensa de derechos fundamentales. Y es constitucionalmente válida por la doble fundamentación antes comentada y la consecuente doble finalidad conseguida con la exigencia de firmeza de la resolución.

d. Cronología del Caso Humala - Heredia

- **29 de enero de 2015:** El fiscal Ricardo Rojas reabre la investigación archivada en el 2009 por el presunto delito de lavado de activos contra Ollanta Humala y Nadine Heredia y agrega los presuntos aportes de Brasil a la campaña presidencial del 2006 y el 2011.
- **16 de agosto de 2015:** El programa Panorama difunde las agendas de Nadine Heredia con anotaciones de diversas sumas de dinero. Es en este momento cuando se revelan los primeros indicios de aportes y transferencias provenientes de Brasil para la campaña electoral del 2011.
- **23 de septiembre de 2015:** El fiscal Germán Juárez asume la investigación contra Nadine Heredia y ordena un peritaje grafotécnico a las agendas. El resultado demostró que la letra de estos cuadernos correspondía a la ex primera dama.
- **23 de febrero de 2016:** En Brasil se revela que durante la intervención a la empresa Odebrecht se encontró un documento que menciona un "proyecto OH" que podría estar vinculado al presidente peruano Ollanta Humala.
- **7 de junio de 2016:** La Fiscalía formaliza la investigación contra Nadine Heredia por presuntamente encabezar una organización criminal dedicada al lavado de activos. El Poder Judicial dictó impedimento de salida del país para la ex primera dama.

- **1 de octubre de 2016:** El fiscal Germán Juárez incluyó al expresidente Ollanta Humala en la investigación seguida a su esposa, Nadine Heredia, por presunto lavado de activos.
- **23 de febrero de 2017:** Jorge Barata, exdirector de Odebrecht en Perú, confesó ante el fiscal Hamilton Castro haber entregado 3 millones de dólares a Nadine Heredia.
- **12 de abril de 2017:** La Corte Suprema de la Justicia de Brasil publicó parte de la declaración de Marcelo Odebrecht, en la que confirma la entrega de 3 millones de dólares a Ollanta Humala para la campaña electoral del 2011.
- **13 de julio de 2017:** Se dictan 18 meses de prisión preventiva contra el expresidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia ante el peligro de fuga.
- **18 de agosto de 2017**: Se presenta recurso de casación contra la Resolución Nº 9 que confirmó el mandato de prisión preventiva contra la pareja presidencial.
- **23 y 25 de agosto de 2017:** Se interponen dos habeas corpus en favor de la pareja Humala- Heredia, uno contra la resolución Nº 3 que los enviaba a prisión preventiva y el segundo contra la Resolución Nº 9 que confirmó la prisión preventiva. El primer habeas corpus claramente devenía en improcedente, dado que se debe apelar para luego recibir la confirmación o revocación de la medida (prisión preventiva.) Al final el TC acumula ambos procesos de habeas corpus por considerarlos lo mismo en el fondo.
- **18 de diciembre de 2017:** La Corte Suprema declara inadmisible el recurso de casación de la pareja, tras su solicitud del 19 de agosto. Anteriormente, el Poder Judicial también rechazó su apelación.
- **26 de abril de 2018:** El Tribunal Constitucional del Perú, mediante la STC Exp. Nº 00502-2018-PHC/TC, acumulada con la STC Exp. Nº 04780-2017-PHC/TC, declaró fundadas las demandas de hábeas corpus y anuló las resoluciones que habían impuesto la prisión preventiva a Ollanta Humala y Nadine Heredia.

e. El concepto de firmeza sobrevenida a partir del caso Humala-Heredia

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004) establecía, como requisito de procedencia de una demanda de hábeas corpus contra resolución judicial, la existencia de

una resolución judicial firme en la vía ordinaria que se cuestiona de constitucionalidad, es decir, para presentar una demanda de habeas corpus contra resolución judicial, se requiere la existencia de una resolución judicial firme que haya agotado todas las instancias que delimitan los códigos sustantivos y adjetivos.

El Tribunal Constitucional concluye que, al momento de la presentación de la demanda de habeas corpus de los Humala-Heredia no existía tal resolución judicial firme en el proceso ordinario en el que se dispuso la prisión preventiva, pues el 18 de agosto de 2017, la pareja de esposos, había presentado recurso de casación excepcional, contra la Resolución N° 9, que confirmó la prisión preventiva, emitido en el Exp. Nº 00249-2015-23-5001-JR-PE-01.

Las dos instancias ordinarias del Poder Judicial declararon la improcedencia liminar de la demanda en base a que, a la fecha de su interposición, la Resolución N° 9, del 3 de agosto de 2017 de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, aún no era firme al haberse presentado contra ella recurso de casación excepcional. En efecto, el TC en el fundamento 16 de la STC concluye que:

> *"(...) no queda duda de que a la fecha de interposición de los recursos de agravio constitucional (...) los recursos de casación existían y se encontraban pendientes de pronunciamiento. Ergo, la resolución impugnada carecía de firmeza."* (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 502-2018-PHC/TC, fundamento 16).

Esta conclusión implica que, a la fecha de presentación de la demanda de hábeas corpus, la resolución mencionada en el proceso ordinario aún carecía de firmeza. No obstante, todo se relativiza en el proceso con la innovación de la firmeza sobrevenida como una nueva regla procesal que se concibe de la siguiente forma: Se podrá hacer la excepción de admitir a trámite la demanda de habeas corpus presentada a pesar de no existir resolución judicial firme en el proceso que se cuestiona, por haberse interpuesto casación contra ella, pues para cuando el Tribunal Constitucional conozca el recurso de agravio constitucional, cabe la posibilidad de que la firmeza haya sobrevenido por efecto de la declaración de la Corte Suprema respeto a la casación.

El Tribunal Constitucional se plantea dos vías de actuación, exponiéndolo así en el fundamento 19 de la STC:

> 19. (…) este Tribunal tiene dos alternativas objetivas: a) Rechazar la demanda dado que al tiempo de interponerse e incluso cuando se expidieron las resoluciones que la desestimaron en las instancias precedentes, incurría en una causal de improcedencia; b) Ingresar a valorar el fondo de la cuestión planteada dado que dicha causal ha desaparecido de modo sobrevenido (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 502-2018-PHC/TC, fundamento 19).

El TC claramente opta por la segunda alternativa, "teniendo en cuenta" —señala la sentencia— "que las resoluciones judiciales cuestionadas han adquirido firmeza sobrevenida" (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.º 502-2018-PHC/TC, fundamento 20), sustentando dicha posición en una interpretación del principio *pro actione*, desarrollado jurisprudencialmente a partir de las garantías de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso previstas en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, así como en la regla contenida en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2004), según la cual, ante una duda razonable respecto de la conclusión del proceso, debe optarse por la continuación del proceso. La pregunta es: ¿Qué produce dicha duda razonable en los magistrados? ¿No será que, en este caso, la connotación pública e histórica generó la duda urgente?

El trasfondo de la creación de la firmeza sobrevenida es que, a la par de presentar el recurso de casación, se puede presentar demanda de habeas corpus, pues como será rechazada en primera y segunda instancia ante la falta de una resolución judicial firme, cuando llegue al Tribunal Constitucional, por efecto del rechazo en sede judicial, es altamente probable que la firmeza sobrevenga de manera posterior a la presentación del recurso de agravio constitucional ante el propio Tribunal Constitucional y éste aplique el principio *pro hómine* en favor del justiciable.

Carpio (2004), al desarrollar el principio *pro homine*, sostiene que este comprende dos manifestaciones principales. La primera corresponde a una preferencia interpretativa**,** según la cual el operador jurídico debe optar por aquella interpretación que otorgue una mayor protección a los derechos fundamentales, criterio que se proyecta en reglas como la favor libertatis, la favor debilis, la in dubio pro reo, la in dubio pro operario y la *in dubio pro actione*. La segunda se refiere a una preferencia normativa**,** según la cual, cuando concurran

diversas disposiciones aplicables a un mismo supuesto, deberá prevalecer aquella que resulte más favorable para la persona, independientemente de la posición jerárquica que ocupe en el ordenamiento jurídico.

Con base en lo desarrollado por Edgar Carpio, vale hacer la precisión, en este caso en concreto, de que el Tribunal Constitucional no fundamentó su proceder en ninguna norma del ordenamiento jurídico; no hay por ningún lado una interpretación más favorable hacia el justiciable. Lo que hicieron, más allá de la interpretación, fue de manera manifiesta y activista, configurar una nueva realidad jurídica para favorecer al recurrente. A este accionar que también ha terminado favoreciendo a Keiko Fujimori le podríamos llamar, siguiendo con la tradición jurídica de los latinazgos, principio *pro rei publicae,* o en español: principio pro político. Porque eso es, en el fondo, el criterio que utilizaron, dado lo emblemático y extraordinario de los casos que atendían, operando al margen del principio de igualdad ante la ley y de la necesidad de crear figuras procesales que faciliten los procesos constitucionales independientemente de la connotación pública o no de los que demandan.

2.2.3. Sobre la inconsistencia de la firmeza sobrevenida como figura procesal a partir del caso Keiko Fujimori Higuchi:

Tabla comparativa de los casos materia de análisis

ETAPAS/FECHAS	Caso Humala-Heredia STC Exp. N.º 00502-2018-PHC/TC	Caso Keiko Fujimori STC Exp. Nº 02534-2019-PHC/TC
Confirmación de prisión preventiva	3 de agosto de 2017	3 de enero de 2019
Interposición de recurso de casación	18 de agosto de 2017	25 de febrero de 2019
Interposición de habeas corpus	23 de agosto de 2017	8 de marzo de 2019

Improcedencia en primera y segunda instancia del PJ	1: 29 de agosto de 2017 y 2: 25 de octubre de 2017	1: 25 de abril de 2019, 2: 11 de junio de 2019
Recurso de agravio constitucional al TC	11 de noviembre de 2017 RAC carece de firmeza	4 de julio de 2019 RAC carece de firmeza
FALLO de la Corte Suprema	18 de diciembre de 2017 **INADMISIBILE**	12 de septiembre de 2019 Corte Suprema no libera a K. F.
Sentencia del Tribunal Constitucional	26 de abril de 2018 **LIBERTAD**	25 de noviembre de 2019 **LIBERTAD**

De la exposición de los argumentos de los magistrados en sus votos singulares, se identifican algunas inconsistencias y vacíos al momento de entender en todos sus extremos esta figura recientemente creada. El Tribunal Constitucional puede, y en efecto ya lo hace, crear figuras procesales para llenar vacíos y darles contenido a procedimientos que de no contar con esta adición que hace el Tribunal generaría un perjuicio para el justiciable que recurre a la justicia constitucional. De ello versa justamente el concepto de "autonomía procesal constitucional" abordada en el Capítulo I de la presente tesis. Pero los propios magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña están reconociendo que dicha figura no se ha empleado para resolver ningún caso de habeas corpus que haya llegado al Tribunal Constitucional de forma posterior a la emblemática sentencia de los Humala-Heredia. Y esto se debe a dos motivos:

- En primer lugar, la firmeza sobrevenida no tiene una clara delimitación en la sentencia, no se habla de cuáles son los requisitos para que se dé, ni en qué casos o circunstancias la podemos aplicar.

- Que el concepto de firmeza sobrevenida, en ese momento, no fue aceptado por la mayoría de los magistrados. En favor de esa innovación solo estuvieron los magistrados: Ernesto Blume Fortini, Eloy Espinosa y Ferrero Costa. El magistrado Carlos Ramos Nulez se apartó de dicha innovación y, al igual que en el caso de Keiko Fujimori, solamente sustentó su posición a favor de la libertad individual como derecho supuestamente vulnerado por la justicia ordinaria en el abuso de la prisión preventiva

a. Inconsistencia jurisprudencial en la aplicación de la firmeza sobrevenida como viso de activismo judicial

No obstante, hay un factor diferencial: los magistrados no han expuesto algo que, a partir de la sentencia que libera a Keiko Fujimori, constituye una nueva realidad jurídica: la firmeza sobrevenida adquiere el estatus de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto se debe a que el concepto de firmeza sobrevenida ha sido secundado en este segundo caso por el magistrado Sardón de Taboada, en la sentencia de mayoría firmada por Blume Fortini, Ferrero Costa y su persona. Con ello, sumando los casos de Humala-Heredia y Keiko Fujimori, tenemos a cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que, de manera formal, han mostrado su aprobación de la firmeza sobrevenida. Las consecuencias de esto son que dicha figura no ha podido ser soslayada por el propio Tribunal Constitucional en los casos comunes que han arribado a la institución.

En ese sentido, la firmeza sobrevenida ha continuado siendo utilizada por el Tribunal Constitucional después de los casos Humala y Fujimori. En 2021, mediante el Exp. N.° 00575-2021-PA/TC, el Tribunal reconoció que una resolución podía adquirir firmeza durante la tramitación del proceso constitucional. En 2022, el Exp. N.° 03961-2021-PHC/TC volvió a aplicar esta figura, aunque la magistrada Ledesma Narváez expresó su discrepancia al considerar que desnaturalizaba el requisito de firmeza previsto en la legislación procesal constitucional. Posteriormente, en la Sentencia 1141/2024, correspondiente al Exp. N.° 04777-2022-PHC/TC, el Tribunal precisó criterios para su aplicación, remitiéndose a la STC Exp. N.° 03851-2017-HC/TC; asimismo, en 2025, la STC Exp. N.° 02913-2023-PHC/TC volvió a emplearla.

No obstante, su aplicación no ha sido pacífica. Diversos magistrados han cuestionado la compatibilidad de esta construcción jurisprudencial con el requisito legal de firmeza, señalando además que las decisiones que desarrollaron la figura no poseen carácter de precedente vinculante. En ese sentido, la firmeza sobrevenida constituye una construcción jurisprudencial excepcional que no se encuentra expresamente prevista como categoría autónoma en la legislación procesal constitucional y cuya utilización ha generado discrepancias dentro del propio Tribunal respecto de su compatibilidad con el requisito legal de firmeza. Esta evolución evidencia que, aunque la figura haya vuelto a ser empleada por el Tribunal, sus presupuestos no han alcanzado una aceptación jurisprudencial plenamente uniforme, lo cual incide en la idoneidad de su aplicación.

Nunca ha sido la finalidad de la justicia ni la de sus agentes crear figuras procesales con nombre propio. Ese es el caso de la firmeza sobrevenida. Todos somos iguales ante la ley y todos debemos tener la misma oportunidad de acceder a la justicia mediante los mismos canales. Ese es un principio reconocido por la Constitución de 1993 en su artículo 2, y el derecho de igualdad en el acceso a la justicia, reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, consagrado en sus artículos 8 y 25.

2.3. La firmeza sobrevenida como evidente manifestación de activismo judicial

Somos testigos de la manifestación de un activismo judicial que crea figuras normativas de carácter procesal o regula aquello sobre lo que el Parlamento no ha legislado. Es la primera de las manifestaciones del activismo judicial que clasifiqué en el Capítulo I de la presente tesis. Y cuando hablábamos de si este activismo creador de derecho era positivo o negativo, argumentamos que debíamos analizar dos aspectos: primero, la motivación de los jueces constitucionales y, segundo, las consecuencias de la creación de estas figuras.

Ante un evidente exceso de lo que sería un correcto desarrollo de la autonomía procesal constitucional por parte del TC, corresponde analizar las motivaciones que llevaron a dicha institución hasta la práctica de este activismo y el porqué, a la vista de los resultados y las consecuencias, podríamos estar al frente de un activismo político nocivo para el orden constitucional:

2.3.1. Motivación para creación de la firmeza sobrevenida

Una primera posibilidad es la avidez de los magistrados por solucionar un caso de relevancia pública y nacional, razón que los lleva a crear la firmeza sobrevenida porque, de lo contrario, habrían tenido que declarar improcedente el recurso de agravio constitucional. Y atendiendo a esta nueva realidad jurídica que estaban configurando en su sentencia, habrían tenido que concluir que era necesario dotar de contenido al concepto para que este pudiera aplicarse también a todos los ciudadanos(as) que lleguen con recursos de agravio, que según el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004), serían improcedentes. Si se va a obrar de manera activista, podría fundamentarse en la protección de los derechos fundamentales de todos los individuos y en la insuficiencia de la norma para garantizar dicha protección. De lo contrario, se vería que la motivación fue más política que jurídica.

2.3.2. Manipulación de la figura procesal de la firmeza sobrevenida

Lo que vemos en la sentencia de Keiko Fujimori de fecha 25 de noviembre de 2019 es un intento por moldear este concepto de acuerdo con la posición que se desea defender, en lugar de mostrar una consecuencia jurídica y lógica. Para explicarme, recurro a los fundamentos del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña, quien intenta sostener que la firmeza sobrevenida no se le aplica a Keiko Fujimori porque los casos en materia procesal no son iguales. Esto se debe a que el recurso de casación presentado por los Humala-Heredia a la Corte Suprema fue declarado inadmisible, mientras que el de Keiko Fujimori fue declarado admisible y había fecha para que la Corte Suprema resolviera la casación. Al haber visto la Corte Suprema el fondo del caso de Keiko Fujimori y dado que, a la fecha de ingreso de su recurso de agravio constitucional al TC, ya había una fecha para que la Suprema resuelva, la resolución que la envió a prisión preventiva no ha cobrado el carácter de firme. Sin embargo, en el caso de la pareja presidencial, al haber un fallo de la Suprema que declara inadmisible su recurso, sí existe una firmeza sobrevenida de por medio. Ante esta argumentación del magistrado Espinosa Saldaña. Vale contraargumentar con los siguientes puntos:

a. El análisis de la figura de la firmeza sobrevenida, en el caso Humala-Heredia, permite identificar que esta se articula, esencialmente, a partir del siguiente razonamiento jurídico: si bien el recurso de agravio constitucional ha llegado al TC y aún no hay un fallo de la vía previa que debe agostarse para que exista firmeza, por una cuestión

de plazos el TC no debería dejar de ver el fondo, dado que, para cuando haya un pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, ya ser habrá producido el fallo que estaba pendiente. En ese sentido, la resolución cuestionada habrá cobrado firmeza de manera sobreviniente. Esos son los alcances generales de cómo la firmeza se plantea desde su creación. La novedad de la sentencia de la señora Keiko Fujimori es que ahora el magistrado Espinosa-Saldaña añade que, para que haya firmeza sobrevenida, debe haber una resolución que se niega a ver el fondo del caso, lo que obliga al TC, en aras de tutelar los derechos fundamentales de manera urgente, a declarar procedente el recurso de agravio constitucional. Como el fondo del caso de Keiko fue conocido por la Suprema, no se cumpliría dicho requisito. A partir de ese punto ya estamos dotando a la firmeza sobrevenida de un contenido que no se ajusta a su concepción original y lo estamos haciendo a partir de otro caso de tinte político. Es decir, no se está dando cuerpo a esta figura con base en las necesidades jurídicas y pensando en cómo esta puede adecuarse para su uso general en el ordenamiento, sino que, por tratarse de Keiko Fujimori, se adapta la firmeza sobrevenida a cumplir ciertos estándares de procedibilidad. Esto no se sostiene por el segundo punto que desarrollaré a continuación.

b. Que la Corte Suprema conozca el fondo de una sentencia no es impedimento para que luego el Tribunal Constitucional no pueda observar y desestimar lo que en ella esté dispuesto, siempre y cuando se perpetre una manifiesta vulneración a los derechos humanos, constitucionales y fundamentales. En efecto, muchas sentencias de la Corte Suprema son revisadas por el TC cuando están dentro de su materia de competencia. Obviamente, debe interponerse un recurso de hábeas corpus contra dicha sentencia de la Suprema que vulnera, por ejemplo, el derecho a la libertad individual, para que, luego de transitar la judicatura ordinaria, pueda llegar al TC. Justamente por dicho motivo fueron declarados improcedentes de manera liminar los habeas corpus de tanto Humala – Heredia como de Keiko Fujimori, ya que carecían de la firmeza que les solicita la legislación vigente, dado que como lo establece el Nuevo Código Procesal Penal hay casos penales que por la cantidad de años de cárcel que tipifica el Código Penal, pueden ir a la Corte Suprema en casación, para poder recién alegar que se han agotado todas las vías. El recurso de agravio de Ollanta Humala y Nadine

Heredia fue presentado ante el Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2018. En ese momento aún estaba pendiente la calificación por parte de la Corte Suprema sobre si admitía o no el recurso. Ello significa que no había firmeza. El Tribunal pudo declarar improcedente la demanda. Recién el 18 de diciembre la Corte Suprema declaró inadmisible su recurso, y esto se produjo de forma posterior a que el TC accediera a ver el fondo de dicho caso. En el caso de Keiko Fujimori, se interpuso el recurso de agravio constitucional el 4 de julio de 2019. Para este momento la Corte Suprema ya había admitido su recurso. La Suprema recién sentenció su caso el 12 de septiembre de 2019**.** En ambos casos vemos cómo, al momento de la interposición del recurso de agravio constitucional, no se ha agotado la vía previa (Corte Suprema) por falta de una manifestación de esta.

El Magistrado Espinosa Saldaña expone lo siguiente en sus Fundamentos Complementarios en la STC N.º 02534-2019-PHC/TC – Keiko Fujimori:

> 9. Así visto, la demanda de hábeas corpus presentada en el presente caso carecía de toda firmeza, cuando era necesario agotar la instancia casatoria, y ni siquiera se le podría aplicar el estándar llamado de "firmeza sobrevenida" particularmente recogido en la STC Exp. Nº 00502-2018-PHC/TC, a través del cual podría evaluarse excepcionalmente una situación rechazada por la justicia ordinaria en su instancia suprema. […]
>
> 10. En cuanto al caso concreto de la señora Keiko Sofía Fujimori Higuchi, vemos que el recurso de casación fue admitido el 23 de abril de 2019, días antes que la demanda de hábeas corpus fuera resuelta en primera instancia o grado. Asimismo, y con fecha 13 de junio de 2019, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional, cuando era de su pleno conocimiento que se encontraba pendiente la resolución del recurso de casación ya admitido por la Corte Suprema. (Espinosa-Saldaña Barrera, STC Exp. Nº 02534-2019 PHC/TC, fundamentos complementarios 9-10)

La posición del magistrado Espinosa-Saldaña es que debía agotarse la vía casatoria. En el caso Humala-Heredia, se agota desde el momento en que le niegan el recurso de casación, mientras que no ocurre lo mismo en el de Keiko, donde su recurso es admitido. Sin

embargo, el magistrado Espinosa Saldaña no repara en el trasfondo de la intención que tienen los justiciables para recurrir ante la sede constitucional. Lo que ambos estaban sustentando es la vulneración a su derecho a la libertad individual. Si para el TC procede en un caso porque para el momento de sentenciar ya se habrá agotado la instancia casatoria, la misma lógica aplica para el caso de Keiko, dado que, a la fecha de sentenciar el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema ya había emitido casación en la que no se le dio la razón a la recurrente. En ese sentido, la pretensión de la demanda no se ve satisfecha y, en términos tanto formales como materiales, el recurrente sigue en estado de indefensión, el cual debe ser tutelado con urgencia, mediante la firmeza sobrevenida, si es que se desea defender la invención de dicha figura del derecho procesal constitucional.

El TC conoce al final el fondo de ambos casos porque en uno la Corte Suprema se negó a revisarlo y en el otro se negó a reconocer la pretensión de la demandante, ambos resultados son lo mismo con respecto a los hechos. Si la justificación es que existía la posibilidad de que la Corte Suprema le diera la razón a Keiko y, por ello, no se debía aceptar ver el fondo, la pregunta es: ¿qué certeza se tenía de ello? Y si hubiera sido así, el Tribunal, siguiendo la norma, habría podido dictar una sentencia interlocutoria conforme al precedente Vásquez Romero - STC Exp. Nº 00987-2014-PA/TC, en la que habría declarado la improcedencia por sustracción de la materia. Sin embargo, asumir que la máxima instancia de la vía ordinaria le dará la razón al recurrente es un error. El 12 de septiembre se da la casación del caso Keiko Fujimori y recién el TC sentenció el 25 de noviembre. De acuerdo con la teoría de la firmeza sobrevenida, justamente la resolución cuestionada cobra firmeza a partir del 12 de septiembre. Lo que formalmente debería hacer el TC peruano es devolver la demanda a primera instancia para que sea revisada, ahora sí, por la judicatura ordinaria, sin embargo, por una cuestión de economía procesal y siguiendo los principios pro actione y pro hominem, deciden ver el fondo. Todo esto es el producto de una manera muy forzada de ver el Derecho y de practicarlo, y por ello, justamente, es riesgoso. Porque esto no se origina en la intención de otorgar un marco constitucional a un vacío normativo, sino que se motiva por cuestiones políticas que obligan a los magistrados del TC a innovar de acuerdo con dichas circunstancias. Ello no genera consecuencias positivas y esto lo reconoce el propio magistrado Eloy Espinosa cuando en su voto afirma que:

> Como resulta obvio, de entenderse como aplicable a este texto la discutible tesis de la "firmeza sobrevenida", los incentivos serían sumamente perniciosos para el cumplimiento del rol protector de los derechos que corresponde a instituciones y personas del sistema judicial peruano. Siempre cabría "elegir" la vía más conveniente entre la casación, en el marco de un proceso penal, y el recurso de agravio constitucional, en el marco de un proceso de hábeas corpus, generándose así un continuo riesgo de contradicción entre ambas altas cortes: la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, y un verdadero debilitamiento de la tutela de los derechos fundamentales. (Espinosa-Saldaña Barrera, STC Exp. Nº 02534-2019 PHC/TC, fundamento complementario 9)

Los argumentos expuestos por el magistrado resultan atendibles. Sin embargo, surge una interrogante adicional: ¿quiénes son responsables de la situación que él mismo describe? Ciertamente, no son quienes hoy analizan críticamente esta figura desde la academia, sino quienes participaron en la construcción de una jurisprudencia que permitió su incorporación al ordenamiento constitucional. La figura de la firmeza sobrevenida fue elaborada por el propio Tribunal Constitucional y abrió la posibilidad de generar incentivos que permiten optar por la vía que resulte más conveniente entre la casación ante la Corte Suprema y el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.

En ese contexto, resulta llamativo que el magistrado Espinosa-Saldaña se adhiera posteriormente a una votación singular en minoría que comparte los argumentos de los magistrados Miranda Canales y Marianella Ledesma en favor de la improcedencia de la demanda por aplicación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004). Ello resulta especialmente relevante si se considera que estos dos magistrados mantuvieron una posición coherente al oponerse desde el caso Humala-Heredia a la creación de la figura de la firmeza sobrevenida, mientras que Espinosa-Saldaña fue uno de los magistrados que contribuyó a su construcción jurisprudencial. La magistrada Ledesma Narváez, en su voto singular emitido en el caso Humala-Heredia, sostuvo lo siguiente:

> 2. “[…] la obligación jurídica que se desprende del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara: todos los justiciables que consideren que una resolución judicial es arbitraria tienen la obligación

de utilizar los medios impugnatorios existentes dentro del respectivo proceso ordinario y recién, luego de expedida la decisión definitiva —y, por tanto, firme—, pueden acudir a un proceso constitucional.

3. Pese a la obligación mencionada, la posición en mayoría del TC, en los fundamentos 20 y 21, sostiene lo siguiente:

20. El Tribunal Constitucional encuentra justificado efectuar un análisis sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales cuestionadas han adquirido firmeza sobrevenida (...)

21. Cabe precisar que el caso del cumplimiento sobreviniente de la firmeza de las resoluciones impugnadas, no constituye una excepción a la regla de la firmeza, sino una interpretación complementaria a dicha regla (...).

4. Al respecto, considero que esta figura de la "firmeza sobrevenida", innovación de la mayoría del TC, desnaturaliza claramente la exigencia de firmeza exigida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. ¿Qué consecuencias va a generar esta innovación de la "firmeza sobrevenida"? Que ahora los justiciables, cuando quieran cuestionar un auto de prisión preventiva o cualquier otra resolución judicial de primera instancia que restrinja la libertad, utilicen, a la vez, tanto el respectivo recurso de apelación en el proceso penal como el proceso de habeas corpus. Ya no será obligatorio hacer uso de los medios impugnatorios penales para que, luego de la decisión penal definitiva, recién se pueda acudir al habeas corpus. Esta interpretación de la mayoría del TC solo genera inseguridad jurídica pues, entre otras, puede generar situaciones contradictorias: que el habeas corpus contra una resolución X declare que esta es arbitraria pero que, contrariamente, el recurso de apelación penal declare que la resolución X es conforme a Derecho. (Ledesma Narváez, STC Exp. N.º 00502-2018-PHC/TC, numerales 2, 3 y 4)

2.3.3. Consecuencias de la creación de la firmeza sobrevenida

La magistrada Ledesma Narváez afirma que: “todos los justiciables tienen la obligación”. ¿Qué significa ese "todos”? Es el “todos” de la igualdad ante la ley, igualdad ante el ordenamiento jurídico; es el “todos” que nos incluye y nos agrupa en la misma condición, independientemente de la condición económica que tengamos, del color de piel,

del apellido o del cargo público que hayamos podido ejercer. Luego, la magistrada Ledesma realiza la consulta medular sobre todas las preguntas: ¿Qué consecuencias va a generar esta innovación de la "firmeza sobrevenida"?

Corresponde ahora al Tribunal Constitucional afrontar los cuestionamientos que genera esta figura procesal y evaluar las consecuencias derivadas de su propia construcción jurisprudencial. Ya no se trata únicamente de casos de alta exposición pública, como los de Ollanta Humala o Keiko Fujimori, pues el verdadero alcance del problema se aprecia al analizar sus efectos sobre cualquier ciudadano que recurra a la justicia constitucional. En ese contexto, surgen interrogantes relevantes: ¿será aplicable la figura de la firmeza sobrevenida a todos los recursos de agravio constitucional que lleguen al Tribunal Constitucional? ¿Podrá esta figura ser incorporada por la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre el fondo de procesos de hábeas corpus que aún no cuentan con una resolución firme? La incorporación de esta figura ha abierto un nuevo escenario jurídico cuyas implicancias aún no han sido plenamente delimitadas. Dicho escenario podría traducirse en mayores niveles de incertidumbre respecto de los requisitos de procedencia de los procesos constitucionales y, por ende, afectar la seguridad jurídica, tal como lo advirtió la magistrada Ledesma Narváez. Precisamente, uno de los principales cuestionamientos desarrollados en la presente investigación consiste en determinar qué razones motivaron la apertura de este escenario jurisprudencial y si estas resultan compatibles con los límites constitucionales de la función jurisdiccional.

Pérez Luño (2000), destacado jurista español que ya hemos citado en el Capítulo I de la presente tesis, también ha desarrollado doctrina sobre la materia de la seguridad jurídica como fin del derecho. Cuando hablamos de seguridad jurídica, hablamos de las repercusiones que tiene lo que acciona y decide el poder frente al individuo cuyos derechos deben verse tutelados. En las propias palabras de Pérez Luño:

> La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su

acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

Respecto a las condiciones de corrección estructural suelen aducirse las siguientes: a) lex promulgata, ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla; b) lex manifiesta, referida a la necesidad de que las normas puedan ser compresibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en los posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho. (Pérez Luño, 2000, pp. 28-29)

2.3.4. Riesgos de la firmeza sobrevenida para el Estado Constitucional de Derecho

Perez Luño toca varios puntos gravitantes. La certeza del Derecho es algo que debe caracterizar a todo sistema judicial, un sistema judicial que debe gozar de predictibilidad y certeza en la aplicación de la ley y transparencia en la clase de procesos por los cuales tendrán que transitar los justiciables. Las normas deben ser comprensibles y claras para todos aquellos que quieran acceder al sistema de justicia. Si no hay certeza sobre los criterios de justicia que estamos aplicando, entonces lo que se genera es inestabilidad, incertidumbre e inseguridad judicial. Cabe analizar qué tanto es que esto afecta la institucionalidad de un país ya bastante débil en ese aspecto. A ello se abocará el tercer capítulo de la presente tesis.

El ir en contra de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004) no tiene una finalidad complementaria de ningún vacío; está desnaturalizando en esencia el sentido de la norma. La motivación de esta contradicción a la norma no es la búsqueda de fortalecer el ordenamiento constitucional que puede ser perfectible, sino que fue motivada por una circunstancia eminentemente política. Cuando se analizan los resultados de esta construcción jurisprudencial, se advierte la ausencia de una justificación posterior que explique de manera suficiente la relevancia de la firmeza sobrevenida para el sistema procesal constitucional. Si ya resultaba discutible la creación de una figura procesal concebida a partir

de las particularidades de un caso específico, aún más cuestionable resulta que el Tribunal Constitucional no haya desarrollado una construcción jurisprudencial que permitiera proyectar su utilidad en favor de los justiciables, más allá del contexto excepcional que motivó su creación. Los resultados muestran que luego de la liberación de la pareja Humala-Heredia, la firmeza sobrevenida no volvió a ser tocada hasta el caso de Keiko Fujimori. ¿Crearon entonces los magistrados del TC una figura para atender únicamente casos emblemáticos de políticos renombrados?

Doctrinalmente, y conforme a las categorías desarrolladas en el Capítulo I de la presente tesis, esta actuación debe evaluarse según los criterios de (i) motivación de los magistrados y (ii) consecuencias institucionales. Si aplicamos a este caso la taxonomía de Maraniello (2012) sobre activismo razonable vs. activismo irrazonable, la figura de la *firmeza sobrevenida* no emergió como respuesta a un vacío normativo general explicado y razonado para tutela eficaz de derechos, sino como una fórmula procesal creada *ex ante* para superar el requisito de firmeza en casos de fuerte impacto mediático y político; por tanto, se aproxima a lo que Maraniello define como activismo *irrazonable* cuando la innovación procesal se utiliza sin dotarla de criterios generales y replicables.

Este diagnóstico se refuerza con la crítica política y teórica de Jeremy Waldron: la revisión judicial intensiva (*strong judicial review*) requiere altos umbrales de justificación cuando desplaza la decisión de ámbitos representativos; de no existir esos umbrales, la intervención judicial corre el riesgo de sustituir la deliberación política por decisiones de jueces no sujetos a control electivo. En el caso de la *firmeza sobrevenida*, el TC optó por una interpretación que equivale a modular el requisito legislativo de firmeza del artículo 4 del Código Procesal Constitucional (2004), sin desarrollar criterios objetivos y generales para su aplicación, lo cual, según la lógica de Waldron, erosiona la legitimidad democrática del control jurisdiccional.

Desde la perspectiva funcional de Posner (1983), la cuestión es si la invención de esta figura procesal produce un beneficio social claro y justificable que compense la inseguridad jurídica que genera. Los hechos muestran que la figura no fue desarrollada con parámetros claros ni aplicada de manera uniforme —apareció en el caso Humala-Heredia y luego reapareció en el caso Keiko, lo que sugiere que la innovación actuó más como un recurso ad

hoc para casos emblemáticos que como una reforma procesal sistemática orientada a mejorar la tutela de derechos en general. Esa selectividad confirma la hipótesis de que la motivación fue de naturaleza política y no técnica-procesal.

En consecuencia, y congruentemente con la definición operativo-valorativa adoptada en el Capítulo I —según la cual entendemos por *activismo judicial* el uso de la función jurisdiccional para crear normas o figuras procesales sin base constitucional o legislativa y con efectos que dañan la seguridad jurídica— la *firmeza sobrevenida* en el caso Humala–Heredia se configura como manifestación de activismo judicial negativo: (a) nace sin criterios objetivos y replicables; (b) produce incentivos procesales perniciosos (posibilidad de elegir la vía más favorable), y (c) genera un precedente que puede desnaturalizar el régimen de impugnaciones previsto por la ley procesal constitucional. Estas conclusiones están plenamente respaldadas por el análisis interno de la sentencia y de los votos singulares consignados en este trabajo.

Todo esto es, en definitiva, la politización de la justicia, algo que tenemos que frenar. Si no encontramos mecanismos para equilibrar en un Estado la política, el Derecho y el respeto a principios institucionales y democráticos básicos, se ponen en riesgo los fines principales del Derecho: la seguridad jurídica y el bien común. Es claro que así no funciona ni evoluciona la justicia constitucional.

2.4. Caso Keiko Fujimori y la expansión del control constitucional sobre la tipicidad penal

La STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC plantea un problema constitucional de naturaleza distinta a los casos anteriores. En esta oportunidad, el debate no se centra en la flexibilización de los requisitos de procedencia del hábeas corpus, sino al alcance que puede asumir el Tribunal Constitucional al ejercer el control del principio de legalidad penal frente a resoluciones emitidas por la jurisdicción ordinaria. La importancia de esta sentencia radica en que el Tribunal no se limita a verificar la existencia de una eventual vulneración de derechos fundamentales, sino que desarrolla un examen detallado sobre la evolución normativa de los delitos imputados, la estructura de los tipos penales y la posibilidad de subsumir determinados hechos en ellos, cuestión que abre el debate acerca de los límites entre el control constitucional y la competencia propia de la jurisdicción penal.

Cronología del caso Keiko Fujimori:

- **12 de septiembre de 2022:** el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, mediante la Resolución N.° 35, recaída en el proceso penal seguido contra Keiko Sofía Fujimori Higuchi y otros por los delitos de lavado de activos y organización criminal (Caso Cócteles), declaró infundada la excepción de naturaleza de acción formulada respecto de la imputación por el delito de lavado de activos.
- **6 de octubre de 2022:** el referido Juzgado, mediante la Resolución N.° 46, emitida en el mismo proceso penal, declaró infundada la excepción de naturaleza de acción formulada respecto del delito de organización criminal.
- **30 de noviembre de 2023:** el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional expidió la Resolución N.° 110 (Auto de Enjuiciamiento), disponiendo el pase a juicio oral de los procesados.
- **21 de febrero de 2024**: la abogada Giulliana Loza interpuso demanda de hábeas corpus a favor de Keiko Fujimori contra los jueces que emitieron las Resoluciones N° 35, 46 y 110, alegando, entre otros extremos, la vulneración del principio de legalidad, la libertad personal y la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- **1 de abril de 2024:** el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declaró infundada la demanda de hábeas corpus.
- **16 de mayo de 2024**: la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista, revocó la decisión únicamente para declarar la demanda improcedente, al considerar que la pretensión exigía efectuar un nuevo juicio de tipicidad y subsunción penal, materias propias de la jurisdicción ordinaria.
- **27 de mayo de 2025:** el Pleno del Tribunal Constitucional realizó la audiencia pública correspondiente al recurso de agravio constitucional. Posteriormente, dispuso la ampliación del contradictorio incorporando al Ministerio Público y celebró una audiencia complementaria el 27 de agosto de 2025.
- **2 de octubre de 2025:** el Tribunal Constitucional, mediante la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC, declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus, desarrollando un control de constitucionalidad sobre el principio de legalidad y la tipicidad de los delitos imputados.

2.4.1. Análisis del ejercicio del control ejercido por el Tribunal Constitucional

La controversia constitucional planteada en la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC no consiste en determinar si el Tribunal Constitucional posee competencia para controlar la observancia del principio de legalidad penal, lo cual es indiscutible desde la propia Constitución. El principio de legalidad constituye una garantía constitucional expresamente reconocida en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución Política de 1993 y, en consecuencia, integra el ámbito de protección del proceso de hábeas corpus cuando una actuación jurisdiccional pudiera implicar la aplicación retroactiva de una ley penal. Desde esa perspectiva, la intervención del juez constitucional no solo resulta legítima, sino constitucionalmente exigible cuando se advierte una afectación.

Sin embargo, el problema que plantea esta sentencia no radica en la existencia de esa competencia, sino en el marco de actuación que el Tribunal Constitucional desarrolla para, supuestamente, cumplir su deber constitucional. Este es el punto de inflexión desde el cual corresponde analizar la decisión bajo los parámetros doctrinarios desarrollados en el Capítulo I de la presente tesis. El activismo judicial no se configura por el simple ejercicio del control constitucional ni por la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sino cuando el órgano jurisdiccional abandona la autocontención judicial (*judicial restraint*) y expande el alcance de sus competencias hasta asumir funciones atribuidas constitucionalmente a otros órganos del Estado**,** alterando con ello el equilibrio institucional propio del Estado Constitucional de Derecho.

En ese contexto, se debe advertir que las instancias ordinarias rechazaron la demanda de hábeas corpus precisamente sobre la base de dicho límite competencial, como consta en los fundamentos de antecedentes de la sentencia bajo análisis:

> El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante sentencia, Resolución 4, de fecha 1 de abril de 2024, declara infundada la demanda tras considerar que no es labor de la judicatura constitucional dilucidar la responsabilidad penal, la tipicidad, la valoración de las pruebas y su suficiencia, así como la interpretación de la ley sobre la base de criterios de mera legalidad, porque ello es de

competencia exclusiva de la judicatura penal ordinaria. Además, no se advierte vulneración del derecho a la libertad personal de la favorecida.

La Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la apelada, la reforma y declara improcedente la demanda por considerar que no se ha afectado el derecho a la libertad personal de la favorecida, en tanto no se ha demostrado que las resoluciones cuestionadas se sustenten en normas derogadas o ajenas a la materia controvertida, ni que la interpretación judicial se haya basado en normas inválidas o impertinentes al tema discutido. Por lo demás y bajo la alegada vulneración del principio de legalidad, se pretende que la judicatura constitucional se subrogue en la labor y en las competencias propias de la judicatura ordinaria realizando un examen de los hechos, una calificación jurídica y un nuevo juico de subsunción de las conductas atribuidas a la favorecida, sustentado en una nueva y diferente valoración a la realizada por el juez penal ordinario, a fin de que se dejen sin efecto las citadas resoluciones, lo cual no corresponde realizar al juez constitucional, en tanto su labor solo se circunscribe a verificar la vulneración de los derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC, pp. 5-6)

Es claro que, para la judicatura penal ordinaria, la labor del juez constitucional debía circunscribirse exclusivamente a verificar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, sin sustituir el juicio técnico desarrollado por el juez penal. Precisamente sobre esa frontera competencial se construye la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC. En lugar de limitarse a determinar si las resoluciones cuestionadas contenían una motivación constitucionalmente suficiente respecto del principio de legalidad, el Tribunal optó por desarrollar una reconstrucción dogmática del contenido de dicho principio. Para ello examinó su evolución histórica, desarrolló las garantías derivadas de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y la prohibición de analogía, recurrió a jurisprudencia constitucional e interamericana y expuso doctrina penal con el propósito de fijar el estándar interpretativo aplicable al caso concreto.

Hasta este punto, la argumentación permanece dentro del ámbito propio del control constitucional. En efecto, corresponde al Tribunal Constitucional precisar el contenido

constitucionalmente protegido del principio de legalidad y establecer los parámetros desde los cuales debe examinarse una eventual vulneración. No obstante, la cuestión que exige un análisis más detenido consiste en determinar si, una vez fijado ese estándar, el Tribunal mantuvo el examen dentro de esos límites o si, por el contrario, avanzó hacia un control material de la tipicidad penal que tradicionalmente corresponde a la jurisdicción ordinaria.

a. El control del principio de legalidad y la delimitación de competencias

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC delimita el objeto de su intervención precisando que el caso no exige pronunciarse sobre la responsabilidad penal de la favorecida, sino verificar si las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el principio de legalidad penal al permitir que continúe un proceso sustentado en hechos que, según la demandante, no constituían delito al momento de su realización. Con ese propósito, el Tribunal desarrolla una extensa fundamentación sobre el contenido constitucional del principio de legalidad, precisando que este constituye una garantía esencial del Estado Constitucional de Derecho y una manifestación directa de la seguridad jurídica, en cuanto impide que una persona sea investigada, procesada o sancionada por conductas que no se encontraban previamente descritas por la ley penal.

Una vez definido el parámetro constitucional de control, el Tribunal ya no limita su examen a verificar si las resoluciones judiciales ofrecían una motivación compatible con dicho principio, sino que inicia un estudio detallado de la evolución legislativa del delito de lavado de activos. Para ello compara sucesivamente la Ley N.° 27765, el Decreto Legislativo N.° 1106 y el Decreto Legislativo N.° 1249, examinando las modificaciones introducidas en cada uno de estos cuerpos normativos para determinar en qué momento fue incorporada al ordenamiento jurídico la modalidad de receptación patrimonial. El análisis ya no recae únicamente sobre la constitucionalidad de las resoluciones cuestionadas, sino sobre el contenido mismo del tipo penal.

> 54. En lo que respecta a la primera objeción e independientemente de la discusión acerca de la evolución que en el ordenamiento jurídico peruano ha experimentado el delito de lavado de activos, se verifica que específicamente y en lo que concierne a su modalidad de receptación patrimonial, esta ha sido una figura incorporada al

ordenamiento jurídico peruano a partir de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1249 vigente desde el 26 de noviembre del año 2016. Con anterioridad a dicha fecha la receptación patrimonial no existía ni en la Ley 27765, aplicable a la campaña electoral del año 2011, ni tampoco en el Decreto Legislativo 1106 aplicable a la campaña electoral del año 2016, lo que supone que cualquier intento de imputar la comisión de lavado de activos en su variante de receptación patrimonial importa una aplicación normativa de carácter retroactivo y por ende una clara transgresión al principio de legalidad penal que, como anteriormente ha sido puesto de manifiesto, impone el carácter lex praevia en toda imputación de tipo penal, esto es, la existencia de una ley existente al momento de la comisión de un delito. Sin lugar a dudas, el juez no puede condenar en base a una norma jurídica que estaba derogada cuando ocurrieron los hechos, o que entró en vigor con posterioridad.

55. No obstante, conviene precisar que aunque la imputación inicial del Ministerio Público fue como queda dicho, la concerniente con el delito de lavado de activos en la variante anteriormente señalada y fue la misma la que sirvió de base para la emisión de la Resolución 35 (Incidente 186), de fecha 12 de setiembre de 2022 emitida por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, sin embargo, tras la expedición de la resolución Dos, de fecha 02 de julio del 2025, por parte del Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional (Exp. 0299-2017-322-5001-JR-PE-01) y la recomposición del proceso penal hasta su etapa intermedia, la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima – Primer Despacho- Equipo Especial ha presentado también en la misma fecha (02 de julio del 2025) un nuevo pedido de acusación, esta vez, argumentando que la imputación respecto de la beneficiaria sería la de lavado de activos en la modalidad de actos de conversión y transferencia de activos, para sobre dicha consideración alegar que los hechos atribuidos a la beneficiaria si se encontraban previstos y penados con anterioridad a su comisión.

56. Este Colegiado sobre el particular, considera que lo que corresponde evaluar no es el tipo de variantes del delito de lavado de activos para en función a ello escoger discrecionalmente cual es el que se utiliza como elemento de imputación, sino la conductas o hechos atribuido, a fin de verificar si estos últimos se corresponden o no

> con el tipo penal vigente al momento de materializadas tales conductas o hechos. Y sobre este punto y con independencia de las normas objeto de invocación, es plenamente acreditable del pedido inicial de acusación, del nuevo pedido presentado con fecha 02 de julio del 2025, de lo dicho por el Ministerio Público y el Poder Judicial a través de sus escritos y de los propios informes orales ante este Tribunal Constitucional, que lo que se describe como presunto delito atribuido a la beneficiaria es en concreto el hecho de haber recibido y tener activos de procedencia presuntamente delictiva, supuesto que desde la perspectiva de la regulación penal aparece como previsto y penado recién con lo dispuesto en el ya citado Decreto Legislativo 1249 vigente desde el 26 de noviembre del año 2016. Así las cosas y por una evidente distorsión de los hechos producidos nuevamente se aprecia un velado intento de vulneración al principio de legalidad penal que como tal debe igualmente proscribirse. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC, ff. 54-56)

Es así que el Tribunal Constitucional desarrolla una interpretación propia del alcance del delito de lavado de activos, identifica cuáles eran los elementos típicos vigentes durante las campañas electorales de los años 2011 y 2016 y concluye que la modalidad de receptación patrimonial recién fue incorporada mediante el Decreto Legislativo N.° 1249, vigente desde el 26 de noviembre de 2016. Sobre esa premisa afirma que sostener la tipicidad de dicha conducta respecto de hechos anteriores implicaría aplicar retroactivamente una modalidad delictiva inexistente al momento de su comisión, vulnerando el principio de legalidad. Es aquí donde surge la cuestión constitucional que interesa a la presente investigación. El debate ya no consiste en determinar si el Tribunal podía proteger el principio de legalidad, sino si, para ejercer dicho control, podía reconstruir por sí mismo el contenido del tipo penal, definir el alcance temporal de sus elementos normativos y establecer cuál era la interpretación jurídicamente correcta de la legislación penal aplicable. En otras palabras, en establecer si el control de constitucionalidad permaneció circunscrito a la tutela del derecho fundamental o si, por el contrario, se transformó en un juicio de tipicidad que tradicionalmente corresponde a la judicatura ordinaria.

b. De la extralimitación del Tribunal Constitucional: vulneración del principio de corrección funcional e invasión de competencias

Controlar la constitucionalidad de una resolución judicial supone examinar si la decisión adoptada vulnera un derecho fundamental; interpretar directamente el contenido de un tipo penal supone resolver una cuestión propia de la dogmática penal. Resulta significativo que el propio Tribunal afirme expresamente que los juicios de subsunción y la determinación de los elementos constitutivos del delito corresponden, de manera preferente, a la jurisdicción penal ordinaria. No obstante, inmediatamente después procede a desarrollar un razonamiento que fácticamente exige determinar qué conductas integraban el delito de lavado de activos antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.° 1249 y cuáles permanecían fuera del ámbito de punición.

Se evidencia de esta manera la vulneración al principio de corrección funcional, que exige, de acuerdo al análisis de Hesse (2012), que la interpretación constitucional respete la distribución de competencias establecida por la Constitución, de modo que cada órgano del Estado ejerza únicamente las funciones que le han sido atribuidas. En consecuencia, el intérprete constitucional no puede, mediante el ejercicio de su actividad, alterar el reparto funcional previsto por el ordenamiento constitucional ni asumir atribuciones que corresponden a otros órganos del Estado. Asimismo, este principio está desarrollado en jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú:

> 12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.
>
> […]
>
> c. El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo

> tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.° 5854-2005-AA/TC, f. 12)

El principio de corrección funcional guarda una estrecha relación con la doctrina del *judicial restraint*, en tanto ambos propugnan la autocontención judicial y el respeto de los límites competenciales establecidos por la Constitución. Desde esta perspectiva, el juez debe ejercer sus atribuciones sin apartarse del marco funcional que el constituyente le ha asignado. El quebrantamiento de este principio puede propiciar escenarios de expansión competencial que favorezcan la aparición de manifestaciones de activismo judicial. En esa línea, Maraniello (2012) sostiene que el activismo judicial se manifiesta cuando el juez abandona la autocontención y expande sus competencias más allá de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, alterando el equilibrio institucional mediante decisiones creadoras o sustitutivas del Derecho. En la misma línea, la crítica formulada por Waldron (2005) respecto del *judicial review* adquiere relevancia en este supuesto. Como se desarrolló en el Capítulo I, el problema no surge cuando la jurisdicción constitucional protege derechos fundamentales, sino cuando desplaza a los órganos democráticamente legitimados o funcionalmente competentes para resolver controversias cuya decisión les ha sido constitucionalmente atribuida. La preocupación no reside en el resultado alcanzado, sino en el proceso mediante el cual el Tribunal arriba a este.

En ese contexto, la cuestión central deja de ser si la conclusión alcanzada por el Tribunal es correcta desde el punto de vista del Derecho penal. Incluso admitiendo**,** solo a efectos argumentativos**,** que la modalidad de receptación patrimonial fue incorporada recién mediante el Decreto Legislativo N.° 1249, subsiste una interrogante distinta y de mayor relevancia constitucional: ¿correspondía al Tribunal Constitucional realizar por sí mismo esa reconstrucción dogmática del tipo penal o debía limitarse a controlar si la interpretación efectuada por la jurisdicción ordinaria era manifiestamente irrazonable o arbitraria?

El Tribunal opta por una determinada tesis dogmática y descarta implícitamente la sostenida por los órganos de la jurisdicción penal ordinaria. Desde una perspectiva metodológica, ello supone que el Tribunal deja de controlar únicamente la constitucionalidad para asumir la función de determinar cuál es la interpretación correcta del Derecho penal

sustantivo. Si el control del principio de legalidad autoriza al juez constitucional a sustituir el juicio interpretativo del juez penal cada vez que considere jurídicamente más convincente una tesis distinta sobre el contenido del tipo penal, el ámbito competencial del hábeas corpus contra resoluciones judiciales se expande peligrosamente. Bajo ese entendimiento, toda controversia relevante sobre tipicidad podría transformarse en una cuestión constitucional, desplazando hacia el Tribunal debates que constitucionalmente pertenecen a la jurisdicción penal ordinaria.

Esto fue advertido por el magistrado Monteagudo Valdez en su voto singular. A diferencia de la mayoría, el magistrado sostiene que el proceso constitucional no constituye la vía idónea para resolver una controversia interpretativa sobre el contenido de los tipos penales:

> En lo que respecta al presente caso, la autoridad jurisdiccional deberá determinar si es que: i) la acusación fiscal supera el control efectuado, y, consecuentemente, el proceso penal pasa a la fase de juicio; ii) si es que se presentan observaciones, devolver la acusación a fin que estas puedan ser levantadas, o, eventualmente, iii) dictar un auto de sobreseimiento, si es que considera innecesario que el proceso penal continúe a la siguiente etapa.
>
> Puedo advertir que los cuestionamientos formulados al principio de legalidad también podrían ser advertidos por el juez de investigación preparatoria, ya que, de estimar que la conducta de la beneficiaria no constituye delito, puede dictar, si así lo considera, el auto de sobreseimiento respectivo. En efecto, el sobreseimiento puede ser dictado si es que se considera que el hecho atribuido no es típico, entre otras causales adicionales. La intervención de la justicia constitucional, en esta etapa procesal, supondría una interferencia en labores propias de la justicia penal. Del mismo modo, si es que estima que el contenido de la acusación fiscal debe ser enmendado, también está facultado a requerir las precisiones pertinentes, y ello con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho a la defensa en el marco del juicio oral. (Monteagudo Valdez, STC Exp. N.° 02109-2024-HC/TC, p. 134)
>
> Ciertamente, acreditar todo lo afirmado por el Ministerio Público implica hacer una referencia respecto del nivel de conocimiento del origen de los bienes. Del mismo

> modo, supone acreditar una posible ventaja. En el escrito de acusación fiscal, se hace referencia a diversas conductas atribuidas a la beneficiaria en las que correspondería demostrar que se otorgó alguna suerte de favor como correspondencia de los montos otorgados. Considero que esta clase de actuaciones corresponden ser probadas al interior del proceso penal, y no asumir, como lo han hecho la mayoría de mis colegas, que nos encontremos ante un asunto de pleno derecho. En ese sentido, la justicia constitucional no puede, en principio, ser empleada para cuestionar la teoría del caso diseñada por el Ministerio Público. (Monteagudo Valdez, STC Exp. N.° 02109-2024-HC/TC, p. 140)

El razonamiento del magistrado Monteagudo revela que el propio diseño del proceso penal ya preveía mecanismos idóneos para resolver la controversia. En efecto, el juez de investigación preparatoria conservaba la facultad de controlar la acusación fiscal, ordenar su subsanación e incluso dictar un auto de sobreseimiento cuando estimara que los hechos carecían de tipicidad. En consecuencia, la intervención del Tribunal Constitucional no solo adelantó un pronunciamiento que todavía correspondía adoptar a la jurisdicción penal, sino que sustituyó el cauce institucional expresamente previsto por la Constitución, reforzando así la tesis de que la decisión mayoritaria se apartó del principio de corrección funcional.

Lo que evidencia la sentencia es un fenómeno distinto y mucho más grave desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho**:** la sustitución funcional del juez penal por parte del juez constitucional**.** Posner (1983) advierte que el *judicial restraint* exige prudencia institucional y deferencia hacia las decisiones de los órganos constitucionalmente competentes, de modo que el juez constitucional no sustituya el criterio jurídico del órgano especializado salvo frente a una infracción constitucional evidente. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional no ejerció un control externo de constitucionalidad sobre la decisión penal, sino que reemplazó el razonamiento del juez natural por una interpretación propia del Derecho penal sustantivo, excediendo el ámbito de control que caracteriza al hábeas corpus contra resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional mediante su sentencia analiza la evolución normativa del delito de lavado de activos, determina cuál modalidad típica considera aplicable, descarta otras alternativas dogmáticas y finalmente concluye que la conducta atribuida carece de

tipicidad constitucionalmente admisible. Ese razonamiento trasciende el control de constitucionalidad para incorporar un juicio propio sobre la tipicidad penal. Esta actuación refleja uno de los riesgos advertidos por Cross y Lindquist (2012), quienes sostienen que el activismo judicial puede manifestarse cuando los jueces terminan imponiendo sus propias preferencias interpretativas sobre decisiones adoptadas por los órganos constitucionalmente competentes, debilitando con ello la legitimidad institucional del sistema de justicia. Esta investigación coincide con dicha crítica. El Tribunal Constitucional abandona la posición que la Constitución le asigna como órgano de control para convertirse, materialmente, en una cuarta instancia revisora de la calificación penal efectuada por la judicatura ordinaria. No controla la constitucionalidad del razonamiento, lo sustituye. No verifica la existencia de arbitrariedad constitucional; desarrolla una nueva interpretación del Derecho penal y decide cuál de las posibles construcciones dogmáticas considera correcta.

Así las cosas, esta investigación considera que la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC constituye una manifestación de activismo judicial irrazonable**.** No porque el Tribunal haya protegido el principio de legalidad, sino porque utilizó dicha garantía como fundamento para extralimitar el alcance de su competencia hasta asumir una función interpretativa y de subsunción que corresponde, por regla general, a la jurisdicción penal ordinaria. De este modo, el Tribunal irrespetó el principio de corrección funcional y alteró el equilibrio competencial diseñado por la Constitución, transformando el control de constitucionalidad en un mecanismo de revisión sustantiva de la tipicidad penal y desdibujando así los límites funcionales entre la justicia penal y la constitucional.

2.4.2. La reincidencia activista en el caso Ollanta Humala Tasso

La problemática advertida en el caso de Keiko Fujimori se repite en la STC Exp. N.º 00110-2026-PHC/TC, emitida el 15 de julio de 2026, mediante la cual el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor de Ollanta Moisés Humala Tasso y declaró la nulidad de todo el proceso penal seguido en su contra por el delito de lavado de activos. La sentencia es relevante para la presente investigación porque el Tribunal retoma expresamente los criterios desarrollados en la STC Exp. N.º 02109-2024-PHC/TC, para examinar nuevamente los límites constitucionales de la imputación penal y el alcance del principio de legalidad.

Cronología del caso:

- **21 de mayo de 2019:** La defensa de Ollanta Humala presenta excepción de improcedencia de acción, sosteniendo que los hechos atribuidos por el Ministerio Público no configuraban el delito de lavado de activos.
- **20 de diciembre de 2019:** El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional mediante Resolución N.° 37, declara infundada la excepción de improcedencia de acción planteada por la defensa.
- **6 de noviembre de 2020:** La Primera Sala Penal de Apelaciones, mediante Resolución N.° 38, confirma la decisión de primera instancia y mantiene el rechazo de la excepción de improcedencia de acción.
- **20 de diciembre de 2022:** La Corte Suprema de Justicia**:** mediante Casación N.° 617-2021-Nacional, declara infundado el recurso de casación interpuesto contra la Resolución N.° 38.
- **29 de abril de 2025:** El Tercer Juzgado Penal Colegiado Nacional mediante Resolución N.° 104, condena a Ollanta Humala Tasso a quince años de pena privativa de libertad, como coautor del delito de lavado de activos en agravio del Estado peruano.
- **10 de septiembre de 2025:** Defensa de Ollanta Humala interpone demanda de hábeas corpus contra la Resolución N.° 37, la Resolución N.° 38 y la Casación N.° 617-2021-Nacional, solicitando su nulidad y la clausura definitiva del proceso penal.
- **7 de noviembre de 2025:** El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda de hábeas corpus.
- **7 de enero de 2026:** La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emite la resolución que declara improcedente la demanda de hábeas corpus. Esta es la resolución contra la cual la defensa interpone el recurso de agravio constitucional.
- **15 de julio de 2026:** Tribunal Constitucional emite la STC Exp. N.° 00110-2026-PHC/TC. La mayoría declara fundada la demanda, considera vulnerados los principios de legalidad y tipicidad conexos al derecho a la libertad personal y declara la nulidad de todo el proceso penal seguido contra Ollanta Humala Tasso.

a. Análisis del caso a la luz de los criterios desarrollados en la STC Exp. N.º 02109-2024-PHC/TC

La presente sentencia nos muestra una continuidad argumentativa que el propio Tribunal Constitucional establece respecto de la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC, correspondiente al caso Keiko Fujimori. En efecto, al abordar el principio de legalidad penal, la mayoría cita expresamente el criterio desarrollado en aquella sentencia, según el cual el control constitucional de dicho principio no tiene necesariamente que limitarse a la fase decisoria del proceso penal, pues puede extenderse a etapas anteriores cuando las actuaciones cuestionadas sean manifiestamente irrazonables. El razonamiento reproduce, por tanto, la premisa que permitió al Tribunal en el caso Fujimori ampliar el ámbito temporal del control constitucional sobre actuaciones desarrolladas dentro de un proceso penal. En el caso Fujimori, esa posibilidad había sido formulada frente a actuaciones procesales anteriores al juicio y vinculada a la protección de la libertad personal y del principio de legalidad.

Aunque la mayoría del Pleno sostiene que no pretende realizar una nueva subsunción penal, concluye que la conducta atribuida a Humala correspondía únicamente a una modalidad de lavado de activos que fue incorporada posteriormente mediante el Decreto Legislativo N.° 1249 y que, por ello, la legislación vigente al momento de los hechos no permitía sustentar jurídicamente la imputación efectuada.

> 48. En el caso de autos no se ha realizado el control formal de constitucionalidad de las resoluciones que desestimaron la excepción de improcedencia de la acción planteada a favor del beneficiario, sino que a partir de estas se ha verificado si los principios de legalidad y tipicidad han sido transgredidos con repercusión en todo el proceso penal desde su inicio, pues de haberse controlado estas resoluciones su nulidad implicaría disponer que el órgano judicial penal vuelva a pronunciarse sobre el planteamiento de la excepción de improcedencia de la acción, lo cual no atañe a la cuestión de autos. En el presente caso se ha constatado que la conducta imputada al favorecido fue tipificada como delito a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1249, en vigor desde el 26 de noviembre del año 2016; por lo que la Ley 27765 describe supuestos de hecho distintos al imputado por los operadores de justicia,

quienes han forzado la subsunción en el tipo penal del artículo 1 de la referida ley penal, a efectos de incriminar al beneficiario, lo cual debe ser corregido. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.° 110-2026-PHC/TC, f. 48)

De esta manera, el razonamiento constitucional deja de situarse exclusivamente en el plano externo de la razonabilidad de las resoluciones cuestionadas y pasa a determinar cuál era la modalidad típica aplicable a los hechos, cuestión que constituye precisamente el núcleo de la subsunción penal. Esta tensión es particularmente relevante porque la propia sentencia había afirmado pocos fundamentos antes que esa tarea correspondía a la jurisdicción penal ordinaria.

El Tribunal no se limitó a declarar la nulidad de las resoluciones expresamente cuestionadas en la demanda, sino que ordenó la nulidad de todo el proceso penal, comprendiendo las investigaciones preliminares, las actuaciones posteriores, las resoluciones que habían desestimado la excepción y la propia sentencia condenatoria. Asimismo, ordenó que la Fiscalía emitiera la disposición correspondiente para archivar lo actuado en la investigación preliminar. Por consiguiente, la intervención del Tribunal no produjo únicamente una corrección constitucional de una actuación judicial determinada, sino que tuvo capacidad para proyectarse sobre la totalidad de un proceso penal y privar de efectos a decisiones adoptadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Este alcance resulta especialmente relevante para la presente investigación porque permite advertir cómo un control constitucional inicialmente justificado en la tutela del principio de legalidad puede adquirir una dimensión materialmente sustitutiva respecto de la actuación de los jueces penales.

El Tribunal Constitucional del Perú convertido en una cuarta instancia, invadiendo competencias de la judicatura penal ordinaria e incurriendo en activismo judicial irrazonable en favor, nuevamente, de un personaje político. Parecería que la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC hubiera sentado las bases de una nueva línea jurisprudencial bastante controvertida que debería abrir un gran debate en los espacios del derecho constitucional y penal peruano. Sin embargo, no es ese el caso, no se trata de una línea jurisprudencial, sino de la instrumentalización del control constitucional con fines coyunturales, lo cual se corrobora con el análisis del siguiente caso.

2.4.3. La inconsistencia jurisprudencial en el caso Pedro Castillo Terrones

La STC Exp. N.° 05270-2025-PHC/TC, caso Pedro Castillo Terrones, constituye un elemento de contraste necesario para evaluar la consistencia de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional en materia de control constitucional. La controversia se originó a partir del cuestionamiento formulado por la defensa respecto de la configuración jurídica del delito de rebelión y, particularmente, de la concurrencia de sus elementos típicos. A diferencia de los casos examinados anteriormente, en los que el Tribunal Constitucional asumió un control sustantivo sobre cuestiones vinculadas a la tipicidad penal, en este caso el Pleno adoptó una posición restrictiva y sostuvo que la determinación de la subsunción de una conducta en un tipo penal corresponde, en principio, a la judicatura ordinaria. No se observa una línea jurisprudencial estable sobre los límites del control constitucional de la tipicidad penal, sino criterios distintos respecto del alcance de la intervención del Tribunal Constitucional frente a controversias de naturaleza comparable**.**

Cronología del caso:

- **23 de junio de 2023**: El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria: mediante Resolución N.° 3, declara infundada la excepción de improcedencia de acción presentada por la defensa de Pedro Castillo dentro del proceso penal seguido en su contra.
- **22 de enero de 2024**: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: mediante Auto de Apelación Supremo, confirma la Resolución N.° 3 y mantiene el rechazo de la excepción de improcedencia de acción.
- **26 de marzo de 2025**: La defensa de Pedro Castillo interpone demanda de hábeas corpus contra la Resolución N.° 3 y el Auto de Apelación Supremo
- **6 de abril de 2025**: El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima admite a trámite la demanda de hábeas corpus.
- **10 de junio de 2025**: El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima mediante Resolución N.° 6, declara improcedente la demanda, al considerar que los cuestionamientos formulados correspondían a materias propias de la jurisdicción penal ordinaria.

- **15 de julio de 2025**: La Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima: mediante Resolución N.° 2, confirma la improcedencia de la demanda de hábeas corpus.
- **4 de diciembre de 2025**: La Sala Penal Especial de la Corte Suprema: mediante Resolución N.° 200, condena a Pedro Castillo a 11 años, 5 meses y 15 días de pena privativa de libertad efectiva por el delito de conspiración para rebelión.
- **16 de abril de 2026** – Tribunal Constitucional: mediante STC Exp. N.° 05270-2025-PHC/TC, Sentencia 146/2026, el Pleno declara improcedente la demanda de hábeas corpus. La mayoría sostiene que la subsunción de una conducta en un determinado tipo penal y la verificación de los elementos constitutivos del delito corresponden a la judicatura ordinaria.

a. Análisis de la contradicción en el ejercicio del control constitucional

La defensa de Castillo cuestionó la configuración del delito de rebelión, sosteniendo que las resoluciones emitidas por la jurisdicción penal habían considerado dicho delito sin que concurriera uno de sus elementos esenciales: el alzamiento en armas. Sobre esa base, alegó la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad penal y sostuvo que la interpretación efectuada por los órganos jurisdiccionales había extendido indebidamente el alcance del tipo penal. La controversia planteaba, por consiguiente, una cuestión susceptible de ser analizada desde la perspectiva del artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, pero también exigía determinar hasta dónde podía llegar la jurisdicción constitucional sin invadir las competencias propias de la justicia penal.

La mayoría del Tribunal optó por establecer un límite definido. Según su razonamiento, corresponde a la judicatura ordinaria determinar si una conducta concreta se encuentra comprendida dentro de un tipo penal y verificar la concurrencia de los elementos que lo integran. Desde esta perspectiva, los juicios relativos a la culpabilidad o inculpabilidad, la subsunción de los hechos y la determinación de los elementos constitutivos del delito no pueden ser trasladados al proceso constitucional. El Tribunal concluyó, por ello, que la pretensión de Castillo pretendía someter a control constitucional una controversia perteneciente al ámbito de la jurisdicción penal ordinaria.

> El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha precisado que los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad, la subsunción de una conducta en un determinado tipo penal, así como la verificación de los elementos constitutivos del delito, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal y es materia de análisis de la judicatura ordinaria. (Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.° 5270-2025-PHC/TC, f. 5)

Esta delimitación competencial resulta coherente, en abstracto, con la naturaleza subsidiaria del control constitucional sobre las resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional no está llamado a reemplazar al juez penal en la interpretación ordinaria de la legislación, ni a efectuar una nueva subsunción de los hechos, ni a convertirse en una instancia superior de revisión de las decisiones jurisdiccionales. El problema que presenta la sentencia, sin embargo, no se encuentra necesariamente en el criterio restrictivo adoptado en sí mismo, sino en su relación con los criterios utilizados por el propio Tribunal en otros procesos en los que también se alegó la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad penal.

En el caso de Keiko Fujimori, el Tribunal había reconocido que el principio de legalidad penal podía proyectar efectos sobre actuaciones desarrolladas durante etapas anteriores a la sentencia cuando estas fueran manifiestamente irrazonables y tuvieran incidencia directa sobre la libertad personal. Con ello, el Tribunal amplió el ámbito del control constitucional respecto de decisiones adoptadas dentro de un proceso penal, admitiendo que la jurisdicción constitucional examinara actuaciones que pertenecían al desarrollo de la jurisdicción ordinaria. La diferencia con Castillo no radica, por tanto, únicamente en el resultado de ambos procesos, sino en la distinta concepción acerca del alcance que puede tener el control constitucional sobre la legalidad de una actuación penal. Esta variación en la intensidad del control resulta relevante desde la perspectiva de Cross y Lindquist (2012), quienes plantean la necesidad de identificar el activismo judicial mediante criterios que permitan distinguir la actuación judicial expansiva de las decisiones que permanecen dentro de los límites ordinarios de la función jurisdiccional.

La cuestión adquiere una dimensión todavía mayor al considerar el pronunciamiento posterior correspondiente a Ollanta Humala. La sentencia de Castillo fue emitida el 16 de

abril de 2026, mientras que la STC Exp. N.° 00110-2026-PHC/TC fue expedida posteriormente, en julio de 2026. Por ello, no resulta correcto afirmar que Castillo contradijo o rechazó el criterio establecido posteriormente en Humala. La relación temporal es inversa: la decisión de Humala permite comprobar si el criterio restrictivo que el Pleno formuló en Castillo se mantuvo o si, pocos meses después, el propio Tribunal volvió a asumir una posición sustantivamente distinta frente a una controversia relacionada con la legalidad y tipicidad penal.

Cada proceso posee hechos, antecedentes procesales y pretensiones diferentes, y el Tribunal puede legítimamente establecer distinciones entre ellos. Sin embargo, cuando esas diferencias no son acompañadas de una regla suficientemente clara que explique por qué en un caso la cuestión de tipicidad permanece fuera del ámbito constitucional y en otro puede ser examinada sustantivamente, surge un problema de coherencia jurisprudencial. Esta ausencia de criterios generalizables resulta especialmente relevante para la distinción formulada por Maraniello (2012), conforme a la cual el activismo judicial razonable puede responder a vacíos normativos mediante criterios generales y replicables, mientras que el activismo irrazonable se caracteriza por innovaciones interpretativas o procesales carentes de esa generalidad.

No toda controversia sobre tipicidad penal pertenece automáticamente al ámbito constitucional, pero tampoco toda controversia sobre tipicidad queda necesariamente excluida del control constitucional. El verdadero problema consiste en determinar cuándo una cuestión de legalidad penal deja de ser una mera discusión infraconstitucional y adquiere una dimensión constitucional susceptible de activar la jurisdicción del Tribunal. La ausencia de parámetros suficientemente definidos sobre este punto incrementa el margen de discrecionalidad del órgano de control. Esta preocupación se relaciona con la crítica de Posner (1983) al ejercicio judicial cuando la decisión constitucional deja de encontrarse determinada por reglas jurídicas suficientemente delimitadas y adquiere un componente elevado de discrecionalidad.

b. Incoherencia jurisprudencial y activismo judicial irrazonable

El contraste entre Fujimori, Castillo y Humala permite identificar una secuencia que resulta relevante para la hipótesis de la presente investigación. En Fujimori, el Tribunal

adopta una concepción amplia del control constitucional sobre actuaciones desarrolladas dentro de un proceso penal; en Castillo, restringe ese control y reafirma la competencia de la judicatura ordinaria sobre la subsunción y la configuración del delito; y, posteriormente, en Humala, vuelve a ejercer un control sustantivo sobre la correspondencia entre la conducta imputada y el tipo penal aplicado. La cuestión que emerge de esta secuencia no es cuál de las tres soluciones resulta políticamente conveniente, sino qué criterio constitucional permite explicar jurídicamente la distinta intervención del Tribunal en cada caso. La ausencia de una pauta suficientemente generalizable para explicar estas variaciones permite aproximar el fenómeno a la concepción de activismo judicial irrazonable desarrollada en la investigación (Maraniello, 2012).

La ausencia de una respuesta suficientemente clara genera consecuencias que trascienden los casos individuales. Una jurisdicción constitucional cuya intensidad de control fluctúa frente a controversias de estructura semejante puede comprometer los principios de seguridad jurídica, predictibilidad e igualdad en la aplicación de la Constitución. Desde la perspectiva de Waldron (2006), el ejercicio del control judicial debe examinarse también a partir de sus implicancias sobre la legitimidad democrática y la distribución institucional de la autoridad para resolver desacuerdos constitucionales. Cuando un tribunal modifica sustancialmente el alcance de su intervención sin desarrollar criterios suficientemente estables que permitan justificar la diferencia entre casos, se incrementa la tensión entre la autoridad jurisdiccional y los principios institucionales que limitan su actuación.

En consecuencia, la comparación de estos casos permite sostener que el problema no se encuentra exclusivamente en la amplitud o restricción del control constitucional, sino en la falta de una frontera jurisprudencial estable entre la protección de los derechos fundamentales y la competencia propia de la jurisdicción ordinaria. Cuando esa frontera puede desplazarse significativamente entre casos sin una justificación diferenciadora suficientemente desarrollada, el Tribunal Constitucional corre el riesgo de transformar el control constitucional —concebido como garantía frente a la vulneración de la Constitución— en un mecanismo de intervención casuística sobre decisiones pertenecientes a otros órganos jurisdiccionales. Precisamente allí se ubica, para esta investigación, una de las manifestaciones más problemáticas del activismo judicial irrazonable: el ejercicio del control constitucional sin límites jurisprudenciales suficientemente previsibles y coherentes.

Esta conclusión resulta consistente con el marco conceptual desarrollado en la tesis, según el cual el ejercicio legítimo del control constitucional exige preservar la supremacía de la Constitución, la separación e independencia de poderes y la legitimidad democrática de las decisiones jurisdiccionales (Gargarella, 2009; Waldron, 2006).

CAPÍTULO III: REPERCUSIONES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DEL PERÚ: LA NECESIDAD DE VIRAR HACIA UN CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Roberto Gargarella, jurista argentino, ha estudiado la brecha existente entre los ciudadanos y el sistema normativo desde una perspectiva latinoamericana. En su obra "La sala de máquinas de la Constitución", Gargarella (2014) examina cómo las instituciones y prácticas legales pueden alejarse de las preocupaciones y realidades cotidianas de los ciudadanos, lo que genera una desconexión y desconfianza hacia el sistema normativo. La brecha entre la Constitución y los ciudadanos es ya bastante profunda y, en consecuencia, la lejanía es aún mayor respecto de los ciudadanos y de las instituciones que nacen del texto constitucional.

3.1. Repercusiones del activismo judicial en el orden constitucional y democrático del Perú

Uno de los principales argumentos en contra del activismo judicial es que su desarrollo en las cortes de justicia constituye una vulneración del sistema democrático, en tanto los jueces ejercen un poder al margen de la Constitución o incluso por encima de esta y se arrogan funciones de legislación positiva que corresponden al Poder Legislativo. Ese poder “ilimitado” recae en un cuerpo de personas elegido por un sistema en el que la ciudadanía no está incluida. El hecho de que los magistrados sean elegidos por el Congreso

de la República y que estos sean representantes del pueblo no justifica el proceso de selección de candidatos, el cual se estructura de acuerdo con los intereses de los partidos políticos, que tampoco hoy responden a los intereses de los ciudadanos.

Reemplazar entonces a los políticos por los ciudadanos en la fórmula de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional no es sino una idea que merece ser considerada. No como la solución definitiva al activismo judicial, pero sí como una vía para justificar la labor jurisdiccional de los magistrados, en tanto esta responderá a una voluntad genuinamente representativa, mucho más real que simbólica.

El riesgo siempre ha sido que el poder esté permanentemente "elitizado", es decir, que pertenezca a un círculo cerrado y exclusivo de la sociedad al que tienen acceso unos cuantos y no las grandes mayorías. El poder constitucional para configurar la vida social y normarla debe estar inspirado en la voluntad del poder constituyente. Sacar al constituyente de la ecuación significa distanciarlo de las decisiones que comprometen su futuro y convertirlo en un espectador de la toma de decisiones. No todos los peruanos pueden ser magistrados del Tribunal Constitucional, pero sí podemos darles a todos los peruanos la oportunidad de conocer qué es el Tribunal Constitucional, qué decide, para qué sirve su existencia y quiénes son las personas a su cargo. ¿Cómo logramos esto? Haciendo partícipe a la sociedad civil en el proceso de elección de magistrados.

Nuestro actual sistema republicano tiene elecciones para presidente de la República y para el Congreso, y el hecho de tener elecciones no ha hecho a la gente más consciente del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo. ¿Por qué sería diferente con el Tribunal Constitucional?

Aquí retornamos a la separación existente entre el poder constituyente y la Constitución. La Constitución determina los derechos y deberes del ciudadano, la estructura social, la relación entre el Estado y los ciudadanos, los mecanismos para regular el poder político y las vías para proteger nuestros derechos y participar en la vida económica, política y social de la nación. Pero si existe esa disociación, no es posible que el ciudadano viva consciente de su rol dentro de un Estado Constitucional de Derecho, dado que si no conoce la Constitución ni su razón de ser, menos aún tendrá conciencia del ente encargado de interpretar esa Constitución y de la importancia de dicha institución. Una institución que se

encarga de dirimir materias trascendentales para esas grandes mayorías, dado que, al ser la última instancia dentro de nuestro orden interno en materia de derechos fundamentales, emite jurisprudencia sobre salud, educación, derechos laborales, entre otros.

¿Cómo funciona asertivamente el sistema democrático en un sistema en el que uno de sus entes más determinantes es, al mismo tiempo, el menos democrático por la naturaleza de su composición? No parece razonable.

Por ello, la fórmula para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano debe desprenderse del factor político partidario congresal y basarse en la participación popular. De esa forma, el fenómeno del activismo judicial podrá abordarse de manera más específica e incluso verse limitado. Los magistrados ya no tendrán la presión de responder a intereses políticos, a los que muchas veces quedan supeditados, tras su elección en el Congreso de la República. El activismo judicial, también entendido como un activismo político parcializado, podría restringirse a un activismo de principios en busca de la tutela de los derechos humanos, algo que no escapa al margen que la Constitución les otorga a los jueces constitucionales. Si la respuesta no está ni en el Congreso ni en los partidos políticos, pero buscamos una solución de participación popular eminentemente política, ¿qué figura se propone?

No solo estaríamos incluyendo a la población en un proceso de elección de jueces, sino que también podríamos optimizar el sistema de evaluación de los postulantes y el concurso meritocrático para seleccionar a los más aptos y capaces. En el proceso actual, es el parlamento el que concentra todas las etapas, y la elección de los magistrados del TC es una prerrogativa reconocida por la Constitución de 1993. La reforma constitucional sería entonces el mecanismo para trasladar esa facultad, hoy en manos del Congreso, hacia otros actores.

Lo anterior podría considerarse un intento de debilitar institucionalmente al Congreso de la República, al restarle facultades hoy reconocidas constitucionalmente. En tanto, los argumentos contra el actual proceso de selección de magistrados del TC se centran en la falta de representatividad de la clase política y de sus partidos políticos. Pero quedarnos sólo con ese extremo sería restringir el verdadero alcance de la propuesta que se plantea a continuación. El proceso de la reforma política y electoral en el Perú debe seguir su cauce,

sin embargo, la justicia constitucional no se detiene por la coyuntura política y sus circunstancias. La justicia constitucional nunca se detiene. Justamente por ello, supeditarla a los vaivenes de un sistema político inoperante, es riesgoso. Por otro lado, tenemos la oportunidad de lograr, mediante una reforma constitucional, la instauración de un sistema que comprometa a los peruanos con un proceso sociopolítico sin precedentes, en el que se establezca una pedagogía informativa nacional y se logre el interrelacionamiento entre el ciudadano y la Constitución.

Los eventos nacionales nos ofrecen, además, una oportunidad inmejorable para plantear cambios constitucionales en este sentido. Es, como lo plantea el profesor Bruce Ackerman (1998), la necesidad de realizar enmiendas constitucionales requeridas por situaciones coyunturales, de manera que, con el tiempo, se fue forjando, por dar un ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de América, emblema de la democracia en el mundo entero. Es en el mundo, igualmente, donde encontramos ejemplos de países que han desarrollado modelos institucionales sólidos para la selección de sus magistrados, lo cual resulta pertinente revisar para dar con una alternativa al modelo que hoy rige en el Perú.

3.2. Selección de magistrados de Cortes Constitucionales en el Derecho Comparado

3.2.1. Caso de la República de Sudáfrica

La Corte Constitucional de Sudáfrica fue creada en 1994, en el marco de la transición democrática que siguió al fin del apartheid. Su función es garantizar la supremacía constitucional y la plena realización de los derechos fundamentales reconocidos en la nueva Constitución. Tal como señalan Klug (2000) y Roux (2013), el diseño del sistema judicial sudafricano se estructuró para evitar cualquier forma de captura política y asegurar que la judicatura reflejara la diversidad social y cultural del país.

b. Composición y proceso de selección

La Corte Constitucional está integrada por 11 jueces: el *Chief Justice*, el *Deputy Chief Justice* y nueve jueces adicionales. La Corte constituye el máximo órgano jurisdiccional de Sudáfrica y tiene competencia para resolver materias constitucionales, así como otras materias cuando se cumplen las condiciones establecidas por la Constitución. La selección

de los jueces constitucionales involucra a la Judicial Service Commission (JSC) y al Presidente de la República. Su función consiste, entre otras atribuciones, en recibir nominaciones, realizar entrevistas públicas y elaborar una lista de candidatos que posteriormente es remitida al Presidente, quien es el encargo de tomar la decisión final respecto al nombramiento.

Composición de la JSC

La Judicial Service Commission (JSC) presenta una composición plural que incorpora representantes del Poder Judicial, de la academia y de los órganos políticos. Conforme al artículo 178 de su Constitución, la Comisión está integrada por:

- **Poder Judicial:** Chief Justice, President del Supreme Court of Appeal y un Judge President.
- **Ejecutivo:** El Ministro/miembro del Gabinete responsable de justicia (o su representante).
- **Gremio Legal y Academia:** Dos *advocates*, dos *attorneys* y un profesor de Derecho universitario.
- **Poder Legislativo:** Seis miembros de la Asamblea Nacional (mínimo tres de la oposición) y cuatro delegados del Consejo Nacional de las Provincias (NCOP)
- **Designación Presidencial:** Cuatro personas nombradas por el Presidente previa consulta multipartidaria.

Proceso de selección

- Nominación**:** se reciben las postulaciones para las vacantes existentes.
- Evaluación y entrevistas**:** la JSC examina a los candidatos y desarrolla entrevistas públicas.
- Elaboración de la lista**:** la JSC prepara una lista de candidatos que contiene tres nombres más que el número de nombramientos que deben realizarse y la remite al Presidente.
- Nombramiento final: el Presidente, después de consultar al Chief Justice y a los líderes de los partidos representados en la Asamblea Nacional, realiza los

nombramientos a partir de la lista elaborada por la JSC. Si existen candidatos que el Presidente considera inaceptables y quedan vacantes por cubrir, la JSC debe complementar la lista y el Presidente realiza los nombramientos restantes a partir de ella.

c. Fortalezas y desafíos del modelo

Fortalezas

- Pluralidad institucional que evita la concentración de poder.
- Alto nivel de transparencia gracias a las audiencias públicas.
- Incorporación equilibrada de criterios técnicos y sociales.
- Énfasis en mérito, independencia y legitimidad democrática.

Desafíos

- El presidente mantiene influencia en el nombramiento.
- Riesgos residuales de politización en determinados momentos.
- Complejidad procedimental que dificulta la comprensión ciudadana.

c. Lecciones para la propuesta a la problemática peruana

La experiencia sudafricana revela una premisa esencial para repensar el diseño constitucional peruano: la legitimidad en la selección de jueces depende menos de la identidad de los actores formales y más de la arquitectura deliberativa que organiza su intervención. Como muestran Klug (2000) y Roux (2013), la Judicial Service Commission se fundamenta en la dispersión estratégica del poder de selección entre diversas comunidades epistémicas —jurídicas, académicas, sociales y políticas—, lo que reduce la posibilidad de una captura parlamentaria o presidencial.

Para un país como el Perú, donde el deterioro institucional del Congreso y la baja legitimidad de la clase política constituyen una amenaza recurrente para la independencia judicial, la experiencia sudafricana ofrece lecciones valiosas. En particular, demuestra la relevancia de contar con mecanismos de evaluación técnica desarrollados por órganos dotados de autonomía y especialización, así como con procedimientos de selección que

incorporen actores cuya legitimidad no dependa exclusivamente de la representación político-partidaria. A la luz de estos elementos, resulta pertinente explorar alternativas institucionales que fortalezcan los componentes técnicos y académicos del proceso de selección de magistrados constitucionales, reduciendo los riesgos de politización que han caracterizado al modelo peruano en las últimas décadas.

En términos comparativos, el caso sudafricano demuestra que un diseño orientado a la transparencia, la pluralidad técnica y la deliberación pública puede sostener la legitimidad de un tribunal constitucional incluso en contextos polarizados. Es importante que la propuesta para el Perú se inspire en esa racionalidad, pero la adapte a un escenario en el que resulta indispensable excluir por completo al poder político para garantizar la independencia judicial.

La experiencia sudafricana nos devela que la independencia del Tribunal Constitucional no es una consecuencia automática de la buena voluntad que puedan tener o no tener circunstancialmente las instituciones, sino de un diseño minucioso que limita la intervención política y promueve la participación técnica y social. Aunque el modelo sudafricano conserva una fase presidencial que introduce riesgos de presión partidaria, su estructura general confirma, como sostiene Roux (2013), que los tribunales constitucionales se fortalecen cuando su composición es el resultado de un proceso plural y transparente. La propuesta para el Perú no solo debe recoger esa lógica, sino perfeccionarla para reducir al máximo la intervención de actores político-partidarios y fortalecer la participación de instancias dotadas de legitimidad técnica y académica. Por ello, la comparación sudafricana no solo posee valor ilustrativo, sino que también aporta fundamentos importantes para la formulación de una propuesta de reforma acorde con los desafíos que enfrenta el Perú en su actual contexto histórico.

3.2.2. Caso de la República de Guatemala

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala tiene origen en la Constitución Política de 1985 y responde al proceso de consolidación de un modelo concentrado de justicia constitucional en su ordenamiento. Salguero (2025) explica que la instauración de la Corte fue resultado de un proceso histórico orientado a establecer un órgano especializado de

control constitucional, cuya configuración definitiva quedó plasmada en el texto constitucional de 1985. Se caracteriza por su autonomía institucional y por la atribución de competencias propias dentro del sistema de justicia constitucional. Pinto Acevedo (1995) identifica la configuración de la Corte de 1985 como una transformación sustancial respecto del modelo anterior, destacando tanto su organización como las garantías establecidas para el ejercicio de su función constitucional.

a. Composición y proceso de selección

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales cuenta con su respectivo suplente. Los magistrados ejercen sus funciones durante cinco años. La Constitución contempla, además, una integración excepcional de siete magistrados cuando la Corte conoce asuntos de inconstitucionalidad contra la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República; en tales supuestos se incorporan dos magistrados adicionales mediante sorteo entre los suplentes.

La particularidad central del modelo guatemalteco se encuentra en la distribución de la potestad de designación. Conforme al artículo 269 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cinco magistrados titulares son designados de la siguiente manera:

- un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- un magistrado por el pleno del Congreso de la República;
- un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y
- un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

La participación de la Universidad de San Carlos adquiere especial relevancia para la presente investigación. Bobadilla López (2022) analiza específicamente la elección de magistrados de la Corte de Constitucionalidad por parte de la Universidad de San Carlos y sostiene la necesidad de que el Consejo Superior Universitario evalúe rigurosamente la idoneidad y honorabilidad de los candidatos que participan en dicho proceso. Su estudio

demuestra que la participación universitaria en la integración de la Corte no constituye una referencia meramente histórica, sino una cuestión institucional concreta vinculada con los criterios que deben orientar este tipo de procesos.

b. Características del modelo

- Pluralidad en la designación
- Participación académica directa
- Participación profesional directa
- Intervención de órganos estatales

c. Fortalezas y desafíos del modelo

Fortalezas

- Pluralidad de órganos e instituciones participantes en la designación.
- Participación constitucional directa de la academia y de la profesión jurídica.
- Distribución de la potestad de designación entre distintos centros institucionales.

Desafíos

- Tres de los cinco magistrados son designados por órganos estatales.
- La participación académica y profesional no elimina por sí misma la intervención política.
- La pluralidad de designantes no implica necesariamente la ausencia de riesgos de politización.

En consecuencia, el modelo guatemalteco presenta una estructura en la que coexisten mecanismos de designación estatal, académica y profesional, por lo que su relevancia para esta investigación radica en que la participación de instituciones académicas y profesionales, en la designación de magistrados constitucionales, es una alternativa viable dentro del diseño constitucional de una república democrática en la región.

d. Lecciones para la propuesta a la problemática peruana

La experiencia de Guatemala permite identificar elementos relevantes para el análisis del mecanismo de selección de magistrados constitucionales en el Perú. En particular, resulta significativa la distribución de la potestad de designación entre distintos órganos, pues evidencia que la conformación de una corte constitucional puede estructurarse mediante la intervención concurrente de diversos actores institucionales.

Sin embargo, también permite advertir que la pluralidad de órganos designantes no resulta suficiente, por sí misma, para garantizar un procedimiento uniforme y transparente. Fernández (2019), al analizar específicamente el mecanismo de designación de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, identifica diferencias en el tratamiento jurídico de las designaciones realizadas por los distintos órganos y plantea la necesidad de establecer un procedimiento general para los cinco entes, orientado a limitar posibles márgenes de manipulación y garantizar la transparencia, eficacia y eficiencia del proceso.

En ese sentido, si bien resulta valiosa la incorporación de actores como la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Colegio de Abogados, ello no supone, por sí mismo, la eliminación de la dimensión política del proceso. La intervención de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República y el Presidente de la República en la designación de tres de los cinco magistrados demuestra que la pluralidad institucional puede coexistir con una importante participación de órganos estatales, por lo que el modelo permanece sujeto a posibilidades de perfeccionamiento.

El caso guatemalteco no constituye necesariamente un modelo que deba ser reproducido en el ordenamiento peruano, sino un referente comparado que permite identificar alternativas de distribución de la potestad de selección y, particularmente, examinar el papel que pueden desempeñar las instituciones académicas y profesionales en la conformación de los tribunales constitucionales. Estos elementos serán considerados posteriormente para evaluar la pertinencia de alternativas de reforma institucional a la problemática que enfrentamos.

3.3. Propuesta de proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y mecanismos de control

Las consideraciones desarrolladas hasta este punto permiten sostener que el problema de la selección de magistrados no radica únicamente en quién ejerce la facultad de nombramiento, sino en la arquitectura institucional sobre la que se configura el procedimiento. Las lecciones derivadas de las experiencias de derecho comparado evidencian la necesidad de repensar los mecanismos mediante los cuales se designa a los integrantes del Tribunal Constitucional del Perú. Bajo esa premisa, corresponde plantear una propuesta orientada a reducir los riesgos de politización del Tribunal Constitucional mediante un sistema que reduzca la intervención de actores político-partidarios y refuerce tanto la participación ciudadana como la intervención de instancias dotadas de legitimidad técnica y académica. Para ello, se desarrollarán a continuación los elementos esenciales del modelo propuesto, así como los mecanismos destinados a garantizar su transparencia, control y adecuado funcionamiento.

3.3.1. Del proceso de participación ciudadana en la selección de magistrados del Tribunal Constitucional a cargo de la Asamblea Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Perú.

La Constitución peruana de 1993 en su artículo 139 inciso 19 avanzó en la incorporación de la ciudadanía en el nombramiento, evaluación y ratificación de jueces y fiscales como garantía de la administración de Justicia, aunque en la práctica no se haya aplicado, salvo en el nombramiento de los Jueces de Paz, y en una limitada participación de algunas instituciones de la sociedad civil y abogados que presentan denuncias contra magistrados ante la Junta Nacional de Justicia (Ex CNM) que son tenidas en cuenta al momento de las evaluaciones y ratificaciones de jueces y fiscales.

Lo que no se ha pensado ni legislado en cuanto a los magistrados del Tribunal Constitucional, que son nombrados por el Congreso de la República, como expusimos en el capítulo anterior, es eminentemente político y desnaturaliza la imprescindible imparcialidad de este máximo nivel de justicia constitucional.

Que los ciudadanos puedan participar en la selección de los jueces del Tribunal Constitucional, no pasando necesariamente por un proceso electoral, sino haciendo posible que las organizaciones civiles puedan proponer candidatos, es una alternativa que abre la posibilidad de desvincular de los acuerdos políticos la selección de estos magistrados,

especialmente, si el ente de selección es académico y no político, como la Junta de Decanos de las Facultades de Derecho de todo el Perú. De esta manera se garantizaría la democratización de la presentación de postulantes a esta alta magistratura, con la seguridad de que reúnan requisitos de idoneidad para el cargo establecidos en la propia Constitución y cuya evaluación sería materia de un reglamento.

Sólo se admitirían postulantes propuestos por organizaciones civiles no político-partidarias, no pudiendo admitirse postulaciones personales sin la presentación de una organización de la sociedad civil, a fin de que los postulantes sean personas reconocidas en el medio social por su destacada trayectoria en bien del país y por su idoneidad moral.

La selección a cargo de los decanos de las facultades de Derecho abriría la posibilidad de efectuar una evaluación académica de los postulantes, en la que los parámetros de evaluación sean objetivos, como la propia trayectoria académica de los postulantes, su aporte jurídico al Derecho Constitucional y su actividad profesional en el ámbito del Derecho.

Llegar a ser decano de una facultad de Derecho de las principales universidades del país se debe a una larga y exitosa carrera académica en la enseñanza y práctica del Derecho, por lo que el colegiado que formen estos decanos, en una junta que se reuniría cada seis años para seleccionar a los magistrados del Tribunal Constitucional, aseguraría una selección desvinculada de los acuerdos políticos y de mayor objetividad académica.

3.3.2. Características fundamentales del nuevo proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional.

Podríamos resumir las siguientes características del nuevo proceso:

a) **Democratización de la presentación de postulantes a jueces del Tribunal Constitucional mediante la participación de la ciudadanía a través de organizaciones civiles representativas no políticas.**

   Lo que permitirá que los ciudadanos postulen a los más destacados abogados constitucionalistas que hayan demostrado integridad profesional y servicio al país.

b) **Selección objetiva de los postulantes a jueces con evaluación académica desvinculada de intereses políticos.**

Lo que asegurará la selección de los mejores abogados constitucionalistas propuestos por la sociedad civil. Lo que no se puede lograr con el sistema actual de selección política.

c) **Los requisitos para ser juez del Tribunal Constitucional serán la alta graduación académica y una excelente trayectoria profesional.**

Lo que impedirá que se postule a cualquier persona con intereses políticos o ajenos a la imparcialidad de esta alta y especializada magistratura.

d) **La modificación constitucional requerirá que los jueces del Tribunal Constitucional puedan ser separados del cargo por el Congreso de la República, sólo a pedido de 20,000 ciudadanos, por causa grave comprobada.**

Lo que impedirá que se continúe politizando la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional, sin motivo justificado.

El uso irresponsable o con fines innobles de esta prerrogativa popular debe acarrear sanción penal.

Un reglamento (ley) regula este procedimiento y las formas de tipificar las causas graves.

e) **Las organizaciones de la sociedad civil deben tener una antigüedad no menor de 10 años y una actividad relacionada con los diferentes ámbitos de la vida social del país.**

A fin de asegurar propuestas de postulantes idóneos y evitar la politización de las propuestas o la postulación de personas con intereses ajenos al ejercicio imparcial de la magistratura constitucional.

3.3.3. De la Asamblea Nacional de Decanos y la Comisión Nacional de Selección

Desde la perspectiva de la legitimidad judicial, Waldron (2006) distingue entre legitimidad democrática (basada en el sufragio popular) y legitimidad epistémica (basada en la capacidad técnica y deliberativa). Un Tribunal Constitucional no responde al sufragio directo, por lo que su legitimidad debe descansar en quienes lo seleccionan; si estos son actores predominantemente partidarios, la carga de legitimación recae en el propio tribunal.

Construir un mecanismo de selección a cargo de una Asamblea Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho (AND-FD) implica trasladar el origen de la autoridad al núcleo académico del Derecho nacional, reduciendo las interferencias políticas y elevando la credibilidad técnica.

Simultáneamente, esta propuesta se enmarca en el constitucionalismo participativo defendido por Roberto Gargarella, quien aboga por ampliar los mecanismos de deliberación institucional más allá de la esfera estrictamente política. Una AND-FD representaría una institucionalización de ese principio: las facultades de Derecho, públicas y privadas, licenciadas por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), constituyen una comunidad profesional y académica interesada en la calidad de la justicia constitucional.

Según registros públicos de la SUNEDU al 2025 contamos con 62 facultades de Derecho de universidades licenciadas en todo el territorio nacional. Ello implica una AND compuesta por 62 decanos, cada uno con un voto. Sobre la elección de magistrados: se propone que la votación final requiera dos tercios (2/3) de los votos de los decanos presentes. Este umbral cualificado garantiza consenso amplio y reduce la captación por facciones menores.

Como parte del nuevo modelo de reforma constitucional propuesto para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, se conforma la Comisión Nacional de Selección (CNS), órgano autónomo y técnico encargado de evaluar, depurar y preseleccionar a los postulantes que integrarán la terna final a ser presentada a la Asamblea Nacional de Decanos de Facultades de Derecho. La CNS actúa como un filtro técnico previo, garantizando que el proceso obedezca a principios de meritocracia, independencia y transparencia.

La lógica institucional de la CNS puede sostenerse desde la teoría democrática contemporánea si se considera, por un lado, lo que Dahl (1992) denomina la necesidad de ampliar los centros de control y dispersar el poder decisorio para evitar que pequeñas élites determinen unilateralmente el rumbo institucional del Estado. Su planteamiento sobre la "poliarquía" exige mecanismos que garanticen la inclusión, la participación y el control mutuo, elementos que se concretan en la participación territorial y gremial diversa que integra la CNS. A ello se suma la contribución de Lijphart (2000), quien destaca que las democracias

más estables no son necesariamente las más concentradas, sino aquellas que distribuyen la autoridad entre múltiples actores y promueven acuerdos entre sectores distintos de la sociedad. Bajo esta lógica, la CNS opera como un contrapeso necesario frente a la concentración partidaria en el Congreso, incorporando representación regional y profesional para equilibrar el proceso de selección del Tribunal Constitucional.

3.3.3.1. Justificación de la Comisión Nacional de Selección (CNS)

La creación de la CNS parte de los siguientes fundamentos:

1. Evitar interferencias políticas en la etapa inicial de la evaluación.
2. Asegurar un análisis técnico y meritocrático de los postulantes.
3. Reflejar pluralidad territorial, en consonancia con la división jurisdiccional del TC.
4. Reducir la discrecionalidad de la autoridad decisora final.
5. Aumentar la legitimidad social y jurídica del proceso de designación.
6. Inspirarse en sistemas comparados donde órganos técnicos preseleccionan candidatos

La CNS fortalece el diseño constitucional al evitar prácticas de captura política que históricamente han afectado la elección de magistrados.

3.3.3.2. Conformación de la Comisión Nacional de Selección

La CNS estará integrada por cinco decanos, cada uno de los cuales representará a una de las cinco macrorregiones jurisdiccionales establecidas por acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú en el año 2016[1], a fin de facilitar el acceso a la justicia constitucional. Esta conformación asegura la representatividad territorial y evita la concentración del proceso en Lima, incorporando a los colegios profesionales de abogados como actores legítimos del sistema constitucional.

Las cinco macrorregiones son las siguientes**:**

1. Macrorregión Norte: Áncash, Cajamarca, La Libertad, Lambayeque, Piura, Del Santa, Sullana y Tumbes.

[1] Tribunal Constitucional del Perú, «Pleno del TC crea cinco macro regiones a nivel nacional», Nota de Prensa, 23 de marzo de 2016. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-29eac0f13544613215e5c538f7ab0fe5/ (consulta: 12 de junio de 2026).

2. Macrorregión Sur: Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna.
3. Macrorregión Centro: Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Junín, Pasco e Ica.
4. Macrorregión Lima: Callao, Cañete, Huaura, Lima, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este y Ventanilla.
5. Macrorregión Oriente**:** Amazonas, Loreto, San Martín y Ucayali.

La incorporación de estas macrorregiones al diseño institucional de la selección permite mantener la coherencia con la propia organización territorial del Tribunal Constitucional.

a. Elección de los cinco representantes de cada macrorregión

Cada representante es elegido democráticamente por los decanos de los Colegios de Abogados que integran la macrorregión correspondiente.

b. Convocatoria en cada macrorregión

Cada macrorregión será convocada por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, en su calidad de órgano gremial nacional, a fin de elegir al representante regional ante la CNS.

c. Elección de decano integrante de la CNS

Se desarrollará una sesión formal con participación de todos los decanos de los Colegios de Abogados incluidos en la macrorregión respectiva.

- Cada decano tiene un voto.
- Elección por mayoría simple
- Si hay empate, se realiza una segunda ronda entre los dos candidatos con más votos.
- Si el empate persiste, la elección se define mediante votación nominal abierta, registrándose en acta.

d. Requisitos mínimos de idoneidad

El representante debe cumplir con criterios que aseguren su imparcialidad:

- no registrar sanciones disciplinarias vigentes
- no haber sido candidato o financista político
- no mantener vínculos profesionales o contractuales con postulantes al Tribunal Constitucional

3.3.3.3. Funcionamiento de la Comisión Nacional de Selección y posterior elección de magistrados a cargo de la Asamblea Nacional de Decanos

Constituida la Comisión Nacional de Selección (CNS), se inicia el proceso de revisión de los postulantes presentados por organizaciones de la sociedad civil y por entidades habilitadas. La CNS funciona como un órgano técnico autónomo, cuya labor principal es clasificar y ordenar a los candidatos según criterios objetivos y verificables. El procedimiento se desarrolla en tres momentos sucesivos: comprobación de requisitos esenciales, valoración meritocrática integral y formación de la terna final.

Comprobación de requisitos esenciales

En esta primera fase, la Secretaría Técnica de la CNS verifica que los postulantes cumplan con los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: edad mínima, trayectoria profesional, ausencia de sanciones disciplinarias, experiencia jurídica comprobada, publicaciones y ejercicio profesional reconocido. Solo quienes acrediten estos requisitos avanzan a la evaluación sustantiva.

Valoración meritocrática integral

Superada la revisión formal, los cinco decanos que integran la CNS desarrollan una apreciación sustantiva basada en una matriz de méritos previamente acordada, lo que garantiza uniformidad, transparencia y comparabilidad entre los postulantes.

Elaboración de la terna para votación

Concluida la evaluación, la CNS integra una terna de candidatos a partir de los postulantes que obtuvieron las calificaciones más altas. Esta terna se remite a la Asamblea Nacional de Decanos, encargada constitucionalmente de votar y elegir a los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

a. Convocatoria pública nacional abierta

b. Evaluación meritocrática

c. Entrevista pública

d. Declaración jurada de intereses y verificación patrimonial

e. Informe público de candidatos aptos

Este diseño conjuga criterios técnicos, éticos y de transparencia, materializando lo que Cass Sunstein denomina una "arquitectura deliberativa de legitimidad": el poder no se legitima por su origen político, sino por la racionalidad y la apertura del proceso (Sunstein, 2019).

Los candidatos seleccionados pasarán a una segunda fase: la elección nacional a cargo de los 62 decanos de Derecho que integran la Asamblea Nacional de Decanos.

- **Modalidad:** voto secreto
- **Mayoría requerida:** dos tercios (2/3) del total de decanos, es decir, 41 votos favorables de 62.
- **Mandato:** único de seis años, sin reelección inmediata.
- **Incompatibilidades:** los decanos electores no podrán ser miembros de partidos políticos ni ocupar cargos públicos durante el proceso.

El modelo asegura, así, una legitimidad técnica, un consenso reforzado y una independencia política absoluta. En la línea de lo sostenido por Posner (2008), las instituciones judiciales eficientes son aquellas que minimizan los costos de error político; este diseño cumple esa función al sustituir la negociación parlamentaria por un consenso técnico-académico verificable.

Este esquema garantiza la independencia institucional, la calidad técnica, la transparencia y la legitimidad democrática indirecta.

3.4. Mecanismos de control

La reforma constitucional planteada en este tercer capítulo, para perfeccionar el mecanismo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, tiene la pretensión de implementar un modelo alternativo que corrija las deficiencias del actual sistema de elección,

al cual le atribuimos la condición de principal hecho desencadenante de la aparición del fenómeno del activismo judicial irrazonable.

Sin embargo, es menester señalar que, aun con el nuevo sistema de elección, los jueces constitucionales no quedan exentos de ser eventualmente instrumentalizados por fuerzas políticas mediante mecanismos de corrupción. Por ello, es importante complementar nuestra propuesta de reforma constitucional con mecanismos de control, de naturaleza externa e interna.

a. Control externo excepcional a cargo de la Asamblea Nacional de Decanos

El control externo propuesto no se concibe como un mecanismo de fiscalización política ni como una vía indirecta para revisar el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional. Su finalidad es estrictamente institucional y excepcional: permitir que un órgano colegiado de naturaleza técnica evalúe si la conducta jurisdiccional de un magistrado, apreciada de manera sistemática y no episódica, ha derivado en una vulneración manifiesta del marco constitucional mediante prácticas interpretativas que exceden los límites razonables del control de constitucionalidad.

La activación de este control externo requiere necesariamente la presentación de una queja ciudadana calificada, respaldada por un número no menor de veinte mil firmas de ciudadanos inscritos en el padrón electoral y debidamente verificadas. Este requisito no cumple una función decisoria, sino habilitante. Su objetivo es filtrar reclamos aislados, coyunturales o estrictamente políticos, asegurando que solo aquellas denuncias que expresen una preocupación social relevante y sostenida puedan ser sometidas a evaluación institucional.

Desde la perspectiva del diseño constitucional, el establecimiento de un umbral de firmas responde a criterios de racionalidad democrática y de protección de la independencia judicial. Un umbral bajo permitiría que minorías organizadas o actores políticos instrumentalizaran el mecanismo como reacción frente a decisiones jurisdiccionales impopulares; uno excesivamente elevado, en cambio, vaciaría de contenido el derecho ciudadano a activar mecanismos excepcionales de responsabilidad constitucional. El número de veinte mil firmas constituye un punto de equilibrio razonable: es lo suficientemente exigente para descartar movilizaciones artificiales o episódicas, pero alcanzable cuando

existe una amplia percepción social de afectación constitucional. De este modo, la participación ciudadana no sustituye el juicio técnico, sino que actúa como un filtro de seriedad deliberativa.

Ahora bien, la admisión de la queja no habilita automáticamente un procedimiento de remoción. Corresponde a la Asamblea Nacional de Decanos realizar un examen técnico-jurídico riguroso, orientado a distinguir entre el desacuerdo interpretativo legítimo —propio de toda jurisdicción constitucional— y el exceso interpretativo institucionalmente relevante. En este sentido, la ponderación que realice la Asamblea deberá atender, de manera acumulativa y razonada, a criterios objetivos tales como la reiteración de la conducta interpretativa cuestionada, la existencia de un patrón jurisprudencial consolidado y no meramente ocasional, el grado de apartamiento respecto del texto constitucional expreso y la suficiencia o insuficiencia de la argumentación empleada para justificar dicho apartamiento.

Asimismo, la Asamblea deberá evaluar si la actuación del magistrado ha producido efectos estructurales en el sistema constitucional, tales como la alteración persistente del equilibrio de poderes, la sustitución sistemática del legislador democrático en ámbitos de configuración normativa expresa o la introducción de construcciones doctrinarias carentes de un anclaje constitucional suficiente. Este análisis no implica valorar la corrección dogmática de una sentencia concreta ni su orientación ideológica, sino determinar si la práctica jurisdiccional examinada resulta compatible con los límites institucionales que el constitucionalismo impone al juez constitucional.

En consecuencia, la Asamblea no actúa como un órgano revisor de sentencias ni como un tribunal político, sino como un espacio excepcional de responsabilidad constitucional. Solo en el supuesto de que, tras este examen técnico, se concluya que la conducta del magistrado configura una vulneración grave, reiterada y objetivable de dichos límites, podrá someterse a votación la eventual remoción. Esta decisión requerirá una mayoría calificada no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea y deberá adoptarse respetando estrictamente el derecho de defensa y el debido proceso.

Así configurado, el control externo no convierte a la ciudadanía en juez ni a la Asamblea en actor político. Por el contrario, articula un mecanismo institucional que canaliza la preocupación social sin sustituir el juicio técnico, preservando la independencia judicial,

y, al mismo tiempo, introduce una forma excepcional de rendición de cuentas ante desviaciones graves en el ejercicio del control de constitucionalidad.

b. Control interno institucional a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

A diferencia del control externo, este mecanismo no tiene carácter excepcional, sino permanente, y se orienta a preservar la integridad del Tribunal como órgano colegiado, sin afectar la independencia decisoria de cada magistrado.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional debería incorporar un régimen específico de autocontrol institucional, ejercido por el Pleno, destinado a identificar y corregir desviaciones interpretativas graves que, por su reiteración o impacto estructural, excedan los márgenes razonables del control de constitucionalidad. Este régimen no se orienta a revisar el contenido decisorio de las sentencias, sino a evaluar la razonabilidad institucional del ejercicio interpretativo, entendida como la coherencia, proporcionalidad y consistencia del razonamiento constitucional a lo largo del tiempo.

Desde una perspectiva operativa, el autocontrol interno se activa a partir de la verificación de patrones jurisprudenciales, no de decisiones aisladas. El Pleno podrá examinar si un magistrado ha sostenido reiteradamente criterios que se apartan, sin justificación suficiente, del precedente constitucional vinculante, que introducen construcciones normativas ajenas al texto constitucional o que generan una alteración sistemática del equilibrio de poderes. Este análisis deberá realizarse de forma colegiada y motivada, y no podrá fundarse en la discrepancia razonable entre interpretaciones constitucionales posibles.

La Ley Orgánica deberá precisar que el autocontrol interno se rige por el principio de mínima intervención. En consecuencia, solo procede cuando la conducta interpretativa cuestionada sea manifiestamente irrazonable, esto es, cuando el razonamiento empleado no guarde una relación justificable con el texto constitucional, con los principios estructurales del ordenamiento o con la propia jurisprudencia del Tribunal**.** La irrazonabilidad, en este sentido, no se identifica con el error jurídico ni con la opinión minoritaria, sino con la consolidación de una práctica interpretativa que desborda la función jurisdiccional y compromete la legitimidad institucional del Tribunal.

En cuanto a sus efectos, el régimen de autocontrol debe contemplar consecuencias graduales y proporcionadas. Entre ellas, la Ley Orgánica preverá exhortaciones institucionales formales, deberes reforzados de motivación en futuros casos análogos, o la adopción de acuerdos plenarios orientados a restablecer la coherencia jurisprudencial. En supuestos de especial gravedad, caracterizados por la persistencia del patrón irrazonable pese a advertencias institucionales previas, el Pleno podrá disponer la comunicación fundada de los hechos a la Asamblea Nacional de Decanos, a efectos de evaluar la eventual activación del control externo excepcional.

Este modelo de autocontrol no convierte al Tribunal Constitucional en juez de sí mismo en términos disciplinarios, ni introduce un mecanismo de censura interna. Por el contrario, refuerza la responsabilidad institucional del Pleno como órgano colegiado, permitiendo corregir desviaciones antes de que estas deriven en crisis de legitimidad o en conflictos abiertos con el sistema democrático. Al delimitar claramente sus supuestos de procedencia y sus efectos, el control interno contribuye a preservar la independencia judicial, al tiempo que reconoce que incluso los jueces constitucionales deben operar dentro de límites institucionales razonables.

3.5. Contraargumentos a la propuesta de reforma planteada

La propuesta de reforma constitucional desarrollada en esta investigación, orientada a modificar el mecanismo de selección de magistrados del Tribunal Constitucional, no se encuentra exenta de posibles objeciones. En ese sentido, es un buen ejercicio académico el someter la propuesta a un examen crítico de sus eventuales efectos y limitaciones. En ese sentido, resulta pertinente identificar los principales contraargumentos que podrían formularse frente al modelo planteado y confrontarlos con los fundamentos desarrollados a lo largo de la investigación.

a. Contraargumento I: La sustitución del Congreso no elimina necesariamente el riesgo de politización

Una primera objeción sostiene que la sustitución del Congreso de la República por una Asamblea Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho no garantiza, por sí misma, la despolitización del proceso de selección. Las universidades, sus autoridades, las organizaciones de la sociedad civil e incluso los propios integrantes de la Comisión Nacional de Selección pueden encontrarse vinculados, directa o indirectamente, con intereses políticos e ideológicos. Desde esta perspectiva, la modificación del órgano encargado de la elección podría limitar determinadas formas de politización, pero no impediría que estas reaparezcan bajo otras modalidades. Ninguna institución humana se encuentra completamente al margen de las influencias del poder.

A modo de refutación afirmamos que, el contraargumento podría tener asidero en tanto la propuesta hubiera sido concebida como un mecanismo destinado a eliminar toda posibilidad de influencia política; sin embargo, esa no es la premisa sobre la cual se construye el modelo. Como advierte Posner (2008), el comportamiento judicial no puede comprenderse al margen de factores políticos, estratégicos e institucionales, por lo que resulta inviable partir de la premisa de una neutralidad absoluta de sus actores. Es por ello que el objetivo de la propuesta es modificar los incentivos que actualmente permiten que la selección de magistrados se encuentre expuesta, esencialmente, a negociaciones político-partidarias. La investigación ha identificado precisamente que el mecanismo previsto en el artículo 201 de la Constitución puede traducirse en dinámicas de cuotas partidarias y compromisos políticos capaces de afectar la independencia de los magistrados desde su origen.

En ese sentido, la cuestión consiste en establecer qué diseño institucional ofrece mayores garantías frente a la captura de la justicia constitucional por intereses partidarios. En ese punto, la propuesta desplaza la decisión desde un órgano cuya naturaleza es eminentemente político-representativa hacia una estructura que incorpora evaluación técnica, participación académica, pluralidad territorial y mecanismos de control.

La Comisión Nacional de Selección, en consecuencia, es una garantía adicional. Su función no consiste en reemplazar la decisión final de la Asamblea, sino en establecer un filtro previo basado en valoración meritocrática y criterios verificables, hasta conformar una terna que pueda ser sometida a elección. De esta manera, la propuesta no descansa en la

supuesta neutralidad absoluta de sus actores, sino en una arquitectura institucional de controles sucesivos destinada a reducir la posibilidad de tener magistrados sujetos a intereses políticos.

Por ello, la eventual persistencia de influencias políticas no constituye una refutación de la propuesta, en tanto ninguna propuesta podrá eliminar por completo el factor político y tampoco debería ser su finalidad hacerlo. Dado que el origen del problema no es la política, sino el uso que se le ha dado a la misma por parte de los grupos que hoy detentan el poder. Justamente la propuesta de la presente investigación busca distanciar la justicia constitucional de cualquier interés político-partidario que intente avasallarla.

b. Contraargumento II: La participación de las Facultades de Derecho podría generar una nueva forma de elitización

Una segunda objeción podría sostener que la propuesta, al trasladar la decisión final a una Asamblea Nacional de Decanos de Facultades de Derecho, sustituiría la representación nacional por una "élite académica". Desde esta perspectiva, los decanos no cuentan con una legitimidad democrática derivada del sufragio universal y pertenecen a un ámbito especializado que podría encontrarse alejado de las preferencias, necesidades y demandas de la ciudadanía. El riesgo sería que la reforma no democratice realmente la selección, sino que, por el contrario, la convierta en un proceso en favor de intereses de este nuevo grupo.

A modo de refutación afirmamos que, la objeción parte de equiparar legitimidad democrática con legitimidad electoral, cuando la naturaleza del Tribunal Constitucional exige considerar una dimensión adicional: su legitimidad técnica o epistémica. Los planteamientos de Waldron (2005, 2006) permiten situar esta discusión en torno a la tensión entre la legitimidad democrática de las decisiones colectivas y la intervención de órganos jurisdiccionales en cuestiones que involucran desacuerdos sobre derechos. Sobre la base de este marco conceptual, la investigación distingue ambas dimensiones para precisar que, al no tratarse de un órgano elegido directamente por sufragio popular, la legitimidad del Tribunal depende sustancialmente de la calidad y rigurosidad del procedimiento mediante el cual sus integrantes son seleccionados.

La propuesta tampoco pretende entregar la selección a un reducido grupo de especialistas. La Asamblea se configura a partir de las Facultades de Derecho de universidades licenciadas, públicas y privadas, con representación territorial y participación de cada decano en condiciones de igualdad. La tesis contempla, además, una etapa previa de participación ciudadana mediante organizaciones civiles representativas no políticas, a través de la cual pueden presentarse postulantes a la magistratura.

Por consiguiente, la estructura propuesta no sustituye la participación ciudadana por una decisión exclusivamente académica. Lo que realiza es una distribución funcional de las etapas del procedimiento: la sociedad participa en la identificación y presentación de candidatos; la Comisión Nacional de Selección desarrolla la evaluación técnica y meritocrática; y la Asamblea Nacional de Decanos adopta la decisión final mediante una mayoría calificada.

Esta diferenciación resulta fundamental. La especialización de quienes participan en la decisión final no representa, por sí misma, una forma de elitización antidemocrática. En órganos constitucionales cuya función exige conocimientos jurídicos altamente especializados, dicha exigencia constituye más bien una garantía frente a decisiones guiadas por criterios exclusivamente coyunturales o partidarios. En esta línea, Gargarella (2009) ha destacado la relevancia funcional de los órganos jurisdiccionales dentro de una concepción deliberativa de la democracia, argumentando su capacidad para actuar como canales de resguardo para quienes han sido excluidos o postergados por el proceso político ordinario.

c. Contraargumento III: La eliminación de la intervención del Congreso podría debilitar la democracia representativa

Una tercera objeción podría afirmar que retirar al Congreso de la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional supone disminuir las competencias de una institución que representa directamente la voluntad popular. El Parlamento constituye, por definición, el espacio institucional en el que se expresa la representación política de la ciudadanía. Privarlo de una competencia constitucional de esta relevancia podría interpretarse como una sustitución de la democracia representativa por un mecanismo de representación académica que carecería de la misma legitimidad.

A modo de refutación afirmamos que, dicho contraargumento pierde fuerza cuando se confronta con las condiciones en las que dicha competencia constitucional ha sido ejercida por el Congreso de la Republica. La presente investigación ha identificado que el problema no reside en la existencia de una competencia atribuida al Congreso, sino en la posibilidad de que esta sea instrumentalizada por los mismos actores políticos cuyas decisiones pueden quedar posteriormente sometidas a control constitucional. En este punto, Gargarella (2014) resulta pertinente para advertir que la arquitectura constitucional y la distribución institucional del poder no pueden analizarse al margen de las relaciones concretas de poder que operan dentro de las instituciones**.** La investigación, precisamente, ha identificado una brecha entre las instituciones constitucionales y los intereses de los ciudadanos, así como los riesgos derivados de determinadas prácticas de los actores políticos.

La dificultad se profundiza cuando se observa la relación entre representación política, legitimidad democrática e independencia constitucional. La legitimidad electoral del Congreso no constituye, por sí sola, una garantía de que el ejercicio de todas sus competencias sea materialmente representativo de los intereses ciudadanos. La investigación advierte una distancia entre los intereses de la ciudadanía y los intereses de las organizaciones políticas que intervienen en la selección de magistrados.

Por ello, la propuesta de reforma debe comprenderse como una medida institucional dirigida a enfrentar una situación concreta de riesgo para la justicia constitucional, y no como un cuestionamiento general a la democracia representativa. Cuando el mecanismo de selección permite que los actores políticos con capacidad de decisión sobre la producción normativa puedan, simultáneamente, determinar la composición del órgano encargado de controlar constitucionalmente sus actuaciones, se configura una tensión estructural que merece ser corregida.

Es menester reconocer que el diseño institucional debe evitar que exista una dependencia estructural entre el órgano controlador y los órganos susceptibles a ser controlados. Esta preocupación se vincula con la propia concepción del Estado constitucional desarrollada por Ferrajoli (1999), para quien la sujeción del poder a límites y garantías jurídicas constituye una condición fundamental para la protección de los derechos y para

evitar que el poder político quede exento de controles efectivos. La independencia constitucional no puede descansar en la buena voluntad de quienes ejercen circunstancialmente el poder. Esta consideración adquiere todavía mayor importancia cuando el órgano político encargado de la selección atraviesa un escenario de deslegitimación y crisis de representación. La tesis ha identificado que la politización de las instituciones constituye una problemática nacional que afecta la capacidad de los organismos autónomos para actuar en función del interés general. En tales circunstancias, mantener inalterado el mecanismo de selección bajo el argumento de preservar los poderes del fuero parlamentario supondría desconocer que se requiere urgentemente rescatar la justicia constitucional de la certera amenaza que hoy enfrenta.

3.6. La propuesta de selección como vía para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho se basa en el principio de que todos los ciudadanos, incluidos los representantes del Estado, están sujetos a la Constitución. Dworkin (1977) sostiene que el respeto a los derechos de los ciudadanos es una responsabilidad estructural en cualquier democracia. En Perú, la instrumentalización de organismos como el Tribunal Constitucional en beneficio de intereses políticos compromete la funcionalidad y la legitimidad de este sistema. Todos los organismos del Estado tienen como finalidad servir a los intereses nacionales establecidos en la Constitución Política. Cuando hay una desviación de ese cauce, podemos hablar de fenómenos que ponen en riesgo el Estado constitucional. Una de esas manifestaciones es la del activismo judicial en la más alta corte de justicia constitucional de la nación, el Tribunal Constitucional.

Robert Dahl (1956)**,** en su obra *A Preface to Democratic Theory*, señala que la concentración del poder en el sistema judicial puede ser tan problemática como en cualquier otro ámbito. Podemos señalar lo mismo sobre la concentración de poder en cualquier institución pública. Supondrá riesgos y, justamente para ello, existe la teoría de los pesos y contrapesos. Montesquieu (1906) ya lo decía en El espíritu de las leyes: *"Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder"* (p. 225). Sin embargo, no existe ningún poder que pueda ejercer control sobre el Tribunal Constitucional del Perú, salvo el Poder Constituyente, que es simbólico dentro de la estructura del Estado. En ese extremo, los magistrados del Tribunal Constitucional, electos

por la concertación de diversos actores políticos con cuestionamientos de forma y fondo, tienen pocos límites en el desempeño de su labor jurisdiccional, abriendo la posibilidad a que existan extralimitaciones como el activismo judicial.

Las conclusiones a las que llegamos para plantear un modelo de propuesta nuevo de selección de magistrados para el Tribunal Constitucional del Perú no surge debido a conjeturas ideológicas ni perspectivas políticas, sino en base a hechos concretos que nos han permitido analizar comportamientos y hallar responsabilidad funcional en los casos expuestos en el capítulo II de la presente tesis.

La causa estructural de estas desviaciones no es otra que el mecanismo de designación previsto en el artículo 201 de la Constitución de 1993: la elección de los magistrados por el Congreso de la República con el voto conforme de dos tercios de su número legal. Dicho procedimiento, aunque formalmente busca garantizar consenso parlamentario, ha generado en la práctica un sistema de cuotas partidarias y acuerdos de poder que condicionan la independencia de los magistrados desde su origen. Los casos examinados evidencian que magistrados designados bajo tales lógicas reproducen, consciente o inconscientemente, afinidades ideológicas o deudas políticas con los sectores que facilitaron su acceso al cargo, transformando el control de constitucionalidad en un instrumento al servicio de intereses faccionales en lugar de la supremacía de la Constitución. Esta captura institucional constituye la raíz del activismo judicial irrazonable y explica la recurrencia de decisiones que priorizan la coyuntura política por encima de la predictibilidad normativa y de la separación de poderes.

Estos hechos nos demuestran que existe una problemática general en el Perú, en la que la política ha avasallado a la institucionalidad, lo que ha permitido excesos que, a su vez, son una manifestación del clientelismo político, que tanto daño le hace a nuestro país. Cuando los organismos autónomos son instrumentalizados, se crea un ambiente propicio para que la impunidad continúe. El sociólogo Francisco Durand**,** en su análisis sobre la corrupción política en el Perú, sostiene que las conexiones clientelistas entre políticos y organismos del Estado debilitan la capacidad del país para afrontar sus propios desafíos. (Durand, 2005). Este argumento resalta la necesidad crítica de que estos organismos mantengan su

independencia para actuar en función de los intereses de los ciudadanos, y no de los de un grupo político determinado.

La propuesta de un nuevo proceso para elegir a los miembros del Tribunal Constitucional del Perú tiene justamente como objetivo despolitizar las acciones de este organismo constitucionalmente autónomo, en tanto consideramos que el ejercicio del activismo judicial en esta corte constitucional es el resultado de tener jueces electos por actores políticos, con agendas políticas y con intereses de corto, mediano y largo plazo que comprometen a la justicia constitucional. La propuesta realizada busca atender la emergencia institucional que vive la nación y reemplazar a esos actores políticos por personajes académicos, que no elegirán a los candidatos de forma arbitraria, sino que recibirán las propuestas por parte de la sociedad civil, es decir, del pueblo del Perú.

Justamente, la defensa del Estado Constitucional de Derecho implica la necesidad de una ciudadanía que cuente con vías para participar en la vida pública del país y en sus asuntos de mayor relevancia. La filósofa Martha Nussbaum sostiene que la participación en la vida política es un componente esencial de la justicia (Nussbaum, 2001). La educación cívica y la conciencia social son fundamentales, pero no suficientes; por ello, deben existir procesos formales de participación, amparados en la Constitución, para que los ciudadanos puedan exigir a los organismos que componen el Estado acciones correctivas y demandar lo que consideren justo. La participación ciudadana es, por tanto, un contrapeso necesario que permite mantener la integridad de las instituciones.

La necesidad de recuperar las instituciones democráticas para que desempeñen su rol fundacional se ha convertido en una tarea de primer orden en el Perú actual. La crisis la vemos en la politización de la justicia, donde se ha evidenciado la subordinación de organismos constitucionalmente autónomos a la voluntad política de los partidos o de los líderes políticos de turno. Ese entonces es un problema con el que se debe lidiar desde diversos frentes, y esta tesis tiene como principal interés poner en la plataforma académica y pública la alternativa que tenemos al actual modelo ineficaz para elegir a los miembros del Tribunal Constitucional del Perú.

Es un paso *sine qua non* el cambio en las dinámicas de poder que rodean la estructuración de organismos tan medulares como el Tribunal Constitucional; de lo contrario,

mantendremos el actual estado de cosas. No es una crítica al sistema democrático, sino más bien una alerta sobre la necesidad de hacer que este sistema funcione al máximo de su potencial. El Estado Constitucional de Derecho no debe ser un modelo que sobreviva a medias, es decir, que exista en la mediocridad funcional. Si bien las instituciones no son ajenas a que, dentro de su ordenamiento administrativo, puedan existir errores, el problema surge cuando los titulares de una institución, que dirigen su funcionamiento, desempeñan el cargo con una deficiencia de origen. Deficiencia que antecede a su propio ejercicio como funcionarios y que, en estos casos, se remonta al proceso de su nombramiento como altas autoridades de la nación.

Identificar las causas del problema es el primer paso para tener la posibilidad de solucionarlo. En palabras de Jorge Basadre (1987):

> Quienes únicamente se solazan con el pasado ignoran que el Perú, el verdadero Perú, es todavía un problema. Quienes caen en la amargura, en el pesimismo, en el desencanto, ignoran que el Perú es aún una posibilidad. Problema es, en efecto y por desgracia, el Perú: pero también, felizmente, posibilidad. (Basadre, 1987, p. 7)

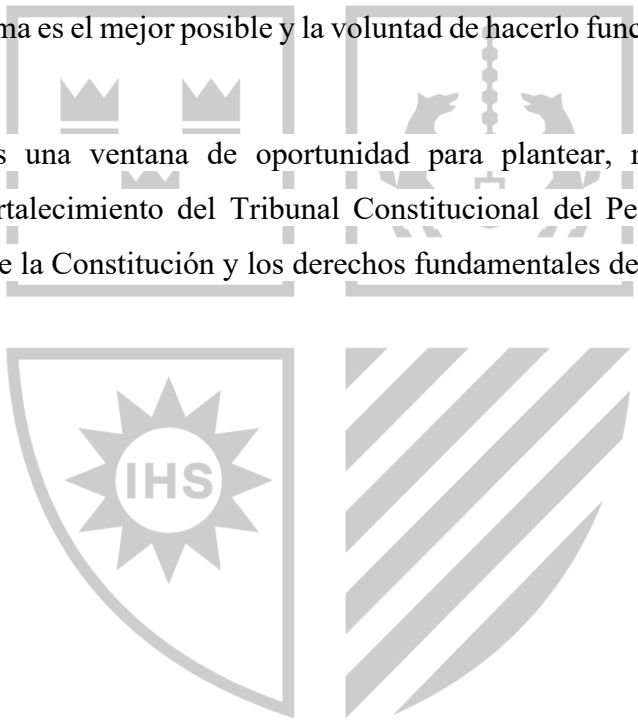
Crear un país posible empieza con la construcción de un país desarrollado, un país con alternativas de desarrollo, y ese desarrollo es institucional primero, antes que de cualquier otra índole. Si no es institucional, no es real y, sin realidad, no tenemos posibilidad alguna. Debemos entonces incluir nuestra observación principal ahí.

Tenemos hoy un sistema sumamente perfectible que nos ha develado sus errores y vacíos, que han sido aprovechados por quienes buscan ostentar el poder político y mantener a la nación sometida al subdesarrollo bajo la bandera de la democracia mediocre, estos son los demócratas precarios. (Dargent, 2009) La sostenibilidad de nuestra nación corre peligro cuando miramos al largo plazo, dado que la conducción de nuestras instituciones está diseñada para satisfacer intereses de corto plazo, los intereses de grupo de los demócratas precarios. Utilizar la narrativa de la democracia les resulta redituable en tanto controlen el poder, que luego cederán a los nuevos actores que ellos mismos han formado. Este círculo perverso garantiza que nunca se manifieste una democracia realizada. Ese es el enemigo disfrazado que enfrenta nuestro Estado constitucional, y combatirlo es retador en tanto no es una amenaza externa, sino una pieza que ya se ha enraizado en el funcionamiento de nuestro

Estado. Un primer paso, que será un paso gigante ante la historia, es rescatar el máximo órgano de la constitucionalidad peruana. El Perú de hoy demanda soluciones a sus problemas para empezar a transformarse en país posible y luego en país realizado. En palabras de nuestro Nobel, el Dr. Mario Vargas Llosa:

> La cultura democrática no está hecha solamente de instituciones y leyes que garanticen la equidad, la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades, mercados libres, una justicia independiente y eficaz, lo que implica jueces probos y capaces, el pluralismo político, la libertad de prensa, una sociedad civil fuerte, los derechos humanos. También y, sobre todo, de la convicción arraigada entre los ciudadanos de que este sistema es el mejor posible y la voluntad de hacerlo funcionar. (Vargas Llosa, 2012, p. 45)

Hoy tenemos una ventana de oportunidad para plantear, mediante la reforma constitucional, el fortalecimiento del Tribunal Constitucional del Perú, para poner a sus titulares al servicio de la Constitución y los derechos fundamentales de toda la ciudadanía.



CONCLUSIONES

La investigación realizada permite concluir que el activismo judicial irrazonable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú no constituye una anomalía aislada o circunstancial, sino un fenómeno estructural vinculado al diseño constitucional vigente de selección de magistrados. Los casos analizados evidencian que determinadas conformaciones del Tribunal Constitucional desarrollaron criterios y mecanismos que excedieron los límites ordinarios de la función interpretativa, produciendo afectaciones relevantes a principios esenciales del Estado Constitucional de Derecho.

En primer lugar, del análisis del caso César Hinostroza Pariachi se concluye que el Tribunal Constitucional del Perú incurrió en una clara manifestación de activismo judicial irrazonable al ordenar su nombramiento como Fiscal Supremo, sustituyendo una competencia que la Constitución Política de 1993 atribuía de manera exclusiva al entonces Consejo Nacional de la Magistratura. La sentencia analizada no se limitó a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido por dicho órgano, sino que terminó reemplazando su decisión institucional mediante un mandato de nombramiento que excedió los márgenes propios de la jurisdicción constitucional. De este modo, el Tribunal Constitucional asumió una competencia que no le había sido conferida por el constituyente, alterando el equilibrio entre órganos constitucionales autónomos y vulnerando el principio de separación de poderes que sustenta el Estado Constitucional de Derecho.

En segundo lugar, de los casos Humala-Heredia y Keiko Fujimori se concluye que el Tribunal Constitucional del Perú consolidó el fenómeno del activismo judicial irrazonable mediante la creación y aplicación selectiva de la figura procesal de la "firmeza sobrevenida", para eludir el requisito de firmeza previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional

(2004). Tal construcción careció de fundamento normativo previo, de parámetros objetivos de aplicación y de justificación generalizable, configurando, en los términos de Maraniello, un claro supuesto de activismo judicial irrazonable. No debe confundirse esta innovación con el ejercicio legítimo de la autonomía interpretativa y procesal que la Constitución y el Código Procesal Constitucional reconocen al Tribunal Constitucional para desarrollar, en uso de su función de máximo intérprete de la Constitución, figuras que llenen vacíos procesales reales mediante criterios generales, objetivos, replicables y orientados a garantizar la predictibilidad del acceso a la tutela constitucional y la efectividad de los derechos fundamentales de cualquier justiciable.

La figura de la "firmeza sobrevenida", por el contrario, se aparta radicalmente de dicho estándar: fue creada ex novo como un mecanismo ad hoc y estrictamente casuístico para superar el requisito objetivo de firmeza exigido por norma, sin ofrecer parámetros generales de aplicación, sin fundamentación que permitiera su extensión a otros supuestos y, sobre todo, sin convertirla en una herramienta predecible y accesible para el conjunto de los justiciables. Lejos de responder a la necesidad de fortalecer la tutela urgente en escenarios estructurales de denegación de justicia, constituyó un precedente selectivo que, en la práctica, operó como privilegio procesal reservado a determinados recurrentes de alto impacto político-mediático, vulnerando así los principios de igualdad ante la ley (art. 2 inc. 2 Constitución Política 1993) y de universalidad de la protección constitucional.

En tercer lugar, de los casos Keiko Fujimori, Ollanta Humala Tasso y Pedro Castillo se concluye que el Tribunal Constitucional ha evidenciado la ausencia de límites jurisprudenciales suficientemente previsibles y coherentes respecto del alcance de su intervención sobre decisiones pertenecientes a la judicatura penal ordinaria. En la STC Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC, el Tribunal declaró fundada la demanda y efectuó consideraciones sustantivas vinculadas con los principios de legalidad y tipicidad penal; posteriormente, en la STC Exp. N.° 00110-2026-PHC/TC, volvió a pronunciarse sobre la configuración del delito de lavado de activos y sus elementos. En contraste, en la STC Exp. N.° 05270-2025-PHC/TC, correspondiente a Pedro Castillo, sostuvo que la subsunción de una conducta en un tipo penal y la determinación de sus elementos constitutivos corresponden a la judicatura ordinaria. Esta divergencia no solo revela dificultades para establecer una doctrina uniforme

sobre los límites del control constitucional, sino que plantea una cuestión institucional de mayor alcance: cuando el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad extiende su intervención hacia ámbitos propios de otro órgano jurisdiccional sin criterios generales que delimiten dicha actuación, puede producirse un desplazamiento de competencias que altera el equilibrio funcional entre los poderes y órganos constitucionales, configurando así una manifestación clara de activismo judicial irrazonable en el ejercicio de la justicia constitucional.

En cuarto lugar, se concluye que la causa estructural de estas manifestaciones de activismo irrazonable radica en el mecanismo de designación previsto en el artículo 201 de la Constitución de 1993: la elección de los magistrados por el Congreso de la República mediante acuerdos de dos tercios que, en la práctica, se traducen en cuotas partidarias y compromisos políticos. Los casos examinados evidencian que magistrados designados bajo tales condiciones reproducen afinidades ideológicas o deudas de origen, transformando el control de constitucionalidad en un instrumento al servicio de intereses faccionales en lugar de la supremacía de la Constitución.

En quinto lugar, se concluye que existe la necesidad de una reforma constitucional que modifique el actual mecanismo de designación de magistrados y lo sustituya por un modelo que combine participación ciudadana genuina —a través de organizaciones civiles no partidarias— con decisión técnica y académica —a cargo de la Asamblea Nacional de Decanos de Facultades de Derecho y una Comisión Nacional de Selección por macrorregiones. Tal diseño busca reducir los riesgos de captura político-partidaria identificados en la investigación, al tiempo que eleva la legitimidad epistémica del proceso (Waldron, 2006) y refuerza el constitucionalismo deliberativo y participativo desarrollado por Gargarella (2014) para el contexto latinoamericano. La experiencia comparada de Sudáfrica (Klug, 2000; Roux, 2013) y Guatemala (Salguero, 2025; Bobadilla, 2022) evidencian la viabilidad de incorporar mecanismos de participación académica y profesional dentro del diseño constitucional de selección, elemento que la presente investigación adapta y profundiza para el caso peruano.

En sexto lugar, se concluye que el activismo judicial irrazonable diagnosticado no es un fenómeno episódico, sino la consecuencia previsible de un diseño institucional defectuoso que debe corregirse mediante reforma constitucional. Solo la despolitización absoluta del proceso de selección —sustituyendo la lógica de cuotas parlamentarias por criterios meritocráticos, académicos y de participación ciudadana— permitirá que el Tribunal Constitucional recupere su función originaria: ser órgano de cierre del sistema jurídico y garante imparcial de la supremacía de la Constitución, y no una instancia de resolución de conflictos políticos coyunturales.

En consecuencia, la presente investigación no solo identifica y demuestra una patología constitucional de gravedad excepcional, sino que también ofrece una propuesta de solución institucional concreta, viable y comparativamente fundamentada para su superación.

RECOMENDACIONES

A partir de lo sustentado en la presente tesis, se recomienda que futuros estudios de investigación continúen examinando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú desde una perspectiva crítica, evaluando no solo la solidez jurídica de sus fallos sino también sus efectos institucionales respecto a la separación de poderes, la independencia de los organismos constitucionalmente autónomos y el equilibrio del sistema democrático. Este tipo de análisis permitirá identificar con mayor precisión los casos en los que el control constitucional se ejerce dentro de los márgenes previstos por la Constitución y aquellos en los que se manifieste un activismo judicial nocivo e irrazonable.

De igual manera, se recomienda que futuros investigadores analicen con mayor detenimiento los posibles procesos de politización del Tribunal Constitucional en el contexto de la coyuntura nacional peruana, caracterizada en la última década por una marcada inestabilidad política y social. El estudio de estos fenómenos permitirá comprender con mayor profundidad la relación entre la justicia constitucional y el conflicto político, así como los efectos que determinadas decisiones jurisdiccionales pueden tener sobre la estabilidad del orden constitucional.

Asimismo, se recomienda que futuras investigaciones analicen comparativamente la evolución de los mecanismos de selección de magistrados de tribunales constitucionales en otros países, con el propósito de evaluar los distintos modelos institucionales existentes y su impacto en la independencia de la justicia constitucional. Este tipo de investigación permitiría examinar si una eventual reforma del sistema de selección de magistrados, como la propuesta en la presente tesis, podría contribuir no solo al fortalecimiento institucional del Perú, sino también a aportar elementos al debate sobre el diseño de tribunales de justicia constitucional en otros países de la región.

Finalmente, se considera necesario ampliar el estudio del fenómeno del activismo judicial más allá del ámbito del Tribunal Constitucional, incorporando el análisis de su posible manifestación en otras instituciones del sistema jurídico peruano, como la Corte Suprema del Poder Judicial y la Junta Nacional de Justicia. Será importante examinar la manera en que estas instituciones ejercen sus competencias constitucionales en un contexto de creciente tensión política, lo cual permitirá evaluar si determinadas prácticas jurisdiccionales pueden contribuir a la politización del sistema de justicia y al deterioro de la institucionalidad en la República del Perú.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alejandro, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. Tla-Melaua: Revista de Ciencias Sociales, 5(32).

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales.

Basadre, J. (1987). *Perú: problema y posibilidad* (5.ª ed.). Studium Ediciones.

Bobadilla, W. G. (2022). Docencia universitaria como criterio de elección de magistrados CC-USAC: consideraciones importantes. *Opus Magna Constitucional, 18*(1)

https://opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/49?utm_source=chatgpt.com

Bork, R. (1991). *The tempting of America: The political seduction of the law*. Touchstone.

Carpio, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra Editores.

Carpio, E. (2015). *Los vicios de la ley*. *THEMIS Revista de Derecho, 67*, 263–276. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14474

Cover, R. (1982). The origins of judicial activism in the protection of minorities. Yale Law School.

https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=fss_papers

Cross, F., y Lindquist, S. (2012). The scientific study of judicial activism. *University of Texas Law and Economics Research Paper*, (93). https://www.minnesotalawreview.org/wpcontent/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf

Dahl, R. (1956). *A preface to democratic theory*. University of Chicago Press.

Dahl, R. (1992). *La democracia y sus críticos*. Paidós.

Dargent, G. (2019). *Demócratas precarios: La representación política en el Perú*. Fondo Editorial de la PUCP.

Decreto Legislativo N.º 635. Código Penal peruano. http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Dicey, A. V. (2013). *Introduction to the study of the law of the constitution* (10.ª ed.). Liberty Fund. (Obra original publicada en 1885).

https://about.libertyfund.org/books/introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution/

Durand, F. (2005). *El pacto infame: Estudio sobre la corrupción en el Perú*. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.

Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trotta.

https://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/ferrajoli-luigi-1940-8430?

Fernández, A. (2019). *La contravención al principio de igualdad para la designación de los Magistrados a la Corte de Constitucionalidad*. Universidad de San Carlos de Guatemala. https://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_15903.pdf

Fernando, T. (2013). El activismo judicial en la era neoconstitucional. *Iuris Dictio*. https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf

García, F., y Verdugo, S. (2013). Activismo judicial: Un marco para la discusión.

García Toma, V. (2003). Valores, principios, fines e interpretación constitucional. Derecho & Sociedad, (21), 190–209.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370

García Toma, V. (2013). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de constitucionalidad y el modelo de control derivado y sinérgico. *Derecho y*

Sociedad, (40). http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12786/13343

Gargarella, R. (2007). *El derecho a la protesta*. Ad-Hoc.

Gargarella, R. (2009). *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Tomo II). Abeledo-Perrot.

Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810–2010)*. Katz Editores.

Hart, H. L. A. (1994). *El concepto de derecho* (2.ª ed.). Oxford University Press.

Herrera, C. (1995). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, 16*(1), 113–147.

Horn, H. (2010). Activismo judicial versus gobierno democrático. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14).

Jones, G. (2010). Proper judicial activism. *Regent University Law Review, 14*(1), 140–179. https://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v14n1/Vol.%2014,%20No.%201,%205%20Jones.pdf

Klug, H. (2000). *Constituting democracy: Law, globalism and South Africa's political reconstruction*. Cambridge University Press.

Kmiec, K. (2004). The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*.

https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview

Landa, A. (1995). *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: El caso peruano*. Editorial PUCP. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3378/3227

Lijphart, A. (2000). *Modelos de democracia: Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Ariel.

Maraniello, P. R. (2012). *Activismo judicial y razonabilidad*. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ministerio Público–Fiscalía de la Nación. (2011). *Código de Ética del Ministerio Público*. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/1776120-018-2011-mp-fn-jfs

Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes* (S. García del Mazo, trad.; obra original publicada en 1748, Tomo X). Librería General de Victoriano Suárez.

https://proletarios.org/books/Montesquieu-Espiritu_De_Las_Leyes.pdf

Morales, G. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. *Derecho PUCP*. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6555/6640

Padilla Gálvez, J. (2015). *La oclocracia como peligro para la democracia*. Sistema: Revista de Ciencias Sociales, (239), 99–118.

Pérez, A. (1997). *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*. Universidad de Sevilla.

Pérez, A. (2000). *La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia*. Universidad de Sevilla. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF

Pinto, M. (1995). *La jurisdicción constitucional en Guatemala*. Serviprensa.

https://www.scribd.com/document/709807177/LIBRO-LA-JURISDICCION-CONSTITUCIONAL-EN-GUATEMALA

Posner, R. (1983). *The meaning of judicial self-restraint.* University of Chicago Law School. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles

Posner, R. (2008). *How judges think.* Harvard University Press.

https://www.hup.harvard.edu/file/feeds/PDF/9780674048065_sample.pdf

Pulido, F. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038012.pdf

Quispe, C. (2012). La Constitución del Estado constitucional como fundamento de la teoría integral de la interpretación constitucional. https://core.ac.uk/download/pdf/29405608.pdf

Rousseau, J. J. (1985). *El contrato social*. Alba.

Roux, T. (2013). *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995–2005*. Cambridge University Press.

Salguero, S. G. (2025). A cuarenta años de la instauración de la Corte de Constitucionalidad. *Opus Magna Constitucional, 22*(1), 85–144 https://revistasguatemala.usac.edu.gt/omc/article/download/3856/3556/7609?inline=1

Swygert, L. (1982). In defense of judicial activism. *Valparaiso Law Review, 16*(3), 439–458. https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=vulr

Tribunal Constitucional del Perú. (2026). Exp. N.° 00110-2026-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/00110-2026-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2026). Exp. N.° 05270-2025-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/05270-2025-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Sentencia 625/2025, Exp. N.° 02913-2023-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/02913-2023-HC.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Exp. N.° 02109-2024-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/02109-2024-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2024). Sentencia 1141/2024, Exp. N.° 04777-2022-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/04777-2022-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Exp. N.° 03961-2021-PHC/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03961-2021-HC%20Resolucion.htm

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). Exp. N.° 00575-2021-PA/TC. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00575-2021-AA%20Interlocutoria.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Exp. N.° 02203-2023-PA/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/02203-2023-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Exp. N.º 03891-2011-PA/TC. http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Exp. N.º 01034-2013-PA/TC. http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01034-2013-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2014). Exp. N.º 00776-2014-PA/TC. http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00776-2014-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2014). Exp. N.º 00776-2014-PA/TC. http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00776-2014-AA%20Reposicion.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). Exp. N.º 00502-2018-PHC/TC. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00502-2018-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2019). Exp. N.º 02534-2019-PHC/TC.

Vargas Llosa, M. (2012). *La civilización del espectáculo*. Alfaguara.

Verma, A. (2001). Taking justice outside the courts: Judicial activism in India. *The Howard Journal, 40*(2), 148. https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2311.00198

Waldron, J. (2005). *Derechos y desacuerdos*. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI Editores.