

## EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

### *THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT WITHIN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW*

Humberto Henríquez Franco<sup>1</sup>

Recibido: 15 de setiembre de 2018

Aceptado: 12 de octubre de 2018

#### **Sumario:**

1. Introducción.
2. Origen y formas del control constitucional.
3. Estado constitucional y control constitucional.
4. Estado constitucional e interpretación constitucional.
5. Originalismo vs activismo judicial.
6. Neoconstitucionalismo ideológico.
7. Tribunal constitucional peruano y el activismo judicial.
8. Conclusiones

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la UPAO

## 1. Introducción

El Tribunal Constitucional, como institución jurídica encargada de ejercer el control de la Constitución tiene su origen en Europa durante el período de entreguerras. Fue la Constitución austriaca de 1920 la primera en consagrarlo en su texto, gracias al impulso dado por el notable jurista Hans Kelsen que lo concibió como un legislador negativo, no constitutivo. Luego esta institución aparece consagrada en la Constitución Checoslovaca de 1920 y posteriormente en la Constitución española de 1931, con similares características.

Estos primeros intentos por hacer prevalecer la Constitución sobre la ley tuvieron escasa vigencia debido a la aparición de los totalitarismos más extremos como el nazismo, el fascismo y el franquismo que terminó pulverizando a los tribunales constitucionales de la época.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial y constatadas las más abominables violaciones a los elementales derechos de la persona humana, los países vencedores crearon la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con la finalidad de preservar la paz y garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos.

La aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 constituye el punto de quiebre entre el obsoleto Estado de Derecho, que tenía a la ley como la norma por excelencia, y el Estado Constitucional de Derecho, en el que la Constitución está consagrada como norma suprema, a la que queda supeditada la ley para su validez. En este contexto emerge la necesidad de restaurar los tribunales constitucionales para asegurar la primacía de la Constitución sobre el restante ordenamiento jurídico.

Con el paso de los años y tras el colapso de la ex Unión Soviética y la caída del Muro de Berlín a finales de la década de los 80` del siglo pasado, el rol encomendado a los tribunales constitucionales ha derivado en un exagerado activismo jurídico que vía la interpretación manipulativa los ha convertido en verdaderas máquinas de creación de derecho teñidas de una marcada ideología política. Esta situación, lejos de contribuir a la paz y a la justicia, genera conflictos innecesarios con los demás órganos constitucionales, afectando su legitimidad y, por ende, la estabilidad democrática.

## 2. Origen y formas del control constitucional

El control constitucional es considerado por la doctrina como una institución consustancial al origen de la Constitución y necesaria para hacer efectivo el pacto social al que arriban las diversas fuerzas políticas en su afán de limitar el poder político. La idea de que la Constitución instituya un órgano con competencia para hacerla prevalecer sobre las leyes que transgredan su texto, aparece

expuesta por Sieyès en 1795, a propósito de su propuesta de crear un *jury constitutionnaire* que opere como un guardián encargado de vigilar el cumplimiento del texto constitucional.

Al respecto, este autor, dice: “Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución mediante un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un *Jury Constitutionnaire* en la forma que, en su día, concretaremos”<sup>2</sup>. El planteamiento de Sieyès, lejos de despertar expectativas, causó preocupación en los intelectuales y políticos de la época debido a que en Europa, dada la Constitución, el poder constituyente desaparece, trasladando la soberanía popular al Parlamento, único órgano elegido por el pueblo y, por lo tanto, considerado como el primer poder del Estado. Así en el artículo 21 del Título II de la Constitución francesa de 1799 otorga esta atribución a un *Sénat Conservateur*, encargado de mantener o anular todos los actos que le son dirigidos como inconstitucionales por el tribunalado o el gobierno.

El establecimiento de un *Sénat Conservateur* compuesto por miembros integrantes del poder legislativo fue el origen del primer modelo de control constitucional que la doctrina conoce como control político. Por su inoperancia e inutilidad este modelo ha quedado obsoleto, pues, como dice García de Enterría, encomendar al Parlamento que se controle a sí mismo es como encargar a un conejo el cuidado de un jardín de zanahorias. Por esta razón durante el período de entreguerras se plantea y consagra en la Constitución de Austria de 1920 un nuevo modelo de control constitucional a cargo de un tribunal constitucional, el mismo que la doctrina conoce como control concentrado, que cobrará vigencia efectiva al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

Pero en los Estados Unidos surgió, por primera vez, un verdadero sistema de control constitucional que la doctrina conoce como control difuso. Curiosamente, no apareció como un órgano con rango constitucional sino como producto de una ejecutoria expedida en 1803 por el juez Marshall a propósito del caso *Marbury vs Madison*. En dicho fallo, Marshall, luego de una impecable argumentación jurídica, llega a la conclusión que cuando existe contradicción entre una norma constitucional y una legal, los jueces están obligados a preferir la primera.

El control difuso a cargo de los jueces fue posible debido a que en Estados Unidos la Constitución fue producto de la soberanía popular y estableció un equilibrio de poderes. Por esta razón, frente a la omisión de los constituyentes de consagrar expresamente alguna forma de control, los jueces se atribuyeron esta competencia que perdura pacíficamente por más de 200 años. Con estos dos presupuestos, la Constitución adquirió el carácter de norma suprema y consagró el Estado Constitucional de Derecho.

Aproximadamente un siglo después, debido a que carecieron de constituciones que fueran

2 SIEYÉS, Emmanuel. 200) *Escritos y discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid.

- Humberto Henríquez Franco

expresión de la soberanía popular, se concretó en Europa el control constitucional. En efecto, las primeras constituciones europeas fueron en su mayoría otorgadas o pactadas, por lo que no fueron consideradas como norma sino como un código político encargado de racionalizar el poder y que una vez cumplida esta función trasladaba la soberanía al Parlamento, considerado el primer poder del Estado y encargado de materializar los principios constitucionales. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la redacción de nuevas constituciones, verdaderas expresiones de la soberanía popular, y la consagración de los tribunales constitucionales como guardianes de la constitucionalidad, dieron origen al Estado Constitucional de Derecho.

### 3. Estado constitucional y control constitucional

El Estado constitucional aparece como una exigencia impuesta por la realidad frente a la crisis del Estado de Derecho que tuvo a la ley como la norma por excelencia y que trajo como consecuencia las más execrables violaciones de los derechos fundamentales.

La creación del Estado constitucional que eleva a la Constitución a la categoría de norma suprema, a la que se supedita no solamente la ley sino el restante ordenamiento jurídico del Estado, se constituyó en la forma de superar las innegables deficiencias del sistema jurídico-político. Esto debido a que una vez aprobada la Constitución el poder constituyente desaparece, trasladando la soberanía popular a la Constitución y convirtiendo la soberanía popular en soberanía jurídica. En este contexto emerge la necesidad del control constitucional para limitar el poder de los órganos constituidos.

Este paradigma de Estado fue una novedad en Europa, donde el totalitarismo había llegado a su máxima expresión. Los Estados Unidos de Norteamérica, en cambio, desde el inicio de su vida republicana contó con los dos elementos que son requisitos indispensables para el nacimiento de este nuevo paradigma de Estado: una Constitución aprobada por el poder constituyente en ejercicio de la soberanía popular y un órgano que ejerza el control constitucional que, a partir del año 1803, corrió a cargo de los jueces.

El Estado constitucional aparece un siglo después en Europa, con la aprobación de las primeras constituciones emanadas de la soberanía popular y con la consagración del Tribunal constitucional como órgano destinado a velar por la supremacía de la Constitución. Los primeros países que redactaron constituciones con este carácter fueron Italia en 1947, Alemania en 1949 y España en 1978, las mismas que sirvieron de inspiración a los demás países del mundo democrático.

Las nuevas constituciones encomendaron a los tribunales constitucionales el rol de declarar la inconstitucionalidad de las normas, es decir actuar como legislador negativo, pero no constitutivo. En efecto, La Ley Fundamental de la República Federal Alemana en el artículo 100 confiere al

tribunal constitucional atribuciones para declarar la inconstitucionalidad tanto de la ley emanada del Parlamento, cuanto de una norma de un Land que contradice una ley federal. Asimismo podrá declarar la validez de los tratados cuando existan dudas de su constitucionalidad.

La Constitución original de Italia, aprobada el 27 de diciembre de 1947, en el artículo 134 de la Sección I del Título VI, relativo a las garantías constitucionales confiere al Tribunal Constitucional las atribuciones de juzgar “sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las regiones y los de las regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución.”<sup>3</sup>

Del mismo modo en el artículo 161 del Título IX de la Constitución española de 1978, relativo al Tribunal Constitucional, le otorga las siguientes atribuciones: a. Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b. Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2), de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. c. De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí, etc.

La interpretación constitucional conferida a los tribunales constitucionales estaba, por tanto, referida a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que vulneren la Constitución. En consecuencia, la validez de una norma jurídica debía cumplir con dos requisitos: Que sea dada por el órgano competente, cumpliendo con los requisitos previamente establecidos y su conformidad, por la forma y por el fondo, con la Constitución. Esto convertía a la Constitución en una auténtica norma suprema que por el carácter consensual de su texto proscribía el abuso de las mayorías parlamentarias.

#### 4. Estado Constitucional e Interpretación constitucional

En el Estado Constitucional la Constitución es la norma suprema a la que queda supeditado todo el restante ordenamiento jurídico y de cuya congruencia deviene su validez. García de Enterría, al respecto, afirma que como norma suprema la Constitución, “por una parte configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las

3 *Constitución de la República Italiana*. Consejo Económico y Social. Pág. 136. <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>

prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad<sup>4</sup>”.

La calidad de norma suprema atribuida a la Constitución encuentra su razón de ser en el dogma que la doctrina asigna al poder constituyente, el mismo que una vez dada la Constitución se disuelve y desaparece para trasladar la soberanía popular al texto constitucional. En consecuencia, los órganos constituidos por ella tienen la obligación no solo de respetarla sino de hacer que sus mandatos se cumplan. Esta es la razón por la que, como apunta Zagrebelsky, la ley como norma por excelencia ha sido pulverizada dentro del Estado constitucional, superando así el viejo Estado de derecho o legislativo.

Los mandatos de la Constitución están destinados a cumplir con su finalidad de justicia e integración social. Consecuentemente, sus normas, que introducen principios y valores, producto del consenso al que arriban diferentes ideologías y fuerzas políticas, no pueden ser cerradas, requiriendo ser completadas cada vez que en la realidad se presenten conflictos en la aplicación de sus normas.

La necesidad de completar el contenido de las normas constitucionales se hace más evidente en el momento que las constituciones redactadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial han reproducido generosamente en la parte dogmática la pródiga lista de derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Dadas las diferencias ideológicas, políticas y religiosas de los integrantes de la Comisión encargada de su redacción, así como por su no obligatoriedad jurídica, aglutinó en solo texto tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales.

En el Estado constitucional, la tarea de completar las normas constitucionales corre a cargo, por excelencia, de los tribunales constitucionales a través de la interpretación constitucional. En las últimas décadas esta institución ha cobrado notoria importancia puesto que, como dice Hesse, “dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en los otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas<sup>5</sup>”.

El reconocimiento del carácter principalista de la Constitución ha llevado a los estudiosos del constitucionalismo a establecer diferencias entre normas y reglas que, como afirma Pozzolo, no solo es una cuestión terminológica, pues ello “adquiere relevancia en el momento de determinar las consecuencias sobre el plano teórico general<sup>6</sup>”. De manera que por reglas- normativas, dice Pozzolo, hay que entender aquellas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución subsuntiva que consiste en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja en el caso genérico descrito por la regla; y por normas-principios, en cambio, deberá entenderse la descripción de normas abiertas que pretenden encontrar solución en la ponderación que

---

4 García de Enterría, Eduardo. (1985) *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, pp. 49 - 61

5 HESSE Conrad. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Pág. 36

6 POZZOLO, Susanna. (2011) *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Palestra Editores. Lima, p. 76

supone deliberación y entraña una desviación del ideal regulatorio de la certeza jurídica y de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas.

La ponderación, en la solución de conflictos entre principios o normas constitucionales, implica una compleja metodología que se traduce en el test de proporcionalidad que se manifiesta en tres sub principios mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

Desde este punto de vista, la interpretación constitucional aparece como una necesidad de resolver los conflictos que, por su carácter abierto, las normas plantean dentro de un contexto determinado. No se trata, entonces, de cualquier tipo de interpretación sino de una interpretación que, tal como lo dice Hesse, desanude las ataduras que ponen en riesgo el funcionamiento del modelo político constitucional. Para este propósito los tribunales constitucionales cuentan con el auxilio de la argumentación jurídica, una novedosa disciplina que obliga a los intérpretes a justificar sus fallos mediante motivaciones impecables que sean congruentes y respondan a las nuevas exigencias y los alejen de la arbitrariedad, constituyéndose en un límite a su actuación dentro del Estado constitucional.

## 5. Originalismo vs activismo judicial

La necesidad de interpretar la Constitución dentro del Estado constitucional de derecho se debe a que sus normas tienen un carácter abierto e inacabado y contienen principios y valores. En consecuencia, cuando se producen antinomias constitucionales o conflictos de derechos fundamentales los intérpretes se verán obligados a recurrir a la ponderación como método de solución de controversias. Ponderar es una actividad que sopesa dos principios o derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto, para optimizar el ejercicio de uno de ellos sin descartar el otro. De manera que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. “El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo de uno de los principios siquiera en un caso concreto sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”<sup>7</sup>.

La ponderación como método de interpretación constitucional ha reavivado en las últimas décadas el viejo debate entre los partidarios del “originalismo” y los defensores del “activismo judicial”. Este debate que tiene su origen en los Estados Unidos se ha extendido, luego de la Segunda Guerra Mundial, a otros países que se han definido como Estado constitucional de derecho.

7 PRIETO SANCHÍS, Luis. (2003) *La Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, Trotta, pág. 191.

En la doctrina el originalismo puede definirse como la doctrina que proporciona especial relevancia al momento constituyente en el que se aprueba la Constitución. “La idea central del originalismo consiste en que cuando nosotros damos significados a las palabras de la Constitución, deberíamos usar los significados que las personas que adoptaron esas disposiciones constitucionales le habrían asignado”<sup>8</sup>. Según esto, el sentido de la Constitución deberá buscarse recurriendo a la motivación de los padres fundadores, cuyos mandatos han sido formulados en nombre del pueblo. Son muchos los autores que fundamentan el originalismo como doctrina interpretativa, siendo los más representativos Clarence Thomas, Hugo Black y el recientemente desaparecido Antonin Scalia. Sin embargo, no todos concuerdan en cuanto a los límites y ámbito de esta doctrina. En consecuencia, reconociendo el grado de dificultad para el acceso a los documentos originales que expliquen las verdaderas motivaciones de los constituyentes, esta doctrina ha tenido que aceptar que antes que en las intenciones del legislador deberán enfocarse en el significado original de los textos redactados y aprobados durante el contexto, a fin de construir una interpretación razonable del Derecho.

Siendo así, los jueces deberán emitir sentencias neutrales al explicar el significado de lo que la Constitución dice. De manera que en caso de que el texto guarde silencio sobre algún aspecto o exista una laguna constitucional, no es a los jueces a quienes corresponde llenar este vacío, sino al poder legislativo cuyos representantes han sido elegidos por el pueblo. Los jueces, especialmente los de la Corte Federal de los Estados Unidos, por la forma como son electos carecen de legitimidad.

Contrario al originalismo es el activismo judicial, corriente interpretativa que otorga a los jueces la facultad de emancipar a la Constitución de sus creadores, convirtiéndola en *a living constitución*. “Uno de los argumentos es el que considera que las cláusulas de la Constitución tienen una naturaleza abierta, no cerrada, que requiere ser completada por el intérprete constitucional”<sup>9</sup>. Esto implica diferenciar entre conceptos y concepciones constitucionales. Como dice Dworkin, “los conceptos serían nociones jurídicas indeterminadas (las ideas de la moral pública, dignidad humana, justicia, etc.) cuyo contenido el propio autor de la Constitución dejó al criterio de las generaciones futuras. Las concepciones, en cambio, resultarían ser ideas ya fijadas por aquél constituyente histórico, importando juicios de valor específicos y particulares descritos por él”<sup>10</sup>.

Ambas corrientes coinciden en que la Constitución debe responder a los retos que se presentan en la realidad. La mayor diferencia, sin embargo, radica en que mientras el activismo judicial considera que los cambios constitucionales deben venir de los jueces, vía la interpretación, el

---

8 STRAUSS, David. (2010) *The Living Constitution*. Oxford University Press, pág. 139.

9 HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. (2015) *Del Estado Moderno al Estado Constitucional de Derecho*. Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, pág. 110.

10 SAGUÉS, Néstor Pedro. *Interpretación Constitucional y Constitución Viviente*. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2107648>.



originalismo entiende que en caso de vacíos o lagunas es al poder legislativo al que corresponde actualizar el texto mediante enmiendas, siguiendo el proceso establecido por la propia Constitución. Después de todo, sus representantes, que son elegidos por el pueblo, cuentan con mayor legitimidad que los jueces, cuyos nombramientos provienen del poder Ejecutivo, mediando una ratificación del Parlamento.

En los Estados Unidos, el activismo judicial ha dominado el escenario jurídico a partir de 1929, año en que se produce la depresión económica, como consecuencia del desplome de la Bolsa de Valores que empobreció de manera brutal a los norteamericanos. La excesiva actuación de los jueces practicada, inclusive con más audacia en los niveles inferiores de la estructura judicial estadounidense, ha recibido duras críticas de los partidarios del originalismo que la acusan de haber abierto el camino para que los jueces incursionen en el proceso político, convirtiendo el gobierno de normas, que fue el sueño de los fundadores de la república, en un gobierno de hombres, “esta vez, togados y vestidos de negro”<sup>11</sup>. La pugna entre los partidos políticos por copar los cargos de la Corte Suprema Federal ha terminado por politizar la justicia y puesto en riesgo la estabilidad democrática. Robert Bork, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale decía, al respecto, que los jueces que miraban fuera de la concepción original de la Constitución siempre terminaban mirándose a sí mismos, y, por ello, eran peligrosos, pues desconocían los límites constitucionales en nombre de sus preferencias individuales.

Pero si el activismo judicial en los Estados Unidos es fruto de la arrogancia de los jueces, establecida por John Marshall a propósito del caso *Marbury vs Madison* el año 1803, que dejó establecido que el control de la Constitución corre a cargo de los jueces; en los países de la órbita continental europea es, más bien, una consecuencia del papel que se han arrogado los tribunales constitucionales como guardianes de la Constitución.

Las preocupaciones que ha despertado en Estados Unidos el activismo judicial se han trasladado tanto a Europa como a los demás países del mundo que se definen como Estados constitucionales. Esto en razón a que el neoconstitucionalismo, doctrina que surgió para fundamentar el funcionamiento del Estado constitucional, ha sido influenciado por estudiosos de clara tendencia neomarxista que han visto en el activismo judicial un instrumento ideológico destinado a destruir los cimientos legales de la sociedad, según su personal visión sociopolítica, sobre la desigualdad social y la exclusión económica.

---

11 Mark R. Levin. (2005) *Men in Black, How The Supreme Court is destroying América*, Regnery Publishing, Washington DC, 2005. Mark R. Levin, *Liberty and Tyranny, A Conservative Manifesto*, Threshold, New York, 2009. Bruce Ackerman, *La Revolución de los derechos civiles, en la Constitución Viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 41-89. Citado por TORRES, Luis Fernando. El Activismo Judicial en la era Neo constitucional, pág. 1. [https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_15/iurisdictio\\_015\\_004.pdf](https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf)

## 6. Neoconstitucionalismo ideológico

El Derecho Constitucional, desde su aparición, ha dado muestras de ser una disciplina jurídica dinámica y en constante evolución. En el siglo XIX hace su aparición el constitucionalismo clásico como una doctrina destinada a fundamentar los principios de este primer constitucionalismo. En la primera mitad del siglo XX, luego de los acontecimientos de la primera guerra mundial, la revolución de la Unión Soviética y la revolución mexicana, aparece el constitucionalismo social con los fundamentos doctrinarios para la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales. Después de la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia del surgimiento del Estado constitucional de derecho aparece el neoconstitucionalismo como una corriente doctrinaria, cuyos principios de raigambre liberal dan viabilidad a este nuevo paradigma de Estado que tiene a la Constitución como una auténtica norma suprema y fuente última de validez del restante ordenamiento jurídico.

Esta corriente doctrinaria toma como punto de partida los interesantes planteamientos de Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky expuestos en sus obras “Los Derechos en serio” y el “Derecho dúctil”, respectivamente, en las que afirman que la Constitución no solo está integrada por normas sino por principios y valores que deben ser interpretados para aplicarlos en los “casos difíciles”. De modo que, en la resolución de conflictos, los intérpretes constitucionales (jueces y tribunales constitucionales) deberán recurrir a este novedoso método jurídico que Robert Alexy denomina ponderación. De manera que, frente a un conflicto de derechos constitucionales, los argumentos en disputa deberán ser ponderados para establecer una prioridad entre ellos de acuerdo al caso concreto.

En este nuevo paradigma constitucional, el juez no es un mero observador (la boca de la ley, según Montesquieu) de un conjunto de normas acabadas que existe fuera de él; es, más bien, partícipe de una práctica social a cuyo desarrollo contribuye con su discurso y sus actuaciones. Esto ha generado, en no pocos casos, una excesiva e ilimitada discrecionalidad que ha derivado en un exagerado activismo judicial que resulta contraproducente jurídicamente hablando.

Si bien el neoconstitucionalismo ha significado un avance en la fundamentación del Estado constitucional de derecho, dotando a los operadores constitucionales de las herramientas necesarias para su funcionamiento, la verdad es que a partir de la desintegración de la Unión Soviética y la caída del Muro de Berlín ha cobrado un giro inesperado y preocupante que podría significar un retroceso en el avance de lo logrado hasta la fecha.

Este hecho histórico, de finales de la década de los 80 e inicios de la de los 90, puso en evidencia el fracaso del comunismo en el mundo y del marxismo como ideología que lo sustenta, dando inicio a la globalización, fenómeno en el que el liberalismo se convirtió en un pensamiento hegemónico.

Sin el apoyo económico de la ex Unión Soviética, la toma del poder mediante la revolución proletaria devino en obsoleta y los movimientos guerrilleros entraron en decadencia, lo que obligó

a los marxistas a reciclarse para lograr su objetivo aprovechando las debilidades de la democracia como sistema político. Esta actualización es lo que hoy se conoce como el neomarxismo que busca hacerse del poder a través de las elecciones.

Este nuevo pensamiento, cuyo más conspicuo representante es Gramsci, el ideólogo marxista italiano, introduce la idea de la hegemonía cultural y el rol que los intelectuales deben cumplir en la construcción del socialismo ya no mediante la revolución armada sino a través de una lenta transformación de las instituciones, ideas y valores que predominan en la sociedad. Para ello se requiere de “intelectuales que operen como organizadores capaces de promover a todo nivel, incluyendo el estatal, las instituciones que permiten la expansión de su clase”<sup>12</sup>. El mismo Hayek, desde otra perspectiva ideológica, llegó a decir que “son las ideas las que en última instancia definen la evolución social, económica y política de las naciones”<sup>13</sup>.

En esta batalla por las ideas, planteada por Gramsci, adquieren preponderancia, especialmente en la política y el derecho, autores como Norberto Bobbio, miembro del Partido Socialista Italiano; Luigi Ferrajoli, confeso marxista; Riccardo Guastini, filósofo y jurista marxista; Habermas, de la Escuela de Frankfurt, etc. Estos autores influyen decididamente en la formación profesional de abogados que luego copan los cargos de jueces y magistrados de los tribunales constitucionales que vía el método de ponderación y utilizando la argumentación jurídica contribuyen a este propósito de idolatrar al Estado y desdeñar la libertad individual.

La ideologización del neoconstitucionalismo ha generado duras críticas al activismo judicial que ha invadido las esferas de otros poderes del Estado, lo que ha hecho resurgir con fuerza la corriente originalista que considera que los vacíos y lagunas constitucionales adquieren mayor legitimidad cuando son llenados por normas emanadas del Congreso, cuyos representantes son elegidos por el pueblo, antes que por un estrecho número de jueces, cuya representatividad no emana de la voluntad popular. Esta es la razón por la que en Estados Unidos de América, la Corte Suprema Federal con mayoría de originalistas está revisando causas que el activismo judicial consideraba como avances progresistas y en Europa están desarmando el estado del bienestar al trasladar al Estado la responsabilidad de resolver los problemas de la población.

Si bien en un Estado constitucional de derecho los jueces dejan de ser meros observadores, debido a que la Constitución contiene un conjunto de cláusulas abiertas que deben ser completadas mediante la interpretación, también es cierto que los intérpretes no tienen atribuciones absolutas e ilimitadas para invadir los fueros de los demás poderes constituidos y mucho menos a extremar situaciones que terminen en un fraude constitucional, sobre todo por razones ideológicas.

12 GRAMSCI, Antonio. (1967) *La formación de los intelectuales*. Editorial Grijalbo, México, pág. 22.

13 HAYEK Friedrich A. (2006) *The constitution of Liberty*. Routledge, Abingdon (Reino Unido) pág. 98. Citado por KAI-SER Axel / ALVAREZ Gloria. *El Engaño Populista*. (2015) Ediciones Deusto, España, pág. 22

- Humberto Henríquez Franco

## 7. Tribunal Constitucional peruano y activismo judicial

El Estado constitucional de derecho en el Perú aparece recién con la Constitución de 1979, que consagra en su texto un Tribunal de Garantías Constitucionales que tuvo una actuación efímera, pues el 5 de abril de 1992 desapareció con el autogolpe de Estado del presidente Alberto Fujimori.

En la Constitución de 1993 aparece el Tribunal Constitucional como un órgano de control de la Constitución con atribuciones de conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad; y en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, así como los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Desde su entrada en vigencia, el Tribunal Constitucional ha venido funcionando con seriedad y responsabilidad al punto de constituirse en valioso aporte al funcionamiento del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, en los últimos años los cargos han sido copados por juristas ideologizados, cuyos fallos muestran un exagerado activismo judicial que pone en entredicho la democracia y la gobernabilidad, como puede verse del análisis de los siguientes fallos del tribunal constitucional.

El 18 de marzo del 2014, en el EXP. N° 00139-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Alvarez Miranda, a propósito del caso presentado por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M que pretendía se ordene al RENIEC que proceda a cambiarle el sexo de masculino a femenino, declaró INFUNDADA la demanda al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad y dispuso que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En la expedición de esta sentencia, el tribunal constitucional apoyándose en bases científicas ofrecidos por la biología argumentó impecablemente en el fundamento 35 que si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M., por el cual pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

A renglón seguido, en el numeral 36 sostiene que si se hubiese resuelto a favor “este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional (cfr. STC 5854-2005- PAITC, fundamento 12), pues tal matrimonio en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil - debe ser ampliamente

debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa - cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional-, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado”.

El 21 de octubre del 2016, sin embargo, la nueva composición de magistrados integrada por los señores Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, haciendo uso de *overuling*, en el caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga), deja sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.

El Tribunal Constitucional, apoyado en la ideología de género desprovista de fundamentos científicos, ha señalado en el Exp.Nº06040-2015-PA/CT que la petición de la inscripción en el RENIEC del cambio de sexo es un derecho fundamental a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación). En consecuencia, el tribunal estableció que el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y apoyándose en la jurisprudencia supranacional resolvió dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA.

Como puede verse, en este caso los magistrados del Tribunal Constitucional han hecho uso del *overuling* para dejar sin efecto el precedente anterior, dejando expedito el camino para que los travestis que han cambiado el sexo de hombre a mujer interpongan sus demandas al amparo de lo establecido en el expediente 06040-2015-PA/CT y obligar al RENIEC el cambio de sexo en el DNI.

Lo grave de todo esto es que los magistrados, amparados en la ideología de género que no tiene base científica, han legalizado el matrimonio homosexual, tal como lo advierten sus predecesores en el fallo emitido en Exp. Nº 0139-2013-PA/TC, invadiendo los fueros del Congreso de la República que es el único órgano con atribuciones para llevar a cabo una reforma constitucional de esta naturaleza. Lo que han hecho con este fallo los magistrados del Tribunal Constitucional es un fraude constitucional, debido a que lo que corresponde en este caso es una reforma constitucional.

- Humberto Henríquez Franco

## 8. Conclusiones

**Primera.-** En el Estado constitucional de derecho los tribunales constitucionales tienen como atribución principal declarar la inconstitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley que vulneren la Constitución por el fondo y por la forma.

**Segunda.-** En el Estado Constitucional de derecho los jueces están encargados de completar vía la interpretación las normas constitucionales, además de principios y valores, que tienen un carácter abierto. Esta facultad debe realizarse dentro de un estricto cumplimiento del principio de separación de poderes y de corrección funcional, sin invadir los fueros de los demás órganos constitucionales.

**Tercera.-** La interpretación constitucional tiene como límite de actuación la propia Constitución y a ello deben circunscribirse los intérpretes para no desnaturalizarla y no caer en un fraude constitucional.

**Cuarta.-** Luego de la desintegración de la Unión Soviética y la caída del muro de Berlín, el neoconstitucionalismo se ha convertido en un instrumento al servicio del neomarxismo. Esto ha generado un desbocado activismo judicial que invade las atribuciones de los demás órganos constitucionales y genera un rápido desprestigio de los tribunales constitucionales.