CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL
Interpretación y *argumentación equitativa* desde el positivismo garantista

Luigi Ferrajoli

CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL

Interpretación y *argumentación equitativa* desde el positivismo garantista

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez
y Félix Morales Luna

Edición y nota preliminar de
Pedro P. Grández Castro

Palestra Europa
Lima-Madrid
2025

341 **F39**	Ferrajoli, Luigi, 1940- Contra el creacionismo judicial. Interpretación y *argumentación equitativa* desde el positivismo garantista / Luigi Ferrajoli; 1.ª ed. – Lima: Palestra Editores; 2025. 192 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L.: M-12869-2025 ISBN: 979-13-87545-21-5 1. Derecho; 2. Filosofía; 3. Positivismo jurídico.

CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL
Interpretación y *argumentación equitativa* desde el positivismo garantista
Luigi Ferrajoli

Primera edición, mayo 2025

© 2025: Luigi Ferrajoli
© 2025: Palestra Jurídica S. L.
Calle Sepúlveda, 135 - Bj Iz, 28011, Madrid, España
Telf. (+34) 691626018
europa@palestraeditores.com
www.palestraeuropa.es
© 2025: Palestra Editores S. A. C.
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Telf. +511 6378902 – 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com
© De la traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Félix Morales Luna

Impresión y encuadernación:
iVerso Impresión
Mayo, 2025

Cuidado de estilo y edición:
Jesé David Arias Aguila

Diagramación:
John Paolo Mejía Guevara

Depósito Legal: M-12869-2025
ISBN: 979-13-87545-21-5
Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en España – Printed in Spain

Creemos que el conocimiento jurídico de calidad es una herramienta para transformar nuestras sociedades. Cada ejemplar que llega a tus manos contribuye a la construcción de una comunidad académica más crítica, rigurosa e inclusiva. Adquiriendo este libro, estás apoyando el trabajo de autores y autoras comprometidos con el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo. Desde **Palestra Europa**, agradecemos tu apoyo a la edición independiente y a la difusión del saber jurídico.

PARA DERECHOS DE REPRODUCCIÓN, COPIA O ESCANEO DE FRAGMENTOS, POR FAVOR CONTACTA CON CEDRO (CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS) A TRAVÉS DE WWW.CONLICENCIA.COM O LLAMANDO AL 91 702 19 70 / 93 272 04 47.

Contenido

A MODO DE PRESENTACIÓN:
CREACIONISMO(S) Y ARGUMENTACIÓN 9
Pedro P. Grández Castro

I
CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL 21

Introducción. Cuatro preguntas 21

1. ¿Creacionismo o cognitivismo judicial? 24

1.1. Acuerdos 25

1.2. Desacuerdos 27

1.2.1. La incompatibilidad entre interpretación y creación del derecho 28

1.2.2. La incompatibilidad entre lógica deductiva y argumentación interpretativa 29

1.2.3. La incompatibilidad entre vínculo formal de los precedentes y la concepción del derecho jurisprudencial como *case law* 31

1.3. La jurisdicción como saber-poder. La denominada creatividad: un malentendido epistemológico 33

2. ¿Ponderación o subsunción? 36

2.1. Acuerdos 37

2.2. Desacuerdos 39

2.2.1. Sobre la naturaleza y el rol de la subsunción..... 39

2.2.2. Sobre el significado extensivo de las nociones de “reglas” y “principios” 42

2.2.3. Sobre el objeto de la ponderación 43

2.3. Ponderación equitativa simple y ponderación equitativa comparativa 44

3. ¿Separación o conexión entre derecho y moral? 45

3.1. Acuerdos.....46

3.2. Desacuerdos.....49

3.2.1. Sobre el fundamento de la moral: ¿objetivismo o autonomía de la moral?.....50

3.2.2. ¿Certezas o dilemas morales? 53

3.2.3. ¿La moral o las morales? Sobre la teoría de las normas jurídicas 56

3.3. Las implicaciones antiliberales del objetivismo moral.....59

4. ¿Positivismo o postpositivismo jurídico?.....63

4.1. El fortalecimiento antes que el debilitamiento del positivismo jurídico por el constitucionalismo rígido 65

4.2. La opción iuspositivista y la primacía de la política en la construcción de la democracia 66

4.3. Por un constitucionalismo y un garantismo más allá del Estado 68

II

REDEFINICIÓN Y DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO 73

1. Introducción: el positivismo jurídico como el acta de nacimiento de la política moderna.....73

2. Tres etapas de la modernidad jurídica. Tres puntos de vista críticos y proyectuales.....76

2.1. La divergencia deóntica entre justicia y validez 77

2.2. La divergencia deóntica entre validez y vigor 81

2.3. La divergencia deóntica entre vigor y efectividad 88

2.4. Por un positivismo crítico. El papel de una penalística civil: la crítica del derecho penal existente y el proyecto de un derecho penal garantista 92

III
ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA: CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL 99

1. Tipos de argumentación 99
2. La crisis de la legalidad y la actual expansión de los espacios de discrecionalidad, de argumentación y de poder de la jurisdicción 106
3. Las concepciones corrientes de la jurisdicción como fuente del nuevo derecho 113
4. La responsabilidad de la cultura jurídica 126
5. Argumentación judicial sobre la verdad y argumentación legislativa sobre otros valores 135
6. Argumentación interpretativa y argumentación equitativa 142
7. Argumentación equitativa simple y argumentación equitativa ponderada 150

IV
COMENTARIO A LAS INTERVENCIONES DE MANUEL ATIENZA, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO Y ALFONSO GARCÍA FIGUEROA 159

1. Consideraciones sobre las tesis de Manuel Atienza 159

1.1. La importancia clave de la argumentación y el positivismo jurídico 159

1.2. Argumentación y lógica 162

1.3. La identificación ético-cognoscitivista de racionalidad y verdad 165

1.4. Sobre el creacionismo jurisprudencial..... 167

1.5. Sobre la naturaleza de la fuerza vinculante de los precedentes 168

1.6. Contra la ponderación de los principios 170

2. Consideraciones sobre las tesis de Alfonso García Figueroa..... 171

2.1. Contra el imperialismo argumentativo 171

2.2. Argumentación y garantismo 172

2.3. Un falso blanco: la idea de que la argumentación favorece el activismo judicial 174

2.4. Otro falso blanco: una concepción del positivismo jurídico que no comparto..... 176

2.5. Argumentación interpretativa y argumentación equitativa 178

3. Consideraciones sobre las tesis de Juan Antonio García Amado 179

3.1. Sobre el origen de la teoría de la argumentación..... 179

3.2. Tres tipos de argumentación equitativa 181

4. Conclusión 185

PROCEDENCIA DE LOS TRABAJOS QUE SE INCLUYEN EN ESTE VOLUMEN 189

A modo de presentación: creacionismo(s) y argumentación

I

Este volumen reúne cuatro trabajos del profesor Ferrajoli escritos en el marco de un debate, siempre provechoso, entre teorías a las que nuestro autor identifica como *creacionistas* (desde Kelsen, pasando por las posturas hermenéuticas, los realistas y, desde luego, los principialistas), y a las que confronta desde el modelo garantista que, como es conocido, el autor ha venido defendiendo y desarrollando en forma consistente, desde su influyente *Derecho y razón*[1].

Se trata de un conjunto de aserciones en las que resalta, como siempre, no solo la erudición del autor, sino su capacidad para conectar argumentos y presentarlos como un gran rompecabezas que, unidos con precisión y coherencia, permiten identificar la filosofía política que los alienta: la defensa del modelo del Estado constitucional de derecho y el papel gravitante del principio de legalidad: un sistema normativo conforme al cual "todos los po-

[1] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta, 1995).

deres están sujetos a la ley y la aplicación de la ley queda separada e independiente de su producción"[2].

La estrategia argumentativa para abarcar este propósito ha sido organizada en torno a cuatro preguntas que podríamos denominar estructurales: ¿creacionismo o cognitivismo judicial? ¿ponderación o subsunción? ¿separación o conexión entre derecho y moral? ¿positivismo jurídico o pos/antipositivismo jurídico? Podría pensarse que esta manera de presentar la estructura de la argumentación incurre en una falacia reiterada de falsa oposición o dilemas, pero, a la luz del desarrollo que el autor propone para cada cuestión, enseguida se advierte que no solo se trata de un esquema completo y articulado que permite incorporar una serie de matices a cada tesis, sino que también se trata de un gran marco para el desarrollo de una estrategia argumentativa que, en su desarrollo progresivo, permite suficientes aclaraciones y concesiones a sus oponentes, en busca no solo de la máxima claridad para la exposición de cada tesis, sino también para lograr presentar lo que considero un discurso que se va enriqueciendo con el propio diálogo del que participa.

II

Para presentar al público la relevancia de este debate, me gustaría, a continuación, explorar algunas de las tesis centrales que aparecen desarrolladas ampliamente a lo largo de los cuatro apartados o capítulos que conforman este volumen, y que están referidas al papel de la jurisdicción en la inevitable tarea de concreción e interpretación del derecho con ocasión de la aplicación del sistema de fuentes para la respuesta que corresponde dar a los casos. Para decirlo en forma resumida y directa, el argumento central de Ferrajoli se dirige contra toda expresión de "creacionismo judicial", ya

[2] *Véase* este volumen, p. 107.

sea en su manifestación "propia o fuerte" y también en su versión "impropia o débil".

El creacionismo, como percibe Ferrajoli, contradice el principio de separación de poderes, el sometimiento de los poderes constituidos al principio de legalidad y, en fin, conceptualmente, confunde una distinción analítica necesaria entre "derecho vigente" y "derecho vivo", o entre actos de creación y actos de interpretación del derecho. En sentido propio o fuerte, por "creatividad de la jurisdicción" y "jurisdicción como fuente", Ferrajoli cuestiona de manera frontal la creación de "nuevo derecho" que no tenga sustento en la ley, es decir, la creación judicial "más allá de la ley e incluso contra la ley"[3]. En tanto que creacionismo en sentido impropio o "débil" se refiere, según manifiesta, a la "amplia discrecionalidad interpretativa, y por esto argumentativa, inevitablemente vinculada a la aplicación de la ley"[4].

Ferrajoli rechaza ambas intensidades o manifestaciones de creacionismo. Al primero porque sería, sin más, una violación manifiesta del Estado de derecho y la división de poderes; y, al segundo, en cambio, le achaca no ser lo suficientemente claro con el lenguaje, lo que termina siendo una suerte de "aval" al creacionismo en sentido fuerte "con su engañosa caracterización como creación de nuevo derecho de aquello que, en cambio, es la legítima, aunque opinable y, por tanto, discrecional interpretación de la ley"[5]. Con el creacionismo, por tanto, no hay concesión que valga en el modelo garantista de Ferrajoli. Dejaremos, para el final de esta brevísima introducción, nuestra toma de postura sobre estas consideraciones; por ahora, solo es necesario registrar los términos exactos del creacionismo que será objeto de análisis a lo largo del libro.

---

3 *Véase* este volumen, p. 185.

4 *Véase* este volumen, p. 167.

5 *Véase* este volumen, p. 187.

III

El punto de partida de la preocupación y denuncia que se recoge a lo largo de este volumen tiene que ver con la expansión del papel de la jurisdicción en el marco de las actuales constituciones que confieren un rol preponderante a los jueces, no solo en la determinación de los límites a los demás poderes del Estado, sino en cuanto determinación del derecho que corresponde a cada conflicto. Ferrajoli subraya este diagnóstico al sostener que se trata de un "aumento patológico de la discrecionalidad judicial, que corre el riesgo de excederse en el arbitrio"[6], lo que, a su vez, propiciaría la "expansión del poder de los jueces" y del llamado "derecho judicial" en el contexto de una disfuncionalidad "no menos patológica del derecho legislativo", todo ello, además, en presencia ahora de una figura "inconcebible en el antiguo Estado legislativo de derecho"[7]: el llamado *derecho legislativo ilegítimo*.

Ahora bien, en el marco de este contexto institucional de crecimiento del poder de la jurisdicción, no se trata de volver a reivindicar al juez "boca de la ley", y menos, a un modelo de decisión basado en simples subsunciones formalistas. Ferrajoli es consciente de que el nuevo contexto de sometimiento de la creación del derecho legislado a parámetros no solo procedimentales sino sustantivos incrementa la discrecionalidad y auspicia prácticas argumentativas que ponen en riesgo, por eso mismo, el ideal del Estado de derecho que puede ser muy fácilmente sustituido por los intermediarios de la interpretación. No obstante, o mejor dicho, por eso mismo, cree que resulta imperativo recordar los principios originarios del modelo de Estado de derecho, incluso con mayor énfasis.

---

6 *Véase* este volumen, p. 108.

7 *Véase* este volumen, p. 109.

Es en este contexto que cobran relevancia las críticas que se formulan. Primero para reivindicar, junto a un modelo de orden político, también un modelo institucional de interpretación; un modelo en el que también el intérprete está vinculado y, por tanto, no crea de la nada. Incluso en medio de una mayor indeterminación del derecho, la práctica de la interpretación requeriría reglas más claras para impedir el desborde. Ya que el objeto se ha vuelto más indeterminado, al menos, no podemos renunciar a reglas más precisas y a límites en la concreción de ese derecho menos preciso que es el de los Estados constitucionales. En este sentido, la teoría de la interpretación no puede hacer más concesiones y debe asumirse como una "actividad cognitiva que conlleva la elección, inevitablemente discrecional y, precisamente por esto, racionalmente argumentada, del significado considerado más plausible de entre aquellos asociables al enunciado interpretado"[8].

De este modo, apartándose de las tesis relistas, el modelo garantista de Ferrajoli presenta a la interpretación como una institución racional del derecho. Y en este sentido me parece digna de poner de relieve, en la medida que supone un punto de contacto valioso entre garantismo y teorías de la argumentación que debiera fortalecer ambas perspectivas: al garantismo, en la medida que no es posible la defensa del Estado constitucional de derecho sin una teoría de la argumentación racional y, de regreso, a las concepciones argumentativistas del derecho, en la medida que no es posible el desarrollo de una teoría de la argumentación compatible con los principios del Estado de derecho, si es que esta teoría no se funda en una tesis limitada de la argumentación interpretativa.

Ferrajoli parece aceptar sin problema la distinción descriptiva, hoy estándar, entre "enunciados de las fuentes" y "enunciados de los intérpretes", pero, a diferencia de cómo los teóricos realistas suelen

---

8 *Véase* este volumen, p. 139.

presentar esta distinción —esto es, el paso de los enunciados de las fuentes a los enunciados del intérprete como actos meramente decisionales—, Ferrajoli parece dejarse aconsejar por las metodologías de la argumentación racional y, con ello, adopta una tesis claramente argumentativa, aunque sometida a límites. Según su propia reconstrucción: "En efecto, el legislador produce solo el derecho vigente, que consiste en textos normativos que requieren ser interpretados. Por otro lado, todo el derecho viviente, todo el derecho en acción —todas las normas, entendiendo por "norma" el significado de un enunciado normativo— es, por tanto, repito, un derecho de producción jurisprudencial, enteramente fruto de la argumentación interpretativa"[9].

Como recuerda el propio Ferrajoli, no se trata de un acercamiento reciente a las teorías de la argumentación. Esta es una las tesis inaugurales del garantismo en *Derecho y razón*[10], conforme a la cual la jurisdicción es siempre una actividad cognitiva y, como tal, las decisiones judiciales se fundamentan en hechos y en interpretaciones válidas, es decir, racionalmente plausibles del derecho vigente y válido. Esto es lo que marca la diferencia también con las decisiones propias de la política: "las argumentaciones que apoyan las decisiones judiciales, al ser decisiones sobre la verdad, se producen sobre la base de pruebas y calificaciones normativas del hecho probado; en cambio, las argumentaciones que apoyan las decisiones políticas, tanto legislativas como de gobierno, son decisiones sobre otros valores: el interés general, la utilidad, la oportunidad, la justicia y similares"[11].

En un debate propiciado por la revista *Teoría y derecho*, con ocasión de responder a la pregunta "¿para qué sirve la argumentación?"

---

9 *Véase* este volumen, p. 134.

10 Ferrajoli, *Derecho y razón*.

11 *Véase* este volumen, p. 135.

y que se incluye ahora en este volumen[12], Ferrajoli desarrolla un nuevo capítulo de sus tesis argumentativas, esta vez para referirse a la "argumentación equitativa" que sería el correlato complementario de la "argumentación interpretativa", esta última siempre presente y necesaria como actividad inevitable previa a todo acto de aplicación del derecho. "La argumentación equitativa", en cambio, se ocuparía de aquellas "connotaciones singulares, consideradas relevantes, que convierten el hecho juzgado en un hecho diferente de todos los demás, aunque susceptible de ser denominado, en el lenguaje jurídico, con los mismos nombres de la lengua legal"[13]. Si logro comprender adecuadamente esto, se trataría de argumentaciones por analogía o de construcciones argumentativas para, incluso, llegado el caso, exceptuar la aplicación de la ley en un caso puntual, sin dejar de valorar positivamente la ley o norma en cuestión.

Como se recuerda, en sentido parecido, se manifiesta también Schauer[14], para quien la interpretación de reglas debiera asumirse como una argumentación sobre la base de algún tipo de justificación, de modo que se puedan solucionar, argumentativamente, algunos problemas de *infra* o de *sobre* inclusión que no pueden desprenderse si no se acude a las "razones subyacentes" a las propias reglas. ¿Es esto algo cercano a lo que Ferrajoli llama *argumentación equitativa*? Aunque Ferrajoli parece referirse a las razones con relación a los hechos de cada caso: "A diferencia de la argumentación interpretativa y al igual que la argumentación probatoria, la argumentación equitativa se refiere al hecho, y no a las normas"[15]; no obstante, no siempre es fácil en la práctica del razonamiento judicial separar las reglas de sus supuestos fácticos a la hora de interpretarlos,

---

12 *Véase* este volumen, pp. 99-157.

13 *Véase* este volumen, p. 147.

14 Frederick Schauer, *Las reglas en juego* (Marcial Pons, 2004).

15 *Véase* este volumen, p. 147.

con lo cual, si la argumentación equitativa solo está referida a las circunstancias de cada caso, lo es en la medida que se trata de la aplicación de cierto sentido interpretativo de la norma previamente seleccionada e interpretada.

IV

Por otro lado, dado que la jurisdicción ha sido empoderada con la llegada de los Estados constitucionales, el reparo sobre el poder de los jueces y el riesgo latente de su desvinculación a los mandatos de la ley y del derecho, debiera merecer la máxima atención, también por parte de la academia.

Esta es también parte relevante de la argumentación que se desarrolla en este pequeño volumen. En un contexto en el que hay condiciones "materiales" que incentivan la creciente presencia de los jueces en la definición del derecho, se intenta presentar una teoría que, confundiendo la fasticidad con la normatividad del derecho, proclama, en términos normativos, lo que más bien debiera ser denunciado como una desviación realista del programa normativo del constitucionalismo garantista. De este modo, "la cultura jurídica contribuya a aumentar estos desequilibrios, secundando y legitimando una ulterior ampliación de los espacios ya amplísimos de la discrecionalidad, la argumentación y el poder judicial hasta la anulación de la separación de los poderes, la decadencia del principio de legalidad y el vuelco de la supraordenación del principio de subordinación de los jueces a la ley"[16]. Esta parece una denuncia demasiado grave, sobre todo si se toma en cuenta el pluralismo de valores que se defiende; pluralismo que, de otro lado, también debiera ser defendido como pluralidad de enfoques a la hora de poner en práctica el modelo constitucional.

---

16 *Véase* este volumen, p. 113.

No obstante, el riesgo parece alto como para no advertirlo o ser complacientes con sus innegables impactos. Ferrajoli arremete, especialmente, con las teorías realistas, que, apelando a cierto escepticismo —en este caso irresponsable—, suelen presentar como "científicamente" descriptivas las tesis que serían más bien justificaciones de violaciones al Estado de derecho por parte de una praxis judicial a la que falta de alternativas teóricas, como si "el derecho fuera una realidad natural y no un fenómeno artificial enteramente construido por los hombres"[17]. Aquí es donde le corresponde también un papel relevante a la ciencia y, en particular, a los juristas, porque, precisamente, la ciencia jurídica "no puede no tomar en cuenta y no asumir la responsabilidad de los efectos de sus propias teorizaciones. No puede limitarse a la contemplación de la crisis de la legalidad como si esta fuera un hecho natural, legitimando *lo que ocurre* solo porque ocurre"[18].

La separación de funciones entre *creación* de normas y *solución de controversias*, entre "derecho vigente" y "derecho viviente", encuentra su máxima tensión ahí donde el propio sistema legal autoriza a los jueces a la creación de normas mediante la técnica del precedente. Según argumenta Ferrajoli, "donde ha sido introducido por vía legislativa el principio del carácter formalmente vinculante del precedente, independientemente de lo persuasivo que este principio pueda ser, se ha caído en una especie de legislación o, peor aún, de constitucionalización de los pronunciamientos judiciales, de hecho, impracticable"[19]. Se trataría de una inversión de funciones peligrosa según Ferrajoli, en la medida que, al permitir que los jueces "legislen", la propia estabilidad de los precedentes en cuanto *case law* también estaría en riesgo.

---

17 *Véase* este volumen, p. 126.

18 *Véase* este volumen, p. 128.

19 *Véase* este volumen, p. 142.

En cualquier caso, reivindicando de nuevo una perspectiva argumentativista, Ferrajoli se adhiere a la tesis de un precedente material[20]. Según esta perspectiva, la vinculación de los precedentes operaría "por la persuasión de las tesis interpretativas expresadas por ellos, es decir, por su racionalidad intrínseca, y no ciertamente por su fuerza de ley formal"[21]. Al parecer, el sustento de esta tesis radicaría en que, de este modo, el compromiso con la justificación racional mantiene en pie, para los jueces, las exigencias del principio de legalidad y la separación de poderes, permitiendo, a su vez, en el contexto del diálogo entre jueces, poder perfeccionar o, incluso, desvincularse de los precedentes.

V

He querido mostrar en este breve resumen, la relevancia de las tesis que se recogen en este volumen. Ferrajoli ha sido, desde siempre, un autor que ha sabido suscitar debates y, con ello, sus contribuciones nunca han pasado inadvertidas por estudiosos y por estudiantes. Esta no es la excepción. La valoración que corresponda a cada tesis incluso puede variar en cada contexto. Por ejemplo, en los países de América Latina, es posible encontrar buenos ejemplos de creacionismo *fuerte*, y que han fortalecido de manera notable el escaso apego que tiene el concepto de Estado de derecho.

Por ejemplo, en el caso de Perú, un problema que fue necesario resolver mediante la jurisprudencia constitucional y que no tiene aval en el texto de la Constitución, fue el caso de si los decretos de un gobierno *de facto* (denominados "decretos-ley") podían ser objeto

---

20 *Véase* sobre este concepto, por ejemplo: Pedro Grández, "Las particularidades del precedente constitucional en el Perú", en *Estudios al precedente constitucional*, coord. Pedro Grández y Edgar Carpio (Palestra, 2007), 79-106.

21 *Véase* este volumen, p. 140.

de control constitucional. Claro que una Constitución democrática pensada para regir como tal, no podría haber considerado la posibilidad del control constitucional de los "decretos-ley". Lo cierto es que, durante el periodo del gobierno autoritario de Alberto Fujimori, en la década del '90 del siglo pasado, éste mantuvo vigentes los decretos que dio durante el tiempo en que estuvo disuelto el Congreso de la República y "tomadas" las instituciones de la justicia, incluido el Tribunal Constitucional (TC). Luego de que cayó el régimen, durante los primeros años de la transición democrática, varios de esos decretos-ley "vigentes", que comprendían, por ejemplo, toda la legislación contra el terrorismo, fueron impugnados ante el TC. Sin base en la Constitución, el máximo tribunal tuvo que asumir competencia sobre los mismos para someterlos a control constitucional. El escueto argumento que usó fue que, si bien se trataba de normas impuestas por un gobierno de *facto*, tenían vigencia efectiva y, por tanto, el TC mantenía sus competencias de control sobre las mismas[22].

Podemos encontrar otro ejemplo en el caso de Colombia, donde la Corte Constitucional asumió competencia para revisar las leyes de reforma constitucional[23], y también, declaró un Estado de cosas inconstitucionales[24] sin una clara referencia a fuentes formales que autorizara este tipo de decisiones.

Habría que ver en cada caso, pero es probable que estas manifestaciones que pueden aparecer en abstracto como ejemplos notables de creacionismo judicial, sin embargo, hayan contribuido

---

22 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003.

23 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-551/03, de fecha 9 de julio de 2003.

24 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025/04, de fecha 22 de enero de 2004.

también a fortalecer la institucionalidad del Estado de derecho y el control del poder. Estos, sin embargo, suelen ser casos aislados. En la mayoría de los casos, el creacionismo en sentido propio o fuerte, también en América Latina, suele expresar desprecio por el Estado de derecho y termina socavando, aún más, el difícil camino de implementación del programa constitucional de sujeción de todo poder a la ley y al derecho.

Pedro P. Grández Castro
Lima, mayo de 2025